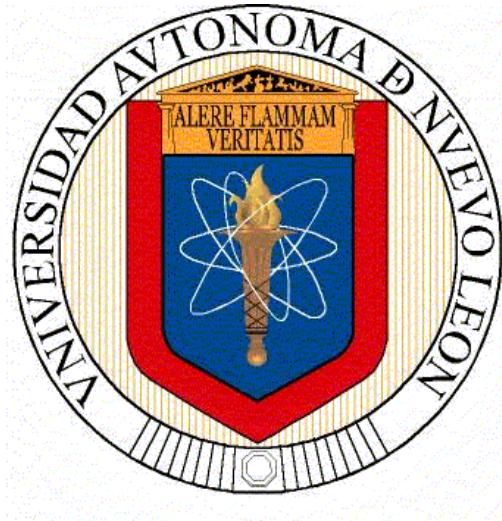


**UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
FACULTAD DERECHO Y CRIMINOLOGÍA**



TESIS

**LA PRÁCTICA DE LA PRUEBA OFICIOSA EN EL PROCESO CIVIL PANAMEÑO:
DETERMINACIÓN DE SUS LÍMITES Y CONSECUENCIAS JURÍDICAS**

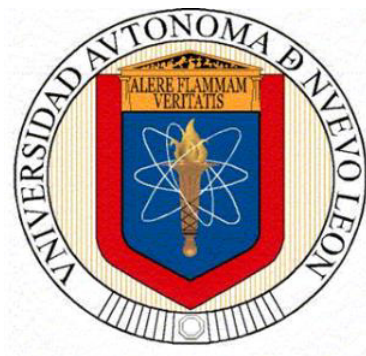
POR

YANIRETH MARIBEL HERRERA VERGARA

**PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR EN DERECHO CON ORIENTACIÓN EN
DERECHO PROCESAL**

OCTUBRE, 2016

**UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
FACULTAD DE DERECHO Y CRIMINOLOGÍA**



TESIS

**LA PRÁCTICA DE LA PRUEBA OFICIOSA EN EL PROCESO CIVIL PANAMEÑO:
DETERMINACIÓN DE SUS LÍMITES Y CONSECUENCIAS JURÍDICAS**

POR

YANIRETH MARIBEL HERRERA VERGARA

**PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR EN DERECHO CON ORIENTACIÓN EN
DERECHO PROCESAL**

**DIRECTOR DE TESIS
DR. ARNULFO SÁNCHEZ GARCÍA**

OCTUBRE, 2016

Dedicatoria.

Deseamos dedicar esta investigación a mis hijos: Eduardo Andrés Campos Herrera y Eduardo Alberto Campos Herrera, por su comprensión, afecto, paciencia y respaldo incondicional durante estos años de estudio.

Agradecimiento.

No podemos presentar esta investigación sin antes dar gracias a Dios, quien guía todos mis actos. Asimismo, manifestar mi agradecimiento a mi esposo Eduardo Campos Ortega, a mis hijos: Eduardo Andrés Campos Herrera y Eduardo Alberto Campos Herrera. A mi madre: Doris Maribel Vergara Herrera y hermanos: César, Alex, Edy y Jorge, ya que sin su apoyo este trabajo no se hubiese podido realizar. Y por último, pero no menos importante, agradecemos a mi director y asesor de esta investigación, el Doctor Arnulfo Sánchez García, por cada una de sus enseñanzas, observaciones, sugerencias y críticas formuladas con relación al tema, como también su estímulo alentador.

Abreviaturas.

Art.: Artículo.

CSJ: Corte Suprema de Justicia.

CJ: Código Judicial.

CC: Código Civil.

CP: Constitución Política.

CPP: Código Procesal Penal.

CPC: Código Procesal Civil.

CF: Código de la Familia y del Menor.

CT: Código de Trabajo.

CDIP: Código de Derecho Internacional Privado.

LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil.

LECrím: Ley de Enjuiciamiento Criminal.

MASC: Métodos Alternos de Solución de Conflictos.

OJ: Órgano Judicial.

RDP: Revista de Derecho Procesal.

SPA: Sistema Penal Acusatorio.

ÍNDICE

| | |
|--|-----|
| ÍNDICE | 5 |
| INTRODUCCIÓN..... | 9 |
| Antecedentes. | 13 |
| Planteamiento del problema. | 13 |
| Justificación..... | 14 |
| Objetivos. | 18 |
| Hipótesis..... | 19 |
| Metodología..... | 20 |
| CAPÍTULO I. CONTEXTO GENERAL DE LA PRUEBA EN EL PROCESO CIVIL..... | 22 |
| 1- Función del proceso civil..... | 23 |
| 2- Principios rectores del proceso civil..... | 30 |
| 2.1. Principio dispositivo. | 32 |
| 2.2. Principio de impulso procesal. | 37 |
| 2.3. Contradicción y Bilateralidad. | 42 |
| 2.4. Principio de Igualdad de las partes en el proceso..... | 44 |
| 2.5. Principio de economía procesal. | 50 |
| 2.6. Principio de eventualidad o preclusión..... | 53 |
| 2.7. Principio de intermediación. | 61 |
| 2.8. Principio de publicidad..... | 64 |
| 2.9. Principio de congruencia..... | 69 |
| 2.10. Principio de probidad y lealtad procesal (regla moral del proceso). | 73 |
| 2.11. Principio de la doble instancia e impugnación. | 81 |
| 2.12. Principio de Motivación. | 91 |
| 2.13. Principio de la Legitimación. | 93 |
| 3. Concepto de Prueba..... | 96 |
| 4. Importancia de la Prueba en la Vida Jurídica. | 99 |
| 5. Objeto de la Prueba. | 101 |
| 6. Función de la Prueba. | 104 |
| 7. Distinción entre Fuentes y Medios de Prueba. | 107 |
| 8. Principios Probatorios. | 115 |
| 8.1. Vinculación de las Normas Probatorias. | 116 |
| 8.2. La Carga de la Prueba. | 117 |
| 8.3. Unidad de la Prueba. | 121 |
| 8.4. Igualdad de Oportunidades para la Prueba. | 126 |
| 8.5. Contradictorio de la Prueba. | 128 |
| 8.6. Preclusión de la Actividad Probatoria. | 131 |
| 8.7. Publicidad de las Pruebas. | 135 |
| 8.8. No Valerse las Partes de sus Propias Pruebas..... | 137 |
| 8.9. Intermediación en la Prueba. | 138 |
| 8.10. Presunciones o Prueba por Indicios..... | 140 |

| | |
|--|-----|
| 8.11. Conocimiento Extraprocesal del Juez. | 143 |
| 9. Actores del Proceso Civil (Las Partes y el Juez). | 146 |
| 9.1. Las Partes. | 146 |
| 9.2. El Juez. | 154 |
| CAPÍTULO II. LA PRUEBA COMO DERECHO HUMANO. | 163 |
| 1. Bloque de Constitucionalidad y su incidencia en la evolución del concepto de Garantías Individuales. | 164 |
| 2. Derecho Fundamental a la Prueba y la Prueba de Oficio. | 184 |
| 3. Libertad probatoria desde la perspectiva de los Derechos Humanos. | 199 |
| 3.1. Dignidad Humana. | 205 |
| 3.2. Justicia. | 208 |
| 3.3. Seguridad Jurídica. | 216 |
| 3.4. Garantismo Procesal. | 219 |
| 4- Ejercicio de la actividad probatoria y su interacción con los derechos fundamentales. | 222 |
| 4.1. Proposición u Ofrecimiento de la Prueba. | 224 |
| 4.2. Aducción o Admisibilidad de Pruebas. | 226 |
| 4.3. Recepción o Práctica de Pruebas. | 236 |
| 4.4. Valoración o Apreciación de Pruebas. | 243 |
| CAPÍTULO III. FUNCIONALIDAD DE LA PRUEBA DE OFICIO EN EL PROCESO CIVIL: LÍMITES EN SU APLICACIÓN. | 262 |
| 1 -Antecedentes de la Prueba de Oficio. | 263 |
| 2- Concepto de la Prueba de Oficio. | 268 |
| 3- Finalidad de la Prueba de Oficio. | 271 |
| 4- Límites de la Iniciativa Probatoria Oficiosa. | 274 |
| 5- Principio Inquisitivo, Dispositivo y la Prueba de Oficio. | 278 |
| 6- La Prueba de Oficio en la Legislación Panameña. | 286 |
| 7- Debido Proceso y Prueba de Oficio. | 291 |
| 8- Independencia, Imparcialidad y la Prueba de Oficio. | 297 |
| 9- Prueba de Oficio y la Carga de la Prueba. | 310 |
| 10- La Motivación frente a la Prueba de Oficio. | 315 |
| 11- Poderes de Instrucción del Juez con relación a la Iniciativa Probatoria en el Proceso Civil. | 327 |
| CAPÍTULO IV. CONSECUENCIAS PROCESALES DE LA INAPLICACIÓN EN LA PRÁCTICA DE LA PRUEBA DE OFICIO EN LOS SUPUESTOS DE PROCEDENCIA. | 347 |
| 1- Prueba de oficio. | 348 |
| 2- Reflexiones críticas en la doctrina sobre la iniciativa probatoria oficiosa del juez. | 348 |
| 3- Doctrina procesal a favor de la Prueba Oficiosa. | 351 |
| 4- La Prueba de Oficio en el Derecho Comparado. | 357 |
| 5- Principios determinantes en la aplicación de la Prueba Oficiosa. | 369 |
| 5.1. Impulso procesal y Economía Procesal. | 370 |

La práctica de la prueba oficiosa en el proceso civil panameño:
determinación de sus límites y consecuencias jurídicas.

| | |
|---|-----|
| 5.2. Legalidad. | 371 |
| 5.3. Igualdad..... | 373 |
| 5.4. Tutela Judicial Efectiva. | 374 |
| 5.5. Verdad Material. | 380 |
| 5.6. Certeza Jurídica. | 392 |
| 5.7. Equidad Procesal. | 396 |
| 6. La prueba de Oficio es un deber o una facultad. | 400 |
| 7- Poderes Oficiosos frente al Sistema Penal Acusatorio (Ley 63 de 28 de agosto de 2008, que adopta el Código Procesal Penal), un modelo de gestión en oralidad. | 409 |
| 7.1. Generalidades. | 409 |
| 7.2. Facultades Oficiosas del Juez en el Sistema Penal Acusatorio. | 414 |
| 7.3. Iniciativa Probatoria en Materia Penal en el Derecho Comparado. | 420 |
| 7.4. Criterios en la Doctrina y la Jurisprudencia respecto a la Prueba de Oficio en el Sistema Penal Acusatorio. | 426 |
| 8- Factores o Causas que determinan la no aplicación de la prueba de oficio..... | 449 |
| 9- Consecuencias de la no aplicación de la prueba oficiosa. | 453 |
| 10. Fundamento legal de la Prueba de Oficio. | 457 |
| 11. Presupuestos o Reglas para la Práctica de la Prueba de Oficio en los Juicios Civiles en Panamá. | 460 |
| ANÁLISIS DE RESULTADOS. | 476 |
| CONCLUSIONES. | 513 |
| BIBLIOGRAFIA..... | 533 |

INDICE DE TABLAS.

TABLA 1. PRINCIPIOS RECTORES DEL PROCESO CIVIL Y NORMAS QUE LO RIGEN.477
TABLA 2. FUNCIÓN DEL PROCESO CIVIL.480
TABLA 3. PRUEBA- CONCEPTO E IMPORTANCIA.481
TABLA 4. OBJETO DE LA PRUEBA.482
TABLA 5. FUNCIÓN DE LA PRUEBA.483
TABLA 6. DISTINCIÓN ENTRE FUENTES Y MEDIOS DE PRUEBA......484
TABLA 7. PRINCIPIOS PROBATORIOS EN EL PROCESO CIVIL.486
TABLA 8. ACTORES DEL PROCESO CIVIL, LAS PARTES......489
TABLA 9. BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD, CONCEPTO Y FUNDAMENTO.490
TABLA 10. LA PRUEBA COMO DERECHO FUNDAMENTAL DE LAS PARTES.492
TABLA 11. DEBERES Y PODERES OFICIOSOS DEL JUEZ EN EL PROCESO CIVIL......494
TABLA 12. ANTECEDENTES DE LA PRUEBA DE OFICIO.495
TABLA 13. PODERES DE INSTRUCCIÓN DEL JUEZ EN RELACIÓN CON LA INICIATIVA PROBATORIA.496
TABLA 14. DERECHO COMPARADO RESPECTO A LA PRUEBA DE OFICIO EN EL PROCESO CIVIL.497
TABLA 15. PRUEBA DE OFICIO EN PANAMÁ, COLOMBIA, COSTA RICA, ARGENTINA Y MÉXICO.498
TABLA 16. PRUEBA DE OFICIO EN PERÚ, CHILE, URUGUAY Y ESPAÑA.500
TABLA 17. PRUEBA DE OFICIO EN SUIZA, FRANCIA, AUSTRIA Y BRASIL......502
TABLA 18. DERECHO COMPARADO EN EL PROCESO PENAL.503
TABLA 19. GENERALIDADES DE LA PRUEBA DE OFICIO EN EL PROCESO CIVIL......504
TABLA 20. PRESUPUESTOS O REGLAS JURÍDICAS PARA EL DECRETO DE LA PRUEBA DE OFICIO......511

INDICE DE ESQUEMAS.

ESQUEMA 1. LIBERTAD PROBATORIA.493
ESQUEMA 2. FACTORES O CAUSAS QUE DETERMINAN LA NO APLICACIÓN DE LA PRUEBA DE OFICIO. .505
ESQUEMA 3. CONSECUENCIAS DE LA NO APLICACIÓN DE LA PRUEBA DE OFICIO.506
ESQUEMA 4. PRUEBA DE OFICIO Y SU VALOR.507
ESQUEMA 5. PRINCIPIOS QUE ORIENTAN LA PRUEBA DE OFICIO......508
ESQUEMA 6. FINALIDAD DE LA PRUEBA DE OFICIO......509
ESQUEMA 7. PRUEBA DE OFICIO EN NUESTRA LEGISLACIÓN.510
ESQUEMA 8. FLUJOGRAMA DEL PROCESO CIVIL ORDINARIO Y LA OPORTUNIDAD DEL DECRETO DE PRUEBA DE OFICIO.512

INTRODUCCIÓN.

Cuando nos surge la idea de llevar a cabo este estudio y análisis de la prueba oficiosa en el proceso civil panameño, lo hicimos en el entendimiento, que este tema no solo permitirá la culminación del doctorado; sino que constituye el comienzo de un proyecto a futuro, lo que propicia nuevas metas, ya que se trata de una figura jurídica procesal que contribuye a la creación de nuevas ideas, rompe ciertas concepciones y esquemas en el proceso. Es así que la Ley 63 de 28 de agosto de 2008, que “Adopta el Código Procesal Penal” con un modelo adversarial que se encuentra en implementación en Panamá, a diferencia del proceso civil, contempla una norma que expresamente indica la prohibición de la prueba oficiosa en el proceso penal.

En el proceso civil, tras el surgimiento del Estado Social de Derecho que rompe el esquema dispositivo liberal (Estado Liberal Clásico) en el que la concepción tradicional del proceso civil era estrictamente dispositivo, es decir, se resolvían intereses particulares y la carga o iniciativa orientada a resolverlo era exclusivamente de las partes, el juez no podía intervenir; su único papel era decidir, según los elementos de convicción aportados por las partes, sin ninguna estimación de la verdad material para emitir su fallo. Esta posición tradicional del sistema procesal dispositivo tenía su sustento en los excesos inquisitivos de la Edad Media y los sistemas totalitarios, que estuvo vigente durante siglos y que marcó el papel del juez en ese modelo de proceso civil, el papel de las partes y las cargas de dichos sujetos en el proceso. Con el Estado Social de Derecho, el juez asume un nuevo rol, con facultades y deberes, con una participación activa en el proceso, verificando los elementos allegados por las partes en búsqueda de la verdad del litigio, sin lesionar los principios de imparcialidad, igualdad y legalidad. En la nueva concepción de Estado Constitucional de Derecho, el juez debe respetar o cumplir con un papel de no intervención del liberalismo clásico (proceso dispositivo liberal) también, velar porque se cumplan los fines superiores del proceso civil el cual tiene un carácter público y garantizar los principios del Estado Social de Derecho; entre éstos, el juez debe disponer de las facultades oficiosas para la realización de la justicia.

Es así que estos sistemas procesales, guardan una estrecha relación con el modelo o naturaleza del proceso civil.

En aras de abordar la temática en cuestión, el presente estudio se divide en cuatro capítulos: en el primero, se ha precisado un contexto general de la prueba en el proceso civil, proporcionando, ante todo, una fuente de información que inicia con la función y principios del proceso civil; concepto, importancia, objeto, función y principios rectores de la prueba; y los actores del proceso civil: las partes y el juez.

El capítulo segundo, muestra en qué sentido el derecho a la prueba es un derecho humano, en primer lugar se desarrolla, cómo el bloque de constitucionalidad incide en evolución del concepto de garantías individuales, el derecho fundamental a la prueba y la prueba de oficio, la libertad probatoria desde la perspectiva de los derechos humanos, el ejercicio de la actividad probatoria y su interacción con los derechos fundamentales.

En el capítulo tercero, se establece la funcionalidad de la prueba de oficio en el Proceso civil: límites en su aplicación, análisis que se realiza desde los antecedentes, concepto, finalidad de la prueba de oficio, límites de la iniciativa probatoria oficiosa; se ha compendiado el principio inquisitivo, principio dispositivo y la prueba de oficio; la prueba de oficio en la legislación panameña, el debido proceso y la prueba de oficio; independencia, imparcialidad y la prueba de oficio; prueba de oficio y la carga de la prueba, la motivación frente a la prueba de oficio y los poderes de instrucción del juez con relación a la Iniciativa Probatoria en el proceso civil.

Y en cuarto capítulo, se ha documentado las consecuencias procesales de la inaplicación en la práctica de la prueba de oficio en los supuestos de procedencia, por

medio del desarrollo de este acápite, iniciando con breves consideraciones de la prueba de oficio, se han expuesto diferentes reflexiones críticas en la doctrina sobre la iniciativa probatoria oficiosa del juez, y algunos criterios doctrinales a favor de la prueba oficiosa. Seguidamente la prueba de oficio en el derecho comparado, lo que determina cuáles son los principios determinantes en la aplicación de la prueba oficiosa, con posterioridad se ha analizado, si la prueba de oficio es un deber o una facultad; se han revisado los poderes oficiosos frente al Sistema Penal Acusatorio (Ley 63 de 28 de agosto de 2008, que adopta el Código Procesal Penal), un modelo de gestión en oralidad. Estudiados estos acápites se establecieron cuáles son los factores o causas que propician la no aplicación de la prueba de oficio, las consecuencias de la no aplicación de la prueba oficiosa y el fundamento legal de la prueba de oficio; finalmente, se han identificado los presupuestos o reglas que deben ser considerados por el juez al ejercer la función probatoria oficiosa en los juicios civiles en Panamá.

Generar un contexto general de la prueba en el proceso civil, nos permite tener claridad sobre la figura de la prueba en un sentido jurídico y así establecer la importancia de la prueba como un derecho humano, al tener claridad que la actividad probatoria está relacionada con los derechos fundamentales, observamos su funcionalidad y límite de la prueba de oficio en el proceso civil; a quién corresponde la averiguación o investigación de la verdad de los hechos en el proceso civil; todo lo anterior permitió determinar las consecuencias procesales de la inaplicación de la práctica de la prueba de oficio en los supuestos de procedencia, y los presupuestos necesarios para la adecuada aplicación de la prueba de oficio en los procesos civiles frente a una verdadera impartición de justicia.

Antecedentes.

Hemos analizado la prueba oficiosa en la República de Panamá, desde 1984, fecha en que el nuevo Código Judicial, vigente a partir del 1 de abril de 1987 introduce la iniciativa oficiosa en materia probatoria en el proceso civil; equiparándose de esta forma Panamá, a otros países, cuyas legislaciones procesales civiles respondían de antemano a los modernos e innovadores cambios de la época.

Una decidida voluntad política la constituye la introducción de normas adjetivas en el Código Judicial de 1987, al otorgar un deber oficioso al juzgador en materia probatoria, contenidas en los artículos 793, 794 en concordancia con los artículos 473, 705, 794, 847, 854, 870, 875, 878, 883, 893, 906, 914, 953, 954, 966, 976, 981, 996, 1128, 1195, 1235, 1280, 1346 (numeral 7), 1423 (numeral 10), 1474, 1682 y 1688 todas del Código Judicial. El artículo 199 del Código Judicial, recientemente derogado por la Ley 53 de 2015 “Que regula la Carrera Judicial” sin un fundamento definido para ello, establecía, como un deber del juez, ese poder oficioso en materia probatoria. Ahora bien, la referida Ley en el artículo 119 dispone que es deber del juez resolver expresamente las cuestiones planteadas por las partes y decidir la litis dentro de los límites en que fueron propuestas o fuera de éstos cuando la ley así lo faculta, como es el caso de la prueba de oficio, ya que la Ley faculta al juez para su aplicación.

Planteamiento del problema.

En el sistema jurídico panameño, específicamente en el proceso civil, se ha observado la ausencia de presupuestos o reglas claras que deben ser considerados por el juez al hacer uso de la prueba oficiosa, lo que trae como consecuencia su inaplicación en

los supuestos de procedencia.

La indefinición de los presupuestos que deben ser considerados por el juez al ejercer la actividad probatoria oficiosa en el proceso civil impide observar la importancia y vigencia de dicha iniciativa oficiosa, lo que incide en la resolución de la causa por parte del juez.

Por lo anterior, cabe formularse la siguiente pregunta de investigación:

¿La falta de presupuestos o reglas claras para la práctica oficiosa de la prueba de oficio en los juicios civiles en Panamá, elimina la posibilidad de garantizar un esquema procesal que brinde seguridad jurídica? Finalmente, ¿qué repercusión puede tener el uso o no aplicación de los poderes probatorios del juez en nuestro proceso civil frente a una verdadera impartición de justicia?

Justificación.

La presente investigación resulta pertinente, ya que pretende precisar el alcance de los presupuestos que deben ser considerados por el juez al ejercer la función probatoria oficiosa en el proceso civil, establecer a través de su fundamento legal y constitucional si dicha función es un deber o una facultad discrecional. Determinar a quién corresponde la averiguación o investigación de la verdad de los hechos en el proceso civil y qué repercusión puede tener la no aplicación de los poderes probatorios oficiosos del juez en nuestro proceso civil frente a una verdadera impartición de justicia.

Se pretende despertar el interés al abordar el tema planteado, al tratarse de un tema de actualidad y de gran importancia para la ciencia del derecho. Lo que redundará en el aprovechamiento de experiencias para lograr más y mejor acceso a la justicia, por ser las pruebas, la espina dorsal del derecho procesal.

Este estudio, también se justifica en la falta de consenso de los jueces en aplicar la prueba de oficio y por las disconformidades que muestran los abogados litigantes, acerca de la función probatoria oficiosa del juez en el proceso civil. Sin lugar a dudas en los procesos civiles existe divergencia entre los abogados litigantes, al hacer uso el juez o magistrado de las facultades probatorias oficiosas que otorga la Ley. Este rechazo trae como consecuencia que los abogados no colaboren con el tribunal en la práctica de la prueba decretada de oficio, incluso manifiestan su oposición en la interposición de los recursos contra la sentencia de primera instancia.

En la actualidad, existe un borrador de proyecto de ley que modifica el procedimiento civil regulado en el Código Judicial, el cual fue redactado por una comisión revisora, coordinada por el ex Magistrado Alberto Cigarruista y estuvo integrado por magistrados y jueces de la jurisdicción civil con el apoyo del Centro de Estudios Judiciales de la Corte Suprema de Justicia. Esta comisión examinó en forma integral las normas sobre procedimiento civil, con el propósito de cumplir con la recomendación del Pacto de Estado por la Justicia, de unificar y simplificar el procedimiento, y adoptar otras medidas para agilizar los procesos civiles, tales como: mayor inmediación del juez, introducir fase de oralidad en el proceso, entre otros aspectos. Este borrador de proyecto no fue sometido a un proceso de divulgación para recibir observaciones de todos los sectores, ni a la aprobación de la Sala Cuarta de la Corte Suprema de Justicia, a fin de agilizar y mejorar la eficacia de la justicia civil, una decidida voluntad de llevar el proceso civil hacia la oralidad. El reconocimiento de un mayor o menor número de facultades del juez en materia probatoria deriva, directamente, de la decisión del legislador en el momento de configurar los principios del proceso, concretamente, en el modelo del proceso civil a partir de principios dispositivo y de oficialidad, por lo que consideramos propicia la oportunidad de referirnos a la facultad probatoria oficiosa del juez que contempla el proceso civil vigente, tema que no es discutido en el borrador de proyecto en referencia.

Recientemente, el Magistrado Vicepresidente de la Corte Suprema de Justicia (CSJ) y Presidente de la Sala Primera de lo Civil, Hernán De León Batista dentro del marco del XIII Congreso Panameño de Derecho Procesal, que organiza año tras año, el Instituto Colombo Panameño de Derecho Procesal, liderado por el Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, Abel Augusto Zamorano, expuso el tema “Retos de la oralidad en el proceso civil panameño.

El magistrado Hernán De León “apuntó al hecho de que Panamá no tiene un proceso civil bajo la oralidad y que ya países del área como Colombia, Ecuador y Uruguay han dado sus primeros pasos en la materia, siendo notable el hecho que Colombia cuenta con una Ley sobre oralidad desde el año 2010 y Ecuador la ha institucionalizado a través de la Constitución, tornándola obligatoria desde el año 2008. En términos generales, lo que se busca con la oralidad es agilización y claridad en los procesos, por eso aspiro bajo mi presidencia en la Sala Civil a los 2 años que corresponde, por dejar cierta base o un proyecto al respecto, tal como inicio en su momento el Sistema Penal Acusatorio y que hoy día está dando sus frutos, gracias a la oralidad”, argumentó De León, en el desarrollo de sus ideas. En Panamá, como reto podríamos sentar las bases para una llamada oralidad, tal como sucedió con el Sistema Penal Acusatorio (SPA), pero es importante señalar que no podrá ser una oralidad pura, ya que muchos autores dicen que va a seguir permeando la escrituralidad, es decir, no son excluyentes una de la otra, sino complementarias para lograr los fines del proceso. Téngase en cuenta que la oralidad no va a resolver de manera inmediata el rezago judicial, ni tampoco será la panacea en todos los casos, pero aunado a los principios de inmediación, concentración y publicidad, alcanzará su cenit, señaló De León, al cierre de su presentación”¹.

La presente investigación resulta de gran utilidad por cuanto con la entrada en vigencia del actual Código Judicial y la introducción de normas adjetivas que otorgan

¹Publicado: Jueves, 11 de agosto de 2016, de página web del Órgano Judicial, <http://www.organojudicial.gob.pa>.

facultades oficiosas al juzgador en materia probatoria, entre ellas: el artículo 793 del Código Judicial, existía el temor de que los jueces abusaran de esa facultad; no obstante, la experiencia en nuestro país es que, algunos jueces no la ejercen en la mayor parte de los procesos civiles, se resisten a decretar pruebas de oficio.

Existe falta de consenso de los jueces en aplicar la prueba de oficio, en parte por las disconformidades que muestran los abogados litigantes, acerca de la función probatoria oficiosa del juez en el proceso civil. Sin lugar a dudas, en los procesos civiles existe disconformidad de los abogados litigantes, al hacer uso el juez o magistrado de las facultades probatorias oficiosas que otorga la Ley. Este rechazo trae como consecuencia que los abogados no colaboren con el tribunal en la práctica de la prueba decretada de oficio, incluso manifiestan su oposición en la interposición de los recursos contra la sentencia de primera instancia.

Por otro lado, los abogados cuestionan o son de la opinión que los jueces al decretar pruebas de oficio, vulneran el principio de imparcialidad. ¿Esta disconformidad de los abogados ante el uso de los jueces de la prueba de oficio, proclama justicia o injusticia? Como podemos ver, jueces y juristas tienen opiniones enfrentadas, conflictivas. En algunos casos hay desconfianza sobre la actuación del juez.

Otro aspecto lo constituye el hecho de que los presupuestos que deben ser considerados por el juez al hacer uso de esa función probatoria oficiosa en el proceso civil, propicia la diversidad de criterios respecto a este mecanismo procesal y si no se hace uso prudente, puede resultar arbitraria y perjudicial para la configuración del proceso civil panameño, que es mixto. No se trata de presentar nuevos elementos o nuevas pruebas, su finalidad debe estar dirigida a verificar los hechos afirmados por las partes.

Por último, debemos indicar que la función probatoria oficiosa del juez, está regulada de manera tan amplia que resulta dudoso si es un deber o una facultad discrecional del juez, por lo que resulta de interés establecer a través de su fundamento legal y constitucional, si dicha función es un deber o una facultad discrecional.

Los resultados de esta investigación reflejan la viabilidad del decreto de la prueba de oficio y los presupuestos que deben ser considerados por el juez en la aplicación de la misma, incluso en un proceso civil en oralidad.

Objetivos.

Con base a la problemática expuesta y a los términos de referencia de la investigación, surgen los siguientes objetivos:

Objetivo general.

El objetivo general de esta investigación es identificar y establecer los presupuestos básicos o elementales para la correcta aplicación de la prueba oficiosa en el proceso civil panameño, de tal manera que pueda servir de base para la búsqueda de la verdad, impartir justicia y contribuir con el orden justo y la paz social.

Objetivos particulares.

Por su parte, los objetivos particulares que se deben cumplir para obtener el objetivo general de este estudio son los siguientes:

1. Establecer un contexto general de la prueba en el proceso civil.
2. Analizar en qué sentido el derecho a la prueba es un derecho humano.

3. Conocer los criterios doctrinales y legales acerca de la actividad probatoria oficiosa en los juicios civiles.
4. Identificar el objeto de la prueba de oficio en la legislación panameña.
5. Conocer cuáles son las funciones del juez y de la parte en materia probatoria en el proceso civil.
6. Determinar a quién corresponde la búsqueda de la verdad en los procesos civiles.
7. Analizar la posición de la jurisprudencia referente a la función oficiosa del juez en el proceso civil.
8. Establecer la funcionalidad de la prueba de oficio en el Proceso civil: límites en su aplicación.
9. Determinar a través de su fundamento legal y constitucional, si la iniciativa probatoria oficiosa es un deber o una facultad discrecional.
10. Establecer la importancia de la aplicación de la prueba de oficio.
11. Reconocer las consecuencias procesales de la inaplicación en la práctica de la prueba de oficio en los supuestos de procedencia.
12. Identificar los presupuestos o reglas que deben ser considerados por el juez al ejercer la función probatoria oficiosa en los juicios civiles en Panamá.

Hipótesis.

La ausencia de parámetros claros respecto a los presupuestos o reglas que deben ser considerados por el juez al hacer uso de la prueba oficiosa en el proceso civil panameño, eliminan la posibilidad de garantizar un sistema procesal que brinde seguridad jurídica, toda vez que se genera el riesgo de vulneración de:

- El principio de impulso y economía procesal;
- El principio de legalidad;
- Igualdad;
- Imparcialidad;

- El principio de debido proceso;
- Tutela Judicial Efectiva;
- Verdad Material;
- El principio de certeza jurídica;
- Equidad procesal.

Metodología.

La metodología nos guía y orienta en el patrón a seguir para la investigación. Por la naturaleza de la investigación, este estudio es fundamentalmente teórico a través del uso de bibliografía o fuentes de información secundarias. Se enmarca dentro del método descriptivo de sus generalidades, antecedentes, concepto, finalidad, principios, presupuestos, factores o causas de inaplicación y el fundamento legal de la prueba de oficio.

A través del método comparativo contrastamos las regulaciones y experiencias obtenidas en Panamá con la de otros países en especial con Colombia; evaluamos similitudes y/o diferencias de enfoques en la legislación procesal civil que se aplican en otras legislaciones.

En cuanto a las Técnicas utilizadas para esta investigación tenemos la bibliográfica, a través de la búsqueda de libros referentes a la materia en estudio y documental, mediante el análisis de leyes, jurisprudencia que sirvieron de apoyo para llevar a cabo el presente estudio.

Las fuentes de investigación constituyen las herramientas fundamentales de toda investigación, ya que permiten sentar las bases para el desarrollo de un estudio particular. El uso de información actualizada y veraz, permite una interpretación jurídica

con un debido rigor científico. Para la veracidad de la información y por ende del estudio se hará uso de fuentes secundarias.

Para documentar adecuadamente el presente trabajo, se consultaron diversas obras de reconocidos autores en la materia, al igual que diccionarios jurídicos especializados; a fin de definir y aclarar conceptos de relevancia para el estudio. Por otro lado, se tomaron en cuenta de igual forma: monografías y artículos actualizados de revistas de autores nacionales y extranjeros; así como se consultó la red de internet que ofrece información clasificada de todos los tópicos, en especial el tema que se analizó, de igual manera la jurisprudencia recientemente expedida por los tribunales de justicia nacionales e internacionales con apoyo de las normas constitucionales y legales afines.

La información es presentada principalmente en tablas o cuadros, esquemas que nos permiten organizar los resultados de esta investigación, de tal manera que los lectores puedan detectar con claridad y resumidos el desenlace de la investigación al observarlos.

A través de este humilde y sacrificado esfuerzo, pretendemos despertar el interés al abordar el tema planteado, al tratarse de un tema de actualidad y de gran importancia para la ciencia del derecho, lo que redundará en el aprovechamiento de experiencias para lograr más y mejor acceso a la justicia, por ser las pruebas la espina dorsal del derecho procesal. En esta investigación no se han agotado todos los aspectos y particularidades de los temas relacionados con la prueba de oficio, por el contrario, se trata de un marco que nos permitirá mejorar o ampliar la misma, por lo que es pertinente recibir las críticas necesarias, observaciones oportunas, además del ánimo o exhortación alentadora de quienes realicen el estudio de la misma.

CAPÍTULO I. CONTEXTO GENERAL DE LA PRUEBA EN EL PROCESO CIVIL

1- Función del proceso civil.

Para poder explicar la función del proceso civil, tenemos que establecer primero su definición.

De acuerdo con Ugo Rocco, el proceso civil es “el conjunto de actividades de los órganos jurisdiccionales y de las partes necesarias para la declaración de certeza o para la realización coactiva de los intereses tutelados por las normas jurídicas en caso de falta de certeza o de inobservancia de esas normas”².

Según Giuseppe Chiovenda, el proceso civil “es el conjunto de actos coordinados para la finalidad de la actuación de la voluntad concreta de la ley (en relación con un bien que se presenta como garantizado por ella) por parte de los órganos de la jurisdicción ordinaria”³.

En la definición de Couture, es “la rama de la ciencia que estudia la naturaleza, el desenvolvimiento y la eficacia del conjunto de relaciones jurídicas denominado proceso civil”⁴.

José Ovalle Favela, en su escrito *Tendencias Actuales en el Derecho Procesal Civil*, al referirse al derecho comparado indicó que “El análisis comparativo del proceso civil,

² ROCCO, Ugo. (2001). *Derecho Procesal Civil*, Vol. I, editorial Jurídica Universitaria, México, pág. 65.

³ CHIOVENDA, Giuseppe (2001). *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. Vol. 3, editorial Jurídica Universitaria, México, pág. 22.

⁴ COUTURE, Eduardo. (1942) *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*, ediciones Depalma, Buenos Aires, pág. 325.

sobre todo cuando se emplea como instrumento de política del derecho, contribuye a la elaboración de proyectos legislativos para países que, como los iberoamericanos, tienen una tradición cultural común. Estas son algunas de las tendencias que se advierten en la evolución del derecho procesal civil. Cada una de ellas tiene sus características y su dinámica propias; pero todas responden a la necesidad de que el proceso civil sea un sistema justo, sencillo, rápido y eficaz de debate y solución de litigios; un método idóneo para que las partes expongan sus pretensiones y excepciones, aporten sus pruebas y expresen sus alegatos; un sistema mediante decisiones en las que se puedan conjugar los requerimientos legales de la motivación y fundamentación con los valores de la justicia; un método, en fin, apto para lograr la justicia por medio del derecho”⁵.

Para concluir, debemos manifestar que el proceso civil son todas las fases sucesivas, coordinadas, necesarias y obligatorias para el desarrollo de la actividad jurisdiccional, en la cual los jueces reconocen los derechos de las partes, que consisten en intereses jurídicos privados.

Una vez establecido el concepto de proceso civil debemos determinar cuál es su función; tema que ha sido ampliamente debatido en la doctrina procesalista.

Enseña Rolando Tamayo y Salmorán, que desde los procesos primitivos, tanto

⁵ OVALLE Favela, José. Tendencias Actuales en el Derecho Procesal Civil, pág. 33, consultado en <http://www.bibliojuridicas.unam.mx>.

para el jurista como para el científico social, la función del proceso jurisdiccional, ha sido "resolver conflictos entre los ciudadanos y finalmente emitir una decisión dotada de autoridad"⁶. Igualmente, para Cipriano Gómez Lara, en su obra Derecho Procesal Civil al referirse a la unidad fundamental del proceso, señaló que la finalidad de todo proceso es la de "dirimir o resolver un litigio"⁷. En este orden, Eisner⁸ manifiesta que su fin es el dictado de una sentencia que ponga fin a un conflicto de intereses del modo más justo posible y afirma que no persigue la averiguación de la verdad.

De acuerdo a Kielmanovich⁹ no puede pretenderse que la búsqueda de la verdad o la adquisición de certeza deba entenderse como una desnaturalización del proceso civil, puesto que sería contrario a los principios que le informan. Establecer la "verdad", debe centrarse en los parámetros de la realidad fáctica jurídica en que se enmarca la determinación de la viabilidad de las pretensiones que se esgrimen y que el juzgador debe considerar acreditadas, o no, al culminar con las diversas fases del procedimiento. Esta verdad no puede equipararse a una precisión propia de las ciencias naturales y exactas, puesto que estamos frente a fenómenos sociales que estructuralmente distan mucho de los estudiados por aquellas; razón por la cual, no puede pretenderse que se le brinde una finalidad que exceda la realidad procesal en que se enmarca y que la prueba

⁶ TAMAYO y Salmorán, Rolando. (1984). El Derecho y la Ciencia del Derecho, Universidad Autónoma de Nuevo México, México, pág. 167.

⁷ GÓMEZ Lara, Cipriano. (2005). Derecho Procesal Civil, séptima edición, OXFORD University Press, colección de textos jurídicos universitarios, Universidad Autónoma de Nuevo León, México, pág. 3.

⁸ EISNER, Isidoro. (1992). La Prueba en el Proceso Civil, segunda edición, Editorial Abeledo – Perrot, Buenos Aires- Argentina, pág. 43.

⁹ KIELMANOVICH, Jorge. (1985). La Prueba en el Proceso Civil, quinta edición, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, pág. 51 a 53.

revista una característica de infalibilidad, es decir, que no se equivoque.

Una situación compleja que emerge de la realidad de las causas, objeto de estudio, atendiendo a los planteamientos de Rocco; radica en que no debe determinarse la finalidad del proceso civil propiamente, sino las finalidades de los diversos sujetos procesales que intervienen en su sustanciación: la concepción objetiva, la del Estado (representado por el órgano jurisdiccional), y la concepción subjetiva que atiende a la finalidad de las partes; es natural que cada una de ellas se proponga sus fines. Tales pretensiones son las que deben orientar la decisión del juzgador en la declaración de certeza, la cual se obtiene en el ejercicio de la actividad jurisdiccional y la participación activa de las partes. Desde su punto de vista, “debe considerarse preponderantemente y absorbente en el proceso la finalidad pública del Estado que se propone conseguir por medio del proceso civil, y a esa finalidad se dedica toda una fase del proceso, denominada proceso de declaración de certeza. Sin embargo, con las precisiones hechas, hemos aceptado y aceptaremos la fórmula de actuación del derecho objetivo, ya consagrada en la doctrina y en la jurisprudencia”¹⁰.

Resulta interesante el análisis que realiza Rocco en cuanto a la finalidad del proceso civil desde la perspectiva de las partes en el proceso y del Estado en su función jurisdiccional, y a la vez, reconoce el interés público del proceso y la fórmula de

¹⁰ ROCCO, Ugo. Op. cit., pág. 66 y 67.

actuación del derecho objetivo.

La finalidad del proceso civil es la actuación de la voluntad de la Ley, sea cual fuere el resultado del proceso, favorable o adverso al actor siempre se tiende en él a la actuación de la Ley, aplicándola al litigio de que se trata; el proceso tiene una finalidad general y objetiva de actuar la ley. Ni siquiera la circunstancia que el juez civil proceda únicamente a instancia de parte puede conducir a un criterio distinto; pues no hay que confundir la naturaleza de una función con el interés de su desenvolvimiento en el caso concreto. El primer interesado en pedir la actuación de la ley es el particular, pero esto no impide que lo que él solicita sea la actuación de la ley¹¹.

Las disquisiciones que han desarrollado los doctrinarios sobre el particular, se han hecho eco en las palabras de Chiovenda¹², que propugna por una visión más acorde a sus tiempos, echando por tierra las posturas antiguas; reconociendo la posibilidad de lograr la solución de los conflictos por otros medios que revistan una naturaleza que pueda ser alterna o incluso distinta al proceso jurisdiccional; ya sea de forma preprocesal, extraprocésal o incluso a través de mecanismos excepcionales de terminación del proceso. En ese mismo orden de ideas, Chiovenda descarta la percepción del proceso como el ejercicio de un mecanismo coactivo del Estado, sino la exteriorización y materialización de la voluntad del mismo, expresada en la Ley; esto es, el reconocimiento de los derechos que el ordenamiento jurídico ha consagrado. Manifiesta, en conclusión, que el proceso moderno está inspirado por completo en un *ideal elevado de justicia*, y no en el proceso embrionario de los tiempos primitivos,

¹¹ CHIOVENDA, Giuseppe. (2001). Op. Cit., pág. 27.

¹² *Ibidem*, pág. 28.

únicamente encaminado a establecer a toda costa la paz entre los litigantes.

Es así como nuestra Constitución Política como el Código Judicial panameño establecen que el objeto del proceso es el reconocimiento del derecho consignado en la Ley. El Artículo 215 de la Constitución Nacional, establece:

“Las leyes procesales que se aprueben se inspirarán entre otros, en los siguientes principios:

1. Simplificación de los trámites, economía procesal y ausencia de formalismos.

El objeto del proceso civil es el reconocimiento de los derechos consignados en la Ley substancial”.

Por su parte, el artículo 469 del Código Judicial, indica: “El Juez, al proferir sus decisiones, debe tener en cuenta que el objeto del proceso, es el reconocimiento de los derechos consignados en la Ley substancial y con este criterio se deben interpretar las disposiciones del presente Código”.

El Doctor Jorge Fábrega Ponce¹³, al realizar un análisis crítico del Código Judicial de 1917 y sus reformas, específicamente sobre el Carácter Privatista del Proceso <como negocio entre las partes>, indicó que se desconocía el *interés público en el proceso* y se desconocían los intereses de grupo, de categoría, los intereses colectivos. El Código de 1917 sirvió de base al vigente Código Judicial. El nuevo Código mantiene varias instituciones y, en gran medida, las estructuras de los procesos. Los cambios y las innovaciones, reflejan, en general, los cambios e innovaciones que se advierten en el movimiento de Reforma Procesal Latinoamericana. El Código Judicial de 1987, código de

¹³ FÁBREGA Ponce, Jorge. (2004). Instituciones de Derecho Procesal Civil. Tomo I, segunda edición, Editora Jurídica Panameña, Panamá, pág. 35, 48.

procedimiento vigente, contiene *normas de contenido social*, en contraste con el Código de 1917.

El célebre procesalista panameño,¹⁴ antes citado, mantiene el criterio que las disposiciones contenidas en el Código Judicial de 1987, resaltan una naturaleza social, que se expresa a través de dos vertientes, a saber: la protección especial de las personas vulnerables, que tiene una proyección directa; y una indirecta, a través de la materialización del derecho de acceso a la justicia. En este sentido, se advierte que, a su juicio, la finalidad del proceso civil descansa sobre el equilibrio de los principios del ordenamiento jurídico y la tutela de los derechos de las partes; lo cual concretiza su énfasis social.

Si bien, de acuerdo con nuestra norma constitucional y legal, el fin del proceso civil es el reconocimiento de los derechos consignados en la Ley substancial, es decir, “*pronunciar y actuar la voluntad de la ley*” tal como lo señala Chioventa, debemos señalar también que ese fin está dirigido, tal como señala Fábrega a “la tutela de los derechos de las partes”, a alcanzar la *justicia* y como trascendencia lograr la *paz social*; es decir, que en la decisión del conflicto que se presenta debe existir una armonía entre la aplicación de las pretensiones de un caso concreto a la ley, y la observancia y protección de los derechos de las partes, como medio para alcanzar la justicia y

¹⁴ FÁBREGA Ponce, Jorge (2004). Op. cit., p. 51.

mantener el orden, propios de un Estado Constitucional.

2- Principios rectores del proceso civil.

Ugo Rocco señala que “En el desenvolvimiento de la actividad necesaria para el ejercicio del derecho de acción y contradicción en juicio, las partes en causa despliegan una serie ininterrumpida de actividades que se concretan todas ellas en el ejercicio de aquel poder único y unitario que está integrado por el derecho de acción y contradicción. Todo este conjunto de actividades está regulado por principios que son comunes a todas las normas y a todos los tipos de acciones y de proceso que eventualmente pueden instaurarse ante la autoridad judicial, principios que por su carácter absoluto dominan el desenvolvimiento y el ejercicio de toda actividad, y a los cuales las partes deben someterse porque son ínsitos a la naturaleza misma de la función que debe cumplir el Estado y de las finalidades que, a través de la jurisdicción, la acción y el proceso, se consiguen”¹⁵.

Los principios son reglas que los intervinientes en el proceso deben cumplir, de lo contrario no se asegura el debido proceso. Los principios hacen vigente el modelo de proceso que el legislador ha creado.

De acuerdo con el Maestro Uruguayo Eduardo Couture, “El sistema legal es un

¹⁵ ROCCO, Ugo. Op. cit., p. 321.

sistema de principios que constituyen algo así como el esqueleto, la estructura rígida e interna de la obra, su armazón lógico, sobre el cual se ordenan los detalles de la composición. La ley procesal es la que determina los detalles en virtud de los cuales se realiza la justicia. Toda ley procesal, todo texto particular que regula un trámite del proceso es, en primer término, el desenvolvimiento de un principio procesal; y es en sí mismo, un partido tomado, una elección entre varios análogos que el legislador hace para asegurar la realización de la justicia que enuncia la constitución”¹⁶.

Para el Doctor Barsallo, “las bondades de la vigencia de cada uno de estos principios, cuando prevalece uno de ellos sobre el opuesto, de hecho, influyen notablemente en el logro más o menos efectivo de los fines esenciales del proceso”¹⁷.

Couture y Barsallo son coincidentes en reconocer la trascendencia de los principios a la esfera procesal, puesto que no se trata de limitarse al texto expreso y literal de la norma; sino apreciar estas estructuras internas que garantizan un eficaz acceso a la justicia y la consecución de los fines del proceso; puesto que informan y guían el desenvolvimiento procesal de cada uno de los intervinientes en el proceso civil, en este caso.

¹⁶ COUTURE, Eduardo. (2001). Estudios, Ensayos y Lecciones de Derecho Procesal Civil, Vol. 2 Serie Clásicos, Editorial Jurídica Universitaria, México, pág. 126.

¹⁷ BARSALLO, Pedro. (1999) Derecho Procesal I, Volumen I, Primer semestre, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Panamá, Panamá, pág. 26.

El proceso desde su inicio está regido por una serie de principios que le dan autonomía y efectividad; esta última se logra si el proceso cumple con ciertas condiciones, garantías y principios. La relevancia de los principios descansa en la necesidad de regular todas y cada una de las actividades que constituyen el ejercicio procesal; a fin de que existan parámetros previamente delimitados para garantizar un efectivo y eficaz desarrollo de cada una de las fases del proceso; constituyéndose, para los intervinientes, en una guía en el debate de sus pretensiones sobre las actuaciones y gestiones que deben efectuarse hasta su culminación.

Somos conscientes de que cada autor señala principios propios y comunes del proceso civil. Desarrollaremos algunos, sin dejar de tener presente la existencia de otros. Existe una serie de principios que comprenden o forman parte de otros procesos, no obstante, en este apartado serán desarrollados desde la perspectiva civil.

2.1. Principio dispositivo.

Este principio puede ser definido como “la facultad exclusiva del individuo de reclamar la tutela jurídica del Estado para su derecho, y en la facultad concurrente del individuo con el órgano jurisdiccional de aportar elementos formativos del proceso y determinarlo a darle fin”¹⁸.

¹⁸ Cooperación Española y Corte Suprema de Justicia de Panamá. Módulo I: Constitución y Proceso Civil, del proyecto de capacitación judicial continuada de Panamá, 2000, pág. 82.

De acuerdo con Rocco¹⁹ el principio de disposición de las partes, tanto el ejercicio de la acción como el desenvolvimiento de ella a través del proceso, así como los límites de dicha acción y la actividad misma del juez, están en gran medida regulados por la voluntad de las partes, esto es, que las partes, así como son dueñas de disponer de su propio derecho sustancial, así también disponen, si la ley no establece otra cosa, de la iniciación y del desenvolvimiento del proceso, pues no basta haber presentado la demanda judicial y haberla notificado en la forma de la citación, sino que es necesario desplegar otras actividades en el curso del proceso hasta el momento en que se emita la sentencia final de fondo. Agrega éste autor que las partes no solo tienen la facultad de determinar el material documental de prueba, sino también la de pedir todos los medios instructorios que conceptúan más convenientemente para la demostración de la verdad de los hechos alegados.

Este principio consiste, en esencia, “en el predominio de la iniciativa de parte y así determina el nacimiento, desarrollo, contenido y terminación del proceso civil”²⁰. Las partes en el proceso no disponen del trámite, sino del contenido del proceso; el trámite es obligatorio.

En efecto, el principio dispositivo refiere a la expresión de la posibilidad del particular de poder acceder a la justicia, efectivizando el derecho de accionar al ente jurisdiccional para la tutela de un derecho que estima conculcado; para lo cual el ordenamiento jurídico le ofrece una gama de guías aplicables a todos los sujetos procesales, incluido el juez, que abarcan desde la interposición de la demanda hasta la culminación del proceso en la fase de ejecución.

Siguiendo las palabras de Vaz Ferreira²¹, se puede advertir que el principio

¹⁹ ROCCO, Ugo. Op. cit., p. 322.

²⁰ BARSALLO, Pedro. Op. cit., p. 52.

²¹ VAZ Ferreira. (2001). Conferencia: “La Suerte del Individualismo ha sido una Suerte Lógica, y Trágica”,

dispositivo se exterioriza en dos vertientes que constituyen los principios fundamentales del proceso civil: por un lado, la iniciativa de parte (el juicio civil no funciona sino a petición de parte interesada); y por otro, la limitación del material de conocimiento (el juez no conoce más materiales de hecho que los que le suministran las propias partes). Y los expresa en dos aforismos clásicos: *nemo iudex sine actore*, y *ubi partes sunt concordantes nihil ab iudice*). Esos dos principios son, diríamos, los dos núcleos del sistema dispositivo.

Observamos como la iniciativa de parte, activa al engranaje jurisdiccional para que entre a dirimir un conflicto de índole privado; limita el campo de acción del juez civil al momento de emitir su decisión, pues solo puede centrarse en lo expresamente solicitado por los intervinientes en sus sendas pretensiones, sin que se le dé la posibilidad de emitir una decisión distinta.

El ordenamiento procesal civil contiene normas de carácter dispositivas, así tenemos:

1. La Prórroga de competencia territorial (Art. 253 CJ).
2. Los procesos solo inician a petición de parte, salvo los casos en la Ley autorice expresamente que se promuevan de oficio (Art. 461 CJ).
3. Las partes pueden instar al juez a realizar actos facultativos oficiosos. Sin embargo, el Juez no estará obligado a pronunciarse (Art. 473 CJ).
4. Suspensión del proceso por acuerdo de las partes (Art. 491 CJ).
5. Renuncia de término, formalidad o garantía por la parte a quien favorece la concesión (Art. 522 CJ).
6. Supresión o variación o que se den por evacuados determinados trámites legales (Art. 522 CJ).
7. Reducción o reposición de términos, sujeto al prudente arbitrio del Juez (Art.

523 CJ).

8. Establecer reglas procesales a través de acuerdo de las partes, por ejemplo fijar términos por convenio de las partes (Art. 524 CJ).

9. Adopción del proceso oral por acuerdo de las partes (Art. 1283 C.J.).

10. Derivar el proceso civil para ser resuelto mediante los Métodos Alternos de Resolución de Conflictos (Acuerdo No. 294 de 6 de septiembre de 2001, modificado por el Acuerdo No. 225 de 19 de junio de 2003 del Pleno de la Corte Suprema de Justicia).

11. Resolución de un conflicto de acuerdo a proceso arbitral por determinación de las partes.

Nuestro proceso civil está regido por el principio dispositivo, es decir, que la regla general es que el proceso inicia a instancia de parte. Las partes disponen de las pruebas y del derecho en litigio y existe congruencia en la decisión del juez. Las partes también pueden instar al juez a ejercer las facultades oficiosas que le autoriza la ley; podríamos entonces decir que no rige el principio dispositivo de manera pura.

El profesor Pedro Barsallo señala que “en base a las nociones de la doctrina tradicional o clásica se fijaron las condiciones y características del principio dispositivo sobre las bases siguientes: a) El proceso civil se inicia por el actor, b) El Juzgador civil no puede salirse en su resolución o sentencia de lo solicitado en la demanda, c) Incumbe a las partes la aportación de los hechos, d) Corresponde exclusivamente a las partes la oportunidad de las pruebas y su aportación”²². En nuestro ordenamiento procesal civil panameño, se ejercita o inicia el proceso a instancia de parte, mediante el derecho de acción; es la parte quien pide, la que pone en movimiento la actividad jurisdiccional y el juez no puede salirse al tomar su decisión de lo expuesto en la demanda y en su contestación.

²² BARSALLO, Pedro. Op. cit., p. 54.

Concluye el profesor Barsallo que como consecuencia de las reglas o características anteriormente resumidas, “el principio dispositivo en su concepción clásica y tradicional implicaba, básicamente, que son las partes quienes, con su actuación, ponen en actividad la función jurisdiccional civil, al igual que determinan lo que será materia de conocimiento y decisión del tribunal, o sea lo que se denomina ‘*thema decidendum*’, así como también aportan los hechos pertinentes, y los elementos probatorios que correspondan a dichos hechos en el proceso. Al lado de la concepción que hemos denominado “clásica” del Principio Dispositivo se da modernamente un criterio diferenciador que hace consistir, esencialmente, el citado principio en el hecho de que las partes son dueñas del objeto del proceso y que las facultades oficiosas que los nuevos códigos le dan al juez se contraen a depurar el proceso de defectos y practicar, incluso, pruebas de oficio, pero en todo momento dentro del marco trazado por las propias partes respecto del objeto litigioso”²³.

Nos señala Couture²⁴ que en el proceso dispositivo de orden civil, las partes tienen el señorío del proceso. No obstante, agrega que ni el proceso dispositivo es totalmente dispositivo, **ni el juez de nuestros códigos es un fantoche puesto en manos de las partes, ni tampoco es el espectador impasible que querían los escritores clásicos.**

Es así como los doctores Fábrega y Cuestas en su obra Diccionario de Derecho Procesal Civil y Procesal Penal, al definir el principio dispositivo señalan: “a. En el proceso civil, el que reconoce a las partes el dominio del litigio y atribuye a las partes - especialmente al demandante- el impulso procesal y aporta medios de prueba y alegatos. b. Las partes fijan el objeto litigioso y el juez posee la facultad de dirigir e impulsar el proceso, depurarlo de cualquier objeto o vicio, y ***verificar las afirmaciones***

²³ BARSALLO, Pedro. Op. cit., p. 57.

²⁴ COUTURE, Eduardo (2001). Op. cit., p. 182, 183.

de las partes, mediante pruebas de oficio²⁵.

El ejercicio del principio dispositivo, incide no solo en el inicio del derecho de acción y la limitación de los parámetros de decisión del juez, sino también en la determinación de los hechos de trascendencia jurídica procesal y los medios para acreditar los mismos. El ente jurisdiccional si bien tiene que restringirse a los temas expuestos por las partes, esta restricción no es absoluta, ya que el ordenamiento jurídico le ofrece una facultad probatoria oficiosa, que aunque algo limitada, permite al juzgador esclarecer elementos relevantes del objeto del proceso para poder emitir la decisión de fondo.

¿Impera en nuestro ordenamiento procesal civil, el principio dispositivo o un sistema mixto? ¿Se regula el principio dispositivo, pero atenuado por el principio inquisitivo? En nuestro código procesal civil al igual que la mayoría de las legislaciones procesales civiles, el juez tiene el deber de ordenar pruebas de oficio, situación que no le resta el carácter dispositivo del proceso civil. Ahora bien, ante el principio dispositivo se observa una marcada pasividad del juez frente a la actuación de las partes, dejando de un lado el interés público del proceso, la legalidad y la justicia.

2.2. Principio de impulso procesal.

El impulso procesal, “constituye un aspecto particular del principio de disposición, hace que para que se pueda obtener el desenvolvimiento gradual del proceso, en todos sus estadios o fases, es necesario que las partes soliciten la actividad del juez”²⁶.

²⁵ FÁBREGA, J. y CUESTAS, C. (2004). Diccionario de Derecho Procesal Civil y Procesal Penal. Editores Colombia, S.A., primera edición, p. 884.

²⁶ ROCCO, Ugo. Op. cit., pág. 323.

Es “la actividad que se propone tan sólo (sic) obtener el movimiento progresivo de la relación procesal hacia su término. También, el impulso procesal lo podemos concebir confiado a los órganos jurisdiccionales (impulso de oficio) o a las partes (impulso de parte). El principio del impulso de oficio parte de la idea de que el Estado se halla interesado en la rápida resolución de las Litis, una vez que éstas han sido planteadas, y por ello sus órganos deben tomar la iniciativa de su rápida expedición; el principio opuesto parte de la idea que el proceso civil es cosa de las partes y que éstas (las partes), tienen el derecho de elegir el momento de su despacho, y al mismo tiempo, la carga de ser diligentes para conducirlo adelante. En el sistema italiano, lo mismo que en el francés, prevalece el impulso de parte; en el sistema austriaco, el impulso de oficio; el sistema alemán adopta ya el uno, ya el otro”²⁷.

Señala Vaz Ferreira, que “en materia de impulso procesal, existen, teóricamente, dos posibilidades: o el proceso se mueve y adelanta a expensas de la voluntad particular, o se mueve a expensas de la actividad de los órganos del Estado. Los alemanes llaman con mucha precisión *Parteibetrieb*, al impulso realizado por la parte; y *Offizielbetrieb* al impulso realizado por los órganos del Estado. En definitiva, el juicio es una relación continuativa y en marcha desde la demanda hasta la sentencia. Hay que remontar el proceso (no en el sentido de remontar hacia arriba, sino en el sentido de <remonter>, que dicen los franceses: darle cuerda para que ande y llegue hasta su destino)”²⁸.

Como bien lo han expuesto Rocco, Chioyenda y Vaz Ferreira, el impulso procesal es una expresión concreta del principio dispositivo; puesto que las partes pueden requerir al juzgador la continuidad del proceso a través del recorrido que la norma expresamente señala. Si bien, dichos autores estiman que en esencia reviste, por tal situación, una condición de facultad de las partes intervinientes, no dejan de reconocer que el juzgador en ejercicio de la función estatal puede ejercer el impulso oficioso, con

²⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. (2001). Op cit., pág. 437.

²⁸ VAZ Ferreira. Op cit., pág. 102.

miras a lograr una expedida resolución del conflicto sometido a su conocimiento; advirtiendo que no todos los ordenamientos jurídicos aceptan como viable esta última modalidad.

Según Prieto Castro, el impulso Procesal “es la fuerza o actividad que pone en movimiento el proceso y lo hace avanzar hasta su fin una vez iniciado. Según lo cual, tal actividad procede de las partes o del tribunal, se habla de impulso de parte o impulso oficial”²⁹.

Ahora bien para Ugo Rocco³⁰, el impulso procesal corresponde a las partes, “constituye un aspecto particular del principio dispositivo”, es decir, por iniciativa de las partes. Señala que “es verdad que algunos atribuyen también al juez un poder de impulso procesal (Chiovenda), pero considera que este concepto no es exacto; pues cuando el juez se vale de sus poderes para tomar iniciativas en el proceso, ello le está señalado por la ley como una obligación precisa, no en interés de las partes, sino que es interés de la recta administración de la justicia, es decir, en orden a una finalidad pública.

Para el doctor Barsallo, “en el proceso civil son las partes las que dan inicio al proceso, pero de conformidad con el impulso procesal. Una vez iniciado el mismo, debe el juez o tribunal, observando los mandatos que la ley le impone y los plazos que la misma prescribe, impulsar su marcha sin necesidad de que las partes le soliciten hacerlo, pues se trata simplemente de dar efectivo cumplimiento a las normas que regulan el procedimiento”³¹.

El doctor Fábrega³² afirma que promovido el proceso, el juzgador debe tomar de

²⁹ PRIETO Castro, Leonardo. (1972). Derecho Procesal Civil, Vol. 1, Madrid, pág. 411.

³⁰ ROCCO, Ugo. Op. cit., p. 323.

³¹ BARSALLO, Pedro. Op. cit., p. 60.

³² FÁBREGA, J. y Cuestas, C. Op. cit., p. 856.

oficio las medidas tendientes a evitar su paralización y adelantar su trámite con la mayor celeridad posible.

De acuerdo con lo planteado, se aprecia que en el caso de Panamá, tanto Barsallo como Fábrega coinciden en que a pesar de la naturaleza dispositiva del proceso, por su inicio a instancia de parte; el impulso de oficio (juzgador) es una facultad reconocida en la normativa procesal; éste se expresa en diversas normas, como se aprecia en los siguientes apartados.

El Código de procedimiento panameño consagra como regla general el llamado impulso oficial, así lo prescribe el artículo 465 del Código Judicial al señalar que “El impulso y la dirección del proceso corresponden al Juez, quien cuidará de su rápida tramitación sin perjuicio del derecho de defensa de las partes y con arreglo a las disposiciones de este Libro”.

Asimismo, el artículo 466 establece: “Promovido el proceso, el Juez tomará las medidas tendientes a evitar su paralización, salvo que la Ley disponga que ello corresponde a las partes”.

El artículo 199 del Código Judicial, recientemente derogado por la Ley 53 de 27 de agosto de 2015, establecía como deber en general de los Magistrados y Jueces, que el Juez debía dirigir e impulsar el trámite del proceso, velar por su rápida solución, adoptando las medidas para impedir su paralización, procurando la mayor economía procesal; por lo cual sería responsable de cualquier demora que en él ocurriera. La Ley 53 de 2015, en su artículo 119 establece que “Son deberes en general de los magistrados y jueces: Dirigir los procesos de su conocimiento y procurar la mayor economía procesal”.

El mismo principio se observa en el artículo 510 del Código Judicial al indicar que “El Juez fijará los términos cuando la Ley no los haya fijado, de conformidad con la naturaleza del proceso y la importancia del acto o diligencia, procurando siempre que no exceda de lo necesario para los fines consiguientes”.

Debemos referirnos también a los artículos 474 y 476 del Código Judicial, que establecen que cualquier error o defecto en la identificación, denominación o calificación de la acción, excepción, pretensión, incidente, o recurso, o del acto, de la relación o del negocio de que se trate, no es óbice para que el juez acceda a lo pedido, de acuerdo con los hechos invocados y la prueba practicada, si la intención de la parte es clara (Artículo 474). Y el tribunal debe darle a la demanda, petición, recurso o incidente, el trámite que legalmente le corresponda cuando el señalado por las partes esté equivocado (Artículo 476).

La Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, en la sentencia de 12 de mayo de 1995, al referirse al principio de impulso procesal manifestó que: “En cuanto al cargo expuesto en el primer motivo, fundado en la violación directa del artículo 460 del Código Judicial, al no considerar el Tribunal Superior el precepto legal acerca del impulso procesal, y la dirección del proceso que debe procurar el Juzgador, la Sala estima que tiene razón el recurrente por las siguientes razones: como sostiene la censura salta a la vista que el Tribunal colegiado dejó de aplicar el precitado artículo del Código Judicial a pesar de que el caso requerido de su aplicación, toda vez que, ciertamente, la demanda no había sido admitida por el Juzgador del conocimiento, y por ende, el impulso y la dirección del proceso corresponde al Juez, lo cual en este caso se traduce en un deber para decidir la admisión o no de la demanda, antes de cumplirse con la notificación y cualquier solicitud que pudiera formular el demandante en las fases del proceso. El cargo por tanto prospera”.

Significa que nuestro ordenamiento procesal civil, proclama como regla general el impulso de oficio, en el cual, el juez es el director del procedimiento; el Juez impulsa el proceso, desde su inicio hasta su culminación; vela porque no haya demora o llegue a paralizarse; ahora bien, existen actos procesales que corresponden exclusivamente a las partes y las mismas ante su inactividad son sancionadas con la caducidad.

2.3. Contradicción y Bilateralidad.

Los orígenes de este principio de bilateralidad del juicio civil es, al mismo tiempo, romano y germánico. Cuando se mira a fondo este principio de la bilateralidad de las partes en el juicio; cuando se trata de advertir qué hay en la esencia del mismo, se advierte la existencia de un principio de carácter político. La bilateralidad, es el principio de la igualdad de las partes en juicio, no es otra cosa que una expresión particular del precepto general de la igualdad de los individuos ante la ley³³.

Este principio llamado también <de bilateralidad de la audiencia> se basa en el concepto de que en el proceso han de ser oídos ambos litigantes, o por lo menos debe brindarse a cada parte la debida ocasión para ser oída; el régimen de la bilateralidad o del contradictorio está regulado en nuestros códigos de procedimiento sobre la base de que todos los actos procesales deben ejecutarse con intervención de la parte contraria. Sin embargo, esta bilateralidad no significa que necesaria o forzosamente deban intervenir las dos partes para que el acto procesal tenga plena eficacia y validez. Lo importante, según el principio, es que se le haya dado a ambas partes la oportunidad para intervenir, esto es, que los actos del proceso se realizarán con conocimiento de las partes³⁴.

³³ VAZ Ferreira. Op cit., p. 100.

³⁴ BARSALLO, Pedro. Op. cit., p. 45.

Indudablemente existen casos que se justifican por su verdadera urgencia, en lo que es absolutamente necesaria la adopción de una medida rápida; como el secuestro y en la suspensión (excepciones), según el cual, se procede sin audiencia del demandado; pero aún en estos casos, la parte interesada o afectada es oída siempre, o tiene la oportunidad de intervenir después de practicada la medida precautoria, la cual por consiguiente, puede ser revocada, si se demostrase que la práctica de la misma es contraria a derecho (artículo 521 siguientes y concordantes del Código Judicial).

Para Fábrega Ponce, el principio de contradicción es el “derecho a ser oído en el proceso como medida previa a cualquier decisión y tiene aplicaciones: 1. Causa de nulidad del proceso la falta de notificación de la demanda o la emisión de la apertura a pruebas. 2. No se puede apreciar ninguna prueba que haya sido incorporada con arreglo a las normas legales, y dentro de los términos establecidos en la misma, teniendo las partes la oportunidad para participar en su práctica, principio que debe aplicarse incluso a pruebas de oficio. 3. Las pruebas se proponen y practican en contradictorio. 4. La demanda, incidentes, recursos, impugnación y alegaciones se surten en contradictorio. 5. Existen atenuaciones en los procesos ejecutivos y en los monitorios en que la decisión se adopta primero y después, se instituye el contradictorio”³⁵.

El principio de contradicción y bilateralidad, como bien lo exponen Vaz Ferreira, Barsallo y Fábrega, constituyen una dualidad estrechamente vinculada e interrelacionada, puesto que se materializa como la expresión del principio de igualdad de las partes, que garantiza a las partes la misma posibilidad, no solo de contradecir los dichos de la contraparte, sino el derecho a que se le escuche en igualdad de oportunidades y ejercer similares derechos.

³⁵ FÁBREGA Ponce, Jorge. (2004) Op. cit., p. 79.

Sobre el particular, el Pleno de la Corte Suprema de Justicia de Panamá manifestó que de acuerdo con el principio de contradicción “las partes, durante un proceso, deben tener la oportunidad razonable de pronunciarse o contradecir las afirmaciones o pruebas presentadas por la contraparte”³⁶.

Oliver Galé indica que “como se puede observar, las normas que consagran expresamente la prueba de oficio no prevén expresamente, la posibilidad de contradicción de las pruebas decretadas por iniciativa del juzgador, sin embargo, ello no quiere decir que no se les dé a las partes la oportunidad de contradecirlas. Si se mira todo el sistema normativo, otras disposiciones de los códigos citados, imponen la garantía del contradictorio, a efecto de que quede erradicado cualquier asomo de arbitrariedad y antes, por el contrario, ese todo armónico busca que no quede un asomo de indefensión de las partes”³⁷.

Este principio garantiza que los actos procesales se ejecuten con la misma posibilidad de intervención de la contraparte, excepto las medidas cautelares. Ante el decreto de una prueba de oficio, el juez debe garantizar el principio de contradicción, la oportunidad de que las partes participen de su práctica, ya que una de las críticas que ha tenido la prueba oficiosa, es la alegada imposibilidad de contradicción y, por ende, de bilateralidad.

2.4. Principio de Igualdad de las partes en el proceso.

Según el principio de igualdad de las partes en el proceso, “al ejercer el derecho de acción y el correlativo de contradicción en juicio, tienen que hallarse en una condición de perfecta paridad e igualdad, de modo que las normas que regulan su

³⁶ Sentencia de 27 de abril de 2004, dictada por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia de Panamá.

³⁷ OLIVER Galé, Carlos. La Prueba de Oficio: Entre Activismo y Revisionismo. El Punto de Vista de un Juez. Editorial Librería Jurídica Sánchez R. Ltda., Medellín - Colombia, 2010, p. 123.

actividad no puedan constituir, respecto a una de las partes en juicio, con perjuicio de la otra, una situación de ventaja o privilegio. Este principio es una aplicación de aquel concepto más general, en virtud del cual la ley es igual para todos, y en virtud de cual en el ejercicio de la función jurisdiccional, y en la lucha que viene a desplegarse entre las partes ante el juez, éstas deben ser tratadas con un régimen de igualdad de paridad”³⁸.

En la observancia del principio de igualdad de las partes ante la Ley procesal, “deben, las partes, tener los mismos derechos dentro del proceso. Esta igualdad no significa otra cosa que otorgar a cada parte amplias facultades en igualdad de condiciones para que puedan libremente llevar sus pretensiones, alegar y probar su derecho. Este principio de igualdad es universalmente aceptado, constituye una verdadera garantía para el ciudadano y resulta una consecuencia directa de una innegable aspiración humana de justicia. El problema fundamental no es discutir la igualdad, sino básicamente buscar los medios legales de su vigencia efectiva”³⁹.

De acuerdo con el Doctor Barsallo “Dos consecuencias fundamentales se derivan de este principio dentro del proceso: 1) La de que en el curso del proceso las partes gozan de iguales oportunidades para su defensa y actuación, y 2) No son aceptables los procedimientos privilegiados”⁴⁰.

La igualdad procesal de las partes es una de las manifestaciones del principio de igualdad ante la ley, que garantiza el ejercicio de la acción jurisdiccional en una relación de semejanza de derechos de las partes; así como de las facultades que las disposiciones del ordenamiento les concede; para lo cual se debe hacer realidad su desarrollo con el cumplimiento de la regulación normativa.

³⁸ ROCCO, Ugo. Op. cit., p. 322.

³⁹ BARSALLO, Pedro. Op. cit., p. 36.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 37.

Este principio encuentra respaldo en el artículo 7 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el cual establece que “Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley”; es decir, que tiene aplicación en el principio de igualdad ante la ley. Por su parte, el artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, señala que “Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”.

Puede decirse que este principio se encuentra regulado en el artículo 19 y 20 de la Constitución Política de la República de Panamá, en el artículo 469 del Código Judicial y el artículo 1 del Código Civil. El artículo 19 de nuestra Carta Magna establece que “No habrá fueros o privilegios ni discriminación por razón de raza, nacimiento, discapacidad, clase social, sexo, religión o ideas políticas”. En este orden, el artículo 20 de la misma excerta legal citada señala que “Los panameños y los extranjeros son iguales ante la ley (...)”; “la vigencia del principio de igualdad, señalado en el artículo 20 de la Constitución Política, fundamenta que las partes deban intervenir en el proceso en un plano de igualdad porque hay que extrapolar ese principio a todos y cada uno de los sectores de la vida pública, y por consiguiente, debe regir igualmente dentro del proceso. Las partes deben tener los mismos derechos, cargas, facultades o posibilidades”⁴¹. Es preciso indicar que el numeral 8 del artículo 199, el cual fue derogado recientemente por la Ley 53 de 27 de agosto de 2015, establecía como un deber general de los magistrados y jueces, hacer efectiva la igualdad de las partes en el proceso. Esta ley que pretende brindar estabilidad e independencia a los jueces deroga esta norma del Libro Primero del Código Judicial que en sus numerales en la mayoría guardan relación con los deberes del juez respecto al proceso en sí. Ahora bien, esta Ley de Carrera Judicial antes citada, en el numeral 6 del artículo 119 señala que es deber de los magistrados y jueces “hacer efectiva la igualdad de las partes en el proceso”.

⁴¹ Cooperación Española y Corte Suprema de Justicia de Panamá. Op. cit., p. 88.

“Las partes tienen derecho a un tratamiento igualitario, de tal forma que deben gozar de idénticas oportunidades de atacar y defenderse; y es por ello que tal derecho corresponde, tanto al demandante como al demandado. El inconveniente de la igualdad, es la dificultad de establecer una igualdad material de las partes y en ello, el juez juega una labor de trascendental importancia para generar las condiciones necesarias y de esta manera, colocar a las partes en paridad de condiciones”⁴².

El juez en el proceso civil, no puede permitir un trato discriminatorio en función de consideración de raza, sexo, religión, nacionalidad o cualquier otra circunstancia, ya que la igualdad de las partes en el proceso es una, pues “es evidente que la igualdad de las partes en el proceso es uno de los supuestos fundamentales para una tutela judicial. El juez debe velar porque se respete el equilibrio procesal.

La igualdad procesal no se restringe a un trato idéntico, sino también a la correspondencia en el ejercicio de acción (demanda) y oposición (contestación), lo cual debe ser garantizado por el juzgador en ejercicio de su función tutelar, como lo expone nuestra legislación procesal y se detalla a continuación.

El artículo 469 del Código Judicial indica que “el juez, al proferir sus decisiones, debe tener en cuenta que el objeto del proceso es el reconocimiento de los derechos consignados en la ley substancial y con este criterio se deben interpretar las disposiciones del presente Código. Las dudas que surjan en la interpretación de las normas de este Código, deberán aclararse mediante la aplicación de los principios constitucionales y generales del Derecho Procesal, de manera que se observe el debido proceso, la igualdad procesal de las partes, la economía y la lealtad procesal”. El artículo 1 del Código Civil panameño señala que “La Ley obliga tanto a los nacionales como a los extranjeros residentes o transeúntes en el territorio de la República”.

⁴² OLIVER Galé, Carlos. Op. cit., p. 117.

Existen figuras como el patrocinio procesal gratuito para aquellas personas que reúnan las condiciones que establezca la ley para ser favorecidas con este beneficio, este patrocinio aplica para cualquier proceso que desee instaurar, incluso para ejercer la acción civil (artículos 1446 a 1450 del Código Judicial) y artículos 413, 423 del Código Judicial sobre la defensoría de oficio, tendiente a buscar un equilibrio entre las partes en el proceso.

En este orden, el artículo 413 del Código Judicial establece que “El Instituto de Defensoría de Oficio depende del Órgano Judicial, está constituido por los abogados que designe el Pleno de la Corte Suprema de Justicia para que actúen en defensa de los intereses de toda persona que tenga derecho a asistencia legal gratuita”. Asimismo el artículo 423 de la misma, excerta legal citada, señala que “La persona que tiene derecho a asistencia legal gratuita puede solicitarle al juez competente que le asigne un defensor de oficio”.

El Patrocinio Procesal Gratuito es un beneficio que ofrece el Estado a los litigantes que reúnen ciertos requisitos (respecto a sus posibilidades económicas) para que acuda a los tribunales sin costos. Es una “institución que busca permitir el acceso a los tribunales sin expensas judiciales de ningún género, a quien no tiene determinados ingresos o bienes”⁴³.

Indica Couture que “Si en un proceso actúan frente a frente el pobre y el rico, debiendo pagar ambos los gastos de la justicia, no existe igualdad posible, porque mientras el pobre consume sus reservas más esenciales para la vida, el rico litiga sin sacrificio y hasta con desprecio del costo de la justicia. No existen, pues, dos partes iguales, sino una dominante por su independencia económica y otra dominada por su sujeción económica. Tal cosa supone el quebrantamiento del principio doctrinario de la

⁴³ BARSALLO, Pedro. Op. cit., p. 38.

igualdad de los individuos en el juicio, como se dice habitualmente, no es otra cosa que la aplicación del principio constitucional de la igualdad de los individuos ante la Ley”⁴⁴.

Es pertinente indicar que en el plano de igualdad, en lo que respecta al derecho de defensa, los poderes judiciales han asumido una intervención con la figura del defensor de oficio y ahora con el sistema penal acusatorio, la denominada defensa pública para aquellas personas que cumplan con las exigencias de ley para obtener dicha representación legal gratuita; cumpliendo así con la igualdad de armas, ya que la parte que carece de los medios materiales para designar un abogado que ejerza su defensa, cuente con el mismo en aquellos casos en que es obligatoria dicha asistencia.

La figura del Patrocinio Procesal Gratuito, en efecto, viene a salvar las desigualdades económicas que pueden presentarse entre las partes y que surgen cuando se impone la necesidad de la representación judicial por intermedio de apoderado idóneo; es decir, que se constituye en una forma de efectivizar el acceso a la justicia. Lo anterior, de acuerdo a las posturas de Barsallo y Couture, puede constituirse en un atentado contra la igualdad procesal de las partes y afectar al referido principio constitucional, lo que acrecienta las diferencias económicas; de allí que se satisfaga el ejercicio del derecho de defensa a través de la figura del defensor de oficio.

Ya sobre este tema, es decir, sobre el Principio de Igualdad, el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, el día 21 de marzo de 1997, se pronunció en los siguientes términos: “Tal como lo sostiene la doctrina procesal moderna más autorizada, el principio de igualdad procesal implica, en primer término, que toda persona (natural o jurídica), en su calidad de parte, tiene derecho a que se le brinden idénticas oportunidades a las otorgadas a su contraparte, es decir, que todas las partes del proceso tengan las mismas oportunidades para su defensa; por otro lado, y como

⁴⁴ COUTURE, Eduardo. (2001) Op. cit., p. 34.

corolario de lo anterior, no debe reconocerse privilegio alguno a ninguna de las partes durante la tramitación del proceso”⁴⁵.

La importancia del principio de igualdad, radica en que a las partes en el proceso se les otorguen las mismas posibilidades de ser oídas en juicio, ya sea en su calidad de demandante (demanda) o como demandado (contestación), a través de sus defensas o excepciones. En tal sentido, Couture indica que, “además de las peticiones, alegaciones y pruebas, otras garantías para los actos procesales, complementarias del debido proceso, surgen del texto de la constitución. La más significativa de todas ellas, por su importancia social, es la relativa a la igualdad de las partes”⁴⁶.

2.5. Principio de economía procesal.

Según este principio, “el proceso ha de desarrollarse con la mayor economía de tiempo, de gastos y de esfuerzos. Se ha dicho que este principio es la consecuencia del concepto de que debe tratarse de obtener el mayor resultado con el mínimo empleo de actividad procesal”⁴⁷. Es el principio conforme el cual el juez debe realizar los actos procesales en la forma más simplificada y evitando fórmulas ineficaces.

Este principio ha sido elevado a rango Constitucional, ya que se encuentra regulado en el artículo 215, establece:

“Las leyes procesales que se aprueben se inspirarán, entre otros, en los siguientes principios:

1. Simplificación de los trámites, economía procesal y ausencia de formalismos (...).”

⁴⁵ Sentencia de 21 de marzo de 1997, proferida por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia de Panamá.

⁴⁶ COUTURE, Eduardo. (2001), Op. cit., p. 18.

⁴⁷ BARSALLO, Pedro. Op. cit., p. 61.

En materia del principio de economía procesal el Código Judicial en el numeral 1 del artículo 199, derogado por la Ley 53 de 27 de agosto de 2015, señalaba que el Juez debía procurar la mayor economía procesal, por lo cual sería responsable de cualquier demora que en el proceso ocurriera. En la actualidad, el artículo 119 de la citada Ley de Carrera Judicial, establece que es deber en general de los magistrados y jueces, “Dirigir los procesos de su conocimiento y procurar la mayor Economía Procesal”.

Por su parte, el artículo 468 del código de procedimiento enuncia: “tanto el juez como los órganos auxiliares de los tribunales, tomarán las medidas legales que sean necesarias para lograr la mayor economía procesal”.

El Código Judicial pone en práctica este principio estableciendo las normas siguientes: artículo 472 (los actos del proceso que no tengan en la ley una forma determinada, los realizará el juez, quien dispondrá que se lleven a cabo con la menor formalidad posible), 608 (Llamamiento al proceso), 676 (acumulación de pretensiones) 678 (litisconsorcio necesario y facultativo), 682 (el demandado puede contestar la demanda aunque no haya recibido el traslado, caso en el cual se entenderá surtido este trámite), 686 (corrección de la demanda), 696 (saneamiento), 702 (todos los incidentes cuyas causas existan simultáneamente deberán promoverse a la vez, los que se promuevan después serán rechazados de plano), 708 (rechazo de plano de incidentes improcedentes, sin más trámite), 720 a 731 (acumulación de procesos) ... (el juez puede de oficio o a solicitud de cualquiera de las partes habilitar días y horas, para la práctica de diligencias judiciales) del Código Judicial. El numeral 2 del artículo 447, ibídem, establecía que es un deber ético de los jueces, velar por una administración de justicia rápida y escrupulosa. No obstante, tal como señaláramos, esta norma fue derogada por la Ley de Carrera Judicial.

Este principio es trascendental en el proceso civil “comprende todas aquellas

previsiones que tienden a la abreviación y simplificación del proceso, evitando que su irrazonable prolongación torne inoperante la tutela de los derechos e intereses de las partes. El mismo posee una serie de variantes que, a pesar de ser consideradas en ocasiones como principios procesales independientes, lo cierto es que no son sino una especie del género mayor que es el principio de economía procesal. Como parte integrante del mismo se pueden destacar: 1. El principio de concentración; 2. Principio de eventualidad; 3. Principio de Preclusión; 4. Principio de celeridad; 5. Principio de saneamiento”⁴⁸.

Respecto a este principio, el Pleno de la Corte Suprema de Justicia se ha referido al resolver un tema sobre casación: “Cabe agregar, que el procedimiento que consagra el artículo 1150 tiene un carácter netamente optativo; es una facultad que la ley confiere a las partes, en aras de la economía procesal, quienes están en condiciones de decidir si se acogen o no al mismo. Dicha norma no impone al demandante o demandado ningún trámite, sino que, por el contrario, cuando éstos deciden prescindir de la segunda instancia por medio de la casación "per saltum", están renunciando voluntariamente al trámite regular de la casación y se someten por sí mismos a la tramitación expedita que consagra la norma en cita, dentro de la cual está la imposibilidad de alegar causales de forma. (...) Finalmente, debe tenerse presente que la casación "per saltum" obedece al principio de economía procesal que, precisamente, está contemplado en el artículo 212 (sic) 215 de la Carta Fundamental. Pretender fundamentar la casación "per saltum" en causales de forma, obviando una segunda instancia, implica un verdadero contrasentido con respecto a la economía procesal que procuran las partes a través de esta especial tramitación de dicho recurso”⁴⁹.

⁴⁸ Cooperación Española y Corte Suprema de Justicia de Panamá. Op cit., p. 92.

⁴⁹ Sentencia de 30 de mayo de 1996, proferida por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia de Panamá.

Igualmente, el Pleno de la Corte Suprema de Justicia se pronunció, al referirse a la intervención de terceros, de la siguiente manera: “Esta figura regulada por el artículo 604 del citado texto de procedimiento responde, evidentemente, a razones de economía procesal en estos procesos y al marco de incertidumbre que resultaría existente y que surge cuando ese tercero advierte que una cosa o derecho suyo, es discutido por y entre otras personas sin haberlo considerado para tal propósito”⁵⁰.

La economía procesal corresponde a la reducción o realización con el menor ahínco de los actos procesales con miras a la concreción de los resultados del proceso, por medio de la disminución de la duración de las distintas fases que lo componen; es una manifestación integral de otros principios como el de concentración, eventualidad, preclusión, celeridad y saneamiento; los cuales garantizan un efectivo ejercicio de la actividad jurisdiccional para la satisfacción de las pretensiones de las partes.

2.6. Principio de eventualidad o preclusión.

De acuerdo con Rocco, fue Chiovenda quien “introdujo por primera vez en Italia en el lenguaje científico, el término preclusión, vocablo que ha sido acogido en general por todos los cultivadores del derecho procesal y también en el lenguaje forense. Preclusión, según el concepto de Chiovenda, significa la pérdida, extinción o consumación de una facultad procesal, fenómeno que se produce, ya sea por no haber observado el orden formal señalado por la ley para el ejercicio de determinada facultad, ya sea por haber cumplido una actividad manifiestamente incompatible con el ejercicio de otra facultad; o ya por haber cumplido una vez y ejercido, válidamente o no, dicha facultad”⁵¹.

⁵⁰ Sentencia de 26 de abril de 2010, proferida por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia de Panamá.

⁵¹ ROCCO, Ugo. Op cit., p. 392.

Para Fábrega la preclusión “se deriva de las voces latinas pre que significa antes, y claudio que suscita la idea de cerrar; esto es: precluire viene de preclure, que denota prohibir, impedir o no permitir que una cosa ocurra o se realice. Consiste en la pérdida, extinción o consumación de una facultad procesal”⁵².

Este principio guarda una estrecha relación con el principio de economía procesal, en cuanto que al ser observado imposibilita el retroceso en la tramitación del proceso y se continúa en el desarrollo del mismo. Una vez iniciado el proceso este se desarrolla en varias etapas, y en ellas existe un término para su cumplimiento, de no realizar dichos actos en ese período resultan ineficaces los mismos en atención a su vencimiento o a la preclusión, “aquellos actos que se ejecutan fuera del período que les está asignado, tanto este principio supone la pérdida, extinción o consumación de una facultad procesal y ello puede ser debido por diversas causas: a) No haber observado el orden señalado por la ley para su ejercicio; b) haberse realizado una actividad incompatible con el ejercicio de la facultad; c) haberse ejecutado ya válidamente una vez la facultad, lo que la ha consumado”⁵³.

La preclusión, como principio, supone el reconocimiento de que cada una de las fases que componen el procedimiento tienen una duración específica y una vez concluyen las mismas no se pueden retrotraer, salvo limitadas excepciones derivadas de las nulidades procesales. Se entiende entonces que la preclusión constituye esa sanción que se le aplica a la facultad procesal, de no poder ejercitarse de forma indefinida, sino dentro de los plazos que dispone la ley o aquellos que se le autoriza al juzgador establecer por mandato normativo.

Según Rocco⁵⁴, el concepto de preclusión surge del hecho de que, a consecuencia

⁵² FÁBREGA Ponce, Jorge. (2004), Op cit., p. 591.

⁵³ Cooperación Española y Corte Suprema de Justicia de Panamá. Op cit., p. 93.

⁵⁴ ROCCO, Ugo. Op. cit., p. 392.

del cumplimiento o de la omisión de ciertos actos procesales de parte, se impide a esa misma parte cumplirlos. Las preclusiones pueden tener por objeto tanto actividades reservadas al demandado (acciones y defensas) como actividades reservadas al actor.

Este principio “hace que el proceso deba desarrollarse forzosamente en forma ordenada y sucesiva, y los actos procesales realizarse en el momento que le corresponden, impidiendo las normas de procedimiento el retroceso de los actos procesales ya verificados o que debían verificarse oportunamente, no siendo posible legalmente la gestión y actuación de actos procesales fuera del momento señalado para ello. La vigencia de este principio en el proceso hace que el mismo reparta el ejercicio de la actividad de las partes y del tribunal, dentro de fases o períodos, de manera que determinados actos procesales deben corresponder necesariamente a determinados momentos, fuera de los cuales no pueden ser afectados y de ejecutarse carecen totalmente de eficacia”⁵⁵.

A la descripción de Rocco sobre preclusión, se añade que “cuando se presenta una causa de preclusión, ocurre que la actividad procesal desplegada, precisamente por la existencia de dicha causa, no tiene eficacia alguna, y dicha ineficacia opera de derecho (ope legis), aunque normalmente no pueda hacerse valer más que a instancia de la otra parte interesada. Cuando ocurra una causa de preclusión, se contraponen a ésta el principio de la adaptabilidad o de la elasticidad, en virtud del cual el procedimiento no queda restringido en un orden demasiado que se adapta a la necesidad de la causa”⁵⁶.

De acuerdo a los criterios de Rocco y Barsallo, la preclusión afecta por igual a todas las partes o intervinientes en el proceso y garantiza que el mismo se desarrolle de forma ordenada y sistematizada; lo que impide, salvo las excepciones legales, que se puedan retrotraer actuaciones por la sola voluntad de las partes, lo que evidencia una

⁵⁵ BARSALLO, Pedro. Op. cit, p. 64.

⁵⁶ ROCCO, Ugo. Op. cit., p. 392.

expresión de la seguridad jurídica y de la eficacia procesal.

Fábrega, por su parte, indica que “La preclusión es uno de los elementos característicos del proceso moderno, porque mediante ella se obtiene: 1. Que el proceso se desarrolle en un orden determinado, predeterminado, para llegar en forma expeditiva, al final. 2. Que el proceso esté constituido por diversos estadios o períodos, dedicados cada uno de ellos al desenvolvimiento de determinadas actividades. Concluido cada período, no es posible retroceder a otro anterior, salvo acuerdo expreso de las partes. (Art. 523). Así se logra que la primera parte del proceso esté dedicada a perfilar la litis; la segunda a producir la prueba, la tercera los alegatos; la cuarta, al pronunciamiento de la sentencia y la quinta a la ejecución, si el demandado no cumple voluntariamente. 3. Que las partes ejerciten en formas legales sus derechos y cargas procesales, es decir, no solo dentro del término que para ello fue la ley, sino también con las debidas formalidades y requisitos. Por ejemplo, la ley no consiente que se presenten documentos después de que la demanda ha sido presentada salvo en el período de aducir pruebas y otros supuestos especiales. 4. Que se eviten situaciones sorpresivas y se afianza el principio del contradictorio”⁵⁷.

Según Barsallo “lo que intenta obtener el principio de la preclusión dentro del proceso es que todos los actos procesales, del tribunal y de las partes, se efectúen en cada uno de los períodos o etapas que les corresponde dentro del proceso, sin posibilidad legal de que se ejerciten válidamente en los siguientes, por lo cual, vencida cada etapa procesal, quedan precluídos los actos no ejercitados correspondientes a la misma”⁵⁸.

⁵⁷ FÁBREGA Ponce, Jorge. (2004), Op. cit., p. 592.

⁵⁸ BARSALLO, Pedro. Op. cit., p. 64.

Devis Echandía, se refiere a este principio que denomina también “de la eventualidad”, señalando que persigue buscar orden, claridad y rapidez en la marcha del proceso, y se constituye en la división del proceso, en una serie de momentos o períodos fundamentales, que algunos han calificado de compartimientos estancos, en los cuales se reparte el ejercicio de la actividad de las partes y del juez de manera que determinados actos deben corresponder a determinado período, "fuera del cual no pueden ser ejecutados, y si se ejecutan no tienen valor"⁵⁹.

El Código Judicial de 1987, al igual que el Código Judicial de 1917, respecto al principio de preclusión, estima que las actuaciones son continuas y estructuradas, por ser un proceso de tracto sucesivo al desarrollarse a través de una serie de fases que, una vez realizadas, no pueden retrotraerse y, por tanto, son eventuales y definitivas. De conformidad con este principio se pretende buscar en el proceso orden y rapidez.

En cuanto a este principio el artículo 508 del Código Judicial, señala que “Toda resolución judicial o diligencia judicial deberá cumplirse en el término designado. Por su parte, el artículo 517, de la misma excerta legal, también reconoce la figura de la preclusión al señalar: “Cuando vencido un término, las partes no han hecho uso de su derecho, los trámites del proceso continúan. Todo perjuicio por omisión es imputable al que incurrió en ella, salvo el derecho a reclamar el perjuicio que la ley concede a la parte perjudicada, contra su apoderado o representante negligente u omiso”. En este orden, el artículo 526 reformado por la Ley 15 de 7 de febrero de 2008, ley que recientemente es subrogada por la Ley 75 de 18 de diciembre de 2015, en su artículo 7 expresa que “En todo proceso judicial, las actuaciones o diligencias deberán iniciar a la hora programada para ello por el respectivo despacho”.

⁵⁹ DEVIS Echandía, Hernando. Compendio de Derecho Procesal, tomo I, Editorial ABC, Bogotá-Colombia, 1988, p. 49.

Otra disposición que se refiere al principio de preclusión es el artículo 685 del Código de procedimiento civil al indicar que “El demandado podrá comparecer en cualquiera de las instancias del proceso; pero la actuación no se retrotraerá en ningún caso”.

Por su parte, el artículo 795 de dicho cuerpo de normas, indica que, “Las pruebas practicadas en un proceso seguido en el país, podrán aportarse en copia a otro proceso, en el que se apreciarán, siempre que la prueba en el primer proceso se haya practicado con audiencia de la parte contra quien se aduce y haya **precluido** la oportunidad para impugnarla.

Asimismo, el artículo 796 del Código Judicial señala que **“Transcurrido el término ordinario o extraordinario de prueba, seguirán los trámites del proceso respectivo;** pero las pruebas documentales pedidas y ordenadas practicar o cualesquiera de las practicadas por comisión, dentro de los respectivos términos, se agregarán al proceso en cualquier tiempo, con tal que no se haya dictado sentencia. Si ello ocurriere, siempre se agregarán las pruebas para que sean estimadas en el fallo de segunda instancia, en caso de apelación o consulta”.

El artículo 1132 del código de procedimiento establece que “La parte que se creyere agraviada tiene derecho de apelar en el acto de la notificación o dentro de los tres días siguientes a la notificación, si fuere sentencia y dos días si fuere auto”.

Al finalizar, expirar o vencer el término señalado en la ley, los trámites del proceso continúan; y para el período ordinario o extraordinario de prueba o para anunciar el recurso de apelación, se pierde la oportunidad legal y el proceso continúa con el trámite respectivo.

Para Rocco “las preclusiones tienen grandísima importancia en relación con los términos, puesto que si determinado acto procesal se ejecuta con violación de un término, resulta imposible el cumplimiento del acto, el cual, si se cumple, se le podrá desconocer, a instancia de parte, o a veces también de oficio, cualquier eficacia”⁶⁰.

La Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia en su fallo de 29 de marzo de 2004, cita la sentencia de 22 de enero de 2001, que se transcribe:

"Consta en el expediente, y también en la resolución recurrida, que el derecho a impugnar el proceso ordinario iniciado por demanda del recurrente mediante el incidente de incompetencia por razón de la cláusula compromisoria no fue intentado por el demandado durante el término del traslado de la demanda, señalando en la contestación de la demanda que oportunamente interpondría el incidente,... con lo que el principio de preclusión ha sido afectado, en la medida en que transcurrió el término del traslado sin que el demandado interpusiese el correspondiente incidente alegando la existencia de la cláusula compromisoria. Por el contrario, es en la demanda donde se refirió a este extremo, advirtiendo la interposición del incidente, cosa que ocurrió después de haber contestado la demanda.

Es sabido que, en virtud del citado principio, los términos procesales son fatales e improrrogables, y deben, precisamente dentro de tales términos, realizarse las gestiones que las normas procesales señalan (artículo 497, 498 y 499 del Código Judicial).

(...)

Cuando la norma especial habla de incidente, se está refiriendo a un procedimiento que tiene su regulación propia en el Código Judicial, para aquellos temas que requieran un tratamiento especial (artículo 686), en cuyo trámite ha de alegarse y acreditarse la existencia de la cláusula compromisoria, o, lo que es lo mismo, que no se debe presumir de iure la existencia del desistimiento del compromiso, presunción esta que admite, desde luego, prueba en contrario, lo que habrá de hacerse valer precisamente en la tramitación del incidente para su debate por

⁶⁰ ROCCO, Ugo. Op. cit., p. 392.

las partes, y concretamente en su fase probatoria (art. 693 del Código Judicial). La consecuencia jurídica por no haber realizado, dentro de término, una gestión o promovido una pretensión es que el proceso continúa, y que el trámite es irrepetible habiendo transcurrido el término correspondiente, conforme lo señala el artículo 507 del Código Judicial, todo ello sin perjuicio de las consecuencias que dicho precepto tiene previsto.

La Sala ha advertido, sin embargo, que el opositor al recurso de casación ha invocado como norma para extender el término de que disponía para promover el incidente de nulidad, por falta de competencia, lo expresado en el artículo 689 del Código Judicial, colocándose en una posición antagónica con respecto a la aplicación preferente del artículo 1414 del Código Judicial. La Sala no comparte este señalamiento, toda vez, que se trata de una norma general, que debe ceder ante la norma especial contenida en el artículo 1414 del Texto Ritual (artículo 14 del Código civil), por lo que es evidente que el anuncio del incidente que habrá de formular por sentado, que formula en la demanda, y la eventual interposición del mismo, han sido gestiones que fueron realizadas cuando había excedido el término que, para tales efectos, tiene previsto el artículo 1414 del Texto Ritual, para entender que no se ha producido el desistimiento de la cláusula compromisoria y, por ende, estando facultado el incidentista para promover el correspondiente incidente de nulidad por falta de competencia.

Un aspecto importante que destaca la resolución recurrida es que ha decidido declarar, probado el incidente, debido al principio antiformalista que rige la interpretación de la ley procesal. Sin embargo, la Sala, con advertir la pertinencia de dicho principio antiformalista en sede de interpretación procesal, ha de destacar que el antiformalismo que postula el artículo 464 del Código Judicial, no patrocina la omisión de aquellos requisitos que el ordenamiento procesal señale para determinado trámite o actuación esencial que requiere un pronunciamiento especial, por cuanto, de admitirse una interpretación como la indicada, dándole un alcance tan generoso como el que le confiere la resolución recurrida, ello se llevaría al traste con un principio, medular en el ordenamiento procesal, que es el denominado principio de preclusión, como ha quedado destacado, y que tiene

su finalidad en mantener un adecuado orden en la tramitación de los procesos"⁶¹.

Este principio es denominado por la doctrina como el principio de eventualidad procesal, y pretende que en el proceso exista un orden lógico, claridad y rapidez en la tramitación del mismo; una etapa precede a la otra, fases que son de tracto sucesivo basadas en un sistema que permite su conexión.

2.7. Principio de inmediación.

En atención a este principio las partes se relacionan entre sí de inmediato y se intercambian distintos actos concernientes al proceso; las relaciones entre las partes, son relaciones puramente de hecho. Además, las partes están también inmediatamente en contacto con el juez, ya que ellas se dirigen directamente a él, y mediante este contacto directo con el juez, viene a establecerse una especie de colaboración entre las partes y el juez, para el mejor resultado del proceso⁶².

En esencia, las relaciones que se suscitan entre los sujetos procesales revisten la condición de hechos y actos jurídicos, los mismos no siempre revisten un carácter judicial, sino cuando son presentados y sustanciados frente al mismo, es decir, dentro del proceso y en el desarrollo de cada una de las fases del procedimiento que el juzgador dirige. Resulta evidente que se requiere de una participación conjunta de los sujetos con el juez, que muchas veces reviste la categoría de colaborativa, que puede garantizar un resultado del proceso más apegado a las pretensiones e intereses de las partes.

Rocco hace referencia al principio de mediación e inmediación y manifiesta que

⁶¹ Sentencia de 29 de marzo de 2004, cita la Sentencia de 22 de enero de 2001, proferida por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia de Panamá.

⁶² *Ibidem*, p. 323.

“la diferencia entre esta relación inmediata entre las partes y la relación mediata está en que la primera no es una relación jurídica, sino simplemente de hecho, mientras que la segunda es una relación jurídica por cuanto se dirige a la otra parte a través del órgano jurisdiccional”⁶³.

El principio de inmediación, implica un contacto directo y personal del juez con las partes y con todo el material del proceso, excluyendo cualquier medio indirecto de conocimiento. Ello supone, tanto las alegaciones de las partes como la recepción de pruebas deben producirse en presencia del juez. Para algunos autores, este principio tiene mayor vigencia en los procesos orales. Mientras que en los procesos escritos, se dice que se atenúa, pero en ningún caso se excluyen de los mismos, porque la inmediación está vigente en nuestro ordenamiento y en la práctica se realiza. Otro aspecto, es que en la segunda instancia los tribunales tienen limitada dicha inmediación en la apreciación probatoria, solo es posible al valorar las constancias escritas de las actuaciones.

Es trascendental en este principio que el juez, directamente, recepte las pruebas y no delegue dicho poder de dirección del proceso, lo que le permitirá ese contacto con las partes, y lo que es más ventajoso un acercamiento con las afirmaciones que comprenden su pretensión; ello también mejora la percepción que se tiene de la justicia, contará el juez con mejores elementos para emitir su decisión, constituye también una forma depurativa de posibles causas de nulidad y cumple con su deber, ya que así lo ordena nuestro ordenamiento jurídico.

Al respecto, Barsallo señala que “se ha llegado a la conclusión de que es indudable que esta proximidad entre los sujetos del proceso favorece enormemente la justicia de la decisión, por la mayor y más veraz información que el juzgador recibe

⁶³ ROCCO, Ugo. Op. cit., p. 324.

efectivamente respecto de las situaciones de hecho que está obligado a resolver. Se ha sostenido, que el procedimiento establecido en los procesos escritos atenúa y hace imposible el cumplimiento del principio de inmediación o sea que dificulta la efectiva vigencia de la inmediación, la cual sólo (sic) se logra mayormente en el proceso oral”⁶⁴.

En nuestro ordenamiento procesal civil, existen manifestaciones de este principio, entre éstos: el artículo 782 del Código Judicial señala que **“El juez practicará personalmente todas las pruebas”**; el artículo 923 establece que **“Para que las declaraciones de los testigos puedan estimarse como prueba en los procesos en que hubiere término probatorio, es necesario que se reciban por el juez de la causa o por el comisionado o sean ratificados ante él durante el respectivo término probatorio”** y el artículo 906 señala que **“Cuando el juez estime que la prueba que existe en el proceso no sea suficiente o sea contradictoria o que la explicación de las partes puedan aclarar cuestiones dudosas o que dichas explicaciones sean de importancia en el proceso, debe decretar de oficio y practicar el interrogatorio personal de las partes**. Podrá hacerlo también cuando lo juzgue necesario o conveniente para aclarar las afirmaciones de las partes”; todo lo anterior evidencia el principio de inmediación y obliga a su práctica.

La Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia al referirse a este principio señala que “el principio de inmediación busca que en todo proceso exista una comunicación directa entre el juez y las partes interesadas, pero, fundamentalmente, entre el juzgador y la producción de la prueba”⁶⁵.

La inmediación, supone que el juez mantenga un acercamiento con los elementos fácticos y jurídicos que componen la realidad denominada proceso; se traduce en la presencia del juez, lo cual le da un conocimiento directo de los elementos

⁶⁴ BARSALLO, Pedro. Op. cit., p. 66.

⁶⁵ Sentencia de 27 de diciembre de 1994, proferida por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia de Panamá.

debatidos dentro del procedimiento, emanados del poder de dirección que tiene el juez, lo cual implica un enlace del mismo a cada una de las etapas que lo componen; y se dice que estas facultades tienen mayor vigencia en los procesos civiles orales que en los de naturaleza escritos; pero siendo en ambos un elemento esencial.

2.8. Principio de publicidad.

Este principio de publicidad “A diferencia del principio de contradicción, de aparición relativamente tardía, el principio de publicidad presenta una marcada connotación política, manifestándose, tal como ahora se le conoce como una conquista del pensamiento liberal. Frente al proceso escrito de la época del absolutismo, el movimiento liberal opuso, en primer lugar, la publicidad del procedimiento como seguridad en contraposición a la justicia de gabinete, en tanto es garantía frente a las manipulaciones gubernamentales, y en un momento posterior, como un medio para el fortalecimiento del pueblo en los Tribunales y, a la vez, como instrumento de control de la Justicia. Como consecuencia de tales postulados, el derecho a ser juzgado en un proceso público, ha pasado a las Constituciones y Convenios Internacionales sobre Derechos Humanos”⁶⁶.

Este principio surge en épocas más recientes, al compararlo con el principio de contradicción; toda vez que en las primeras etapas el proceso mantenía una tendencia de mantener en secreto las actuaciones. La influencia de la política en el ámbito procesal, producto de los movimientos liberales, consagró la publicidad como una garantía que fortaleció la administración de justicia, constituyéndose como un mecanismo de control jurisdiccional que posteriormente fue consagrando en los ordenamientos jurídicos nacionales y de carácter internacional.

⁶⁶ Cooperación Española y Corte Suprema de Justicia de Panamá. Op cit., p. 86.

Para Barsallo, el fin primordial de este principio “es el de poner al alcance de todos los ciudadanos la actividad jurisdiccional, dando oportunidad y forma de conocerla, tratando con ello de lograr, en gran medida, confianza en la administración de justicia. Esta publicidad constituye además, una garantía de la propia administración de justicia de parte de los jueces y tribunales, por las posibilidades de control y crítica que permite”⁶⁷.

Según Chiovenda el principio de publicidad de los actos procesales “puede entenderse de dos modos diferentes: o como admisión de terceros (público) a asistir a las actuaciones procesales, o como necesidad de que todo acto procesal pueda ser presenciado por ambas partes. En ninguno de los dos sentidos se admitió la publicidad en los procesos más antiguos (romano, germano); se negó al menos en parte en muchos procesos intermedios”⁶⁸.

La publicidad en cuanto a terceros tiene lugar en el proceso civil en las audiencias públicas. Nuestro Código Judicial consagra el Proceso Oral para determinadas causas (artículo 1281 del C.J.) y el artículo 1284 señala que dichas causas se tramitarán mediante una audiencia pública. Es importante señalar que esta audiencia se realiza en primera instancia. Igualmente, los incidentes que guardan relación con medidas cautelares, tercerías son decididos en audiencia pública (artículo 494, 1764.8 del C.J.). Igualmente También, en casación, hay la posibilidad de audiencia si las partes la piden o lo ordena la Corte; “son accesibles por tanto al público las resoluciones del magistrado, que son actos públicos por su naturaleza, más no los escritos y documentos de las partes”⁶⁹.

Tanto Chiovenda como Barsallo concuerdan en la dualidad de apreciación del

⁶⁷ BARSALLO, Pedro. Op. cit., p. 48.

⁶⁸ CHIOVENDA, Giuseppe. (2001). Op. cit., p. 500.

⁶⁹ *Ibidem*.

principio de publicidad, toda vez que reconocen el carácter bidimensional del mismo, al apreciarse respecto a terceros y con relación a las propias partes; sin soslayar que dicho criterio es aceptado por la legislación patria.

Esta publicidad en cuanto a terceros, “llamada publicidad externa del proceso”⁷⁰ está consagrada en nuestro código de procedimiento en el artículo 1, al establecer que “La administración de justicia es **pública**, gratuita, expedita e ininterrumpida”. Y el Proceso Oral está regulado en los artículos 1281 a 1324 del Código Judicial. Asimismo, la audiencia en casación, si es solicitada por las partes (artículo 1185 del CJ.) y aun cuando las partes no lo hayan solicitado, puede ser ordenada por la Corte Suprema de Justicia (artículo 1186 del CJ.). Otra forma de publicidad se observa en el artículo 496 del Código Judicial, al establecer, claramente, quienes pueden examinar los expedientes y reza así:

“Artículo 496. Los expedientes podrán ser examinados:

1. Por las partes;
2. Por los abogados inscritos y por los amanuenses autorizados por éstos;
3. Por las personas designadas para ejercer cargos como el de perito, secuestre, depositario o cualquier otro auxiliar de los tribunales;
4. Por funcionarios del Ministerio Público y, en general, por cualquier otro funcionario público, por razón de su cargo;
5. Por estudiantes de Derecho;
6. Por las personas autorizadas por el secretario o el juez con fines de docencia o investigación; y

7. Por cualquier otra persona a prudente arbitrio del juez.

El empleado que permita a persona distinta de las anteriormente enumeradas el examen de actuaciones o expedientes incurrirá en las sanciones disciplinarias a que haya lugar”.

Constituye el numeral 7, de la norma antes citada, una forma de publicidad para otras personas, aunque no sean parte en el proceso. El artículo 483 ibídem, establece quienes pueden solicitar copia de los expedientes.

⁷⁰ Cooperación Española y Corte Suprema de Justicia de Panamá. Op cit., pág. 87.

Es así como el artículo 483 del Código Judicial indica que “A petición verbal o escrita de los interesados, y a sus costas, se les dará copia autorizada de todo documento que repose en el juzgado. Se exceptúan aquellos procesos que no admiten publicidad por motivos de moralidad o decencia. Las copias se extenderán por orden del secretario, quien deberá hacerlas adicionar insertando las notificaciones, recursos y demás constancias que estime pertinentes. Si se solicita copia de una resolución que ha sido revocada, anulada, invalidada o de cualquier otro modo modificada, deben hacerse constar de oficio estas circunstancias. También se dejará constancia de los recursos interpuestos y pendientes de decisión. El secretario suministrará gratuitamente a las partes copia de las actas de las audiencias, diligencias probatorias y de toda sentencia o auto que le ponga término al proceso”.

Ahora bien, la publicidad en relación a las partes o publicidad interna “impone que en la estructura del proceso exista un sistema adecuado de comunicación y de notificación interna de las actuaciones judiciales. Deben fijarse claramente los mecanismos de notificación y comunicación y la fijación de los sujetos que en todo caso serán los receptores de la misma. Por ello, si una de las partes no ha llegado a tener conocimiento de una resolución, ésta no produce efectos para dicha parte hasta que se proceda a efectuar la válida publicidad”⁷¹. Estimamos que nuestro ordenamiento jurídico prevé de manera clara la notificación de las resoluciones judiciales, por lo que no deben existir impedimentos para que se cumpla con la llamada publicidad interna.

Esta publicidad interna se concreta a través de las notificaciones judiciales que no es más que “poner en conocimiento de alguien la existencia de un hecho”⁷², está

⁷¹ *Ibidem*, p. 86.

⁷² VEGA, Arcelio. Las Notificaciones conforme a las Reformas en el Código Judicial, *Revista de Derecho Procesal en Homenaje al maestro HERNANDO DEVIS ECHANDIA*, Panamá, 2001, p. 405.

regulada en los artículos 1001 a 1027 del Código Judicial; el artículo 183 del Código Judicial en sus numerales 4 y 7, establece que es deber de los secretarios judiciales la notificación. Los artículos 626, 1007 y 1023 de la misma excerta legal citada, determinan a quien deben notificarse las resoluciones judiciales si la parte está representada por un apoderado legal. En este orden, el artículo 787 *ibidem*, hace referencia a la publicidad en las pruebas y esta publicidad es sólo (sic) para las partes. Es preciso señalar que la Ley 75 de 18 de diciembre de 2015, “Que subroga la Ley 15 de 2008, y adopta medidas para la informatización de los procesos judiciales y dicta otras disposiciones”, adiciona un párrafo al artículo 1001 del Código Judicial, en el sentido de que en los expedientes judiciales electrónicos en las jurisdicciones en que se ha implementado este sistema, los edictos para notificación serán generados publicados y almacenados únicamente en el sistema automatizado de gestión judicial. También, serán fijados y agregados en el respectivo expediente judicial electrónico e igualmente podrán ser examinados en la consulta pública del sistema. El artículo 50 de dicha Ley también modifica el artículo 1002 del mismo código, en cuanto a las notificaciones personales.

Otra de las manifestaciones de la publicidad es *el traslado*, es decir, el poner en conocimiento de la parte contraria los hechos alegados, fundamento de derecho y pruebas proporcionadas por el demandante y, así, la parte demandada ejerza su defensa; permite contradecir las pretensiones del actor o éste las defensas de aquél. Figura que es definida en el numeral 5 del artículo 1940 del Código Judicial así: “Es Traslado, el conocimiento que se da a una de las partes del escrito de la otra, para que conteste, disponga o proponga lo conveniente acerca de unos y otros”.

Este principio significa que no debe haber justicia secreta, procedimientos ocultos, fallos sin antecedentes ni motivaciones, que permita un control por parte de la ciudadanía sin que ello implique vulneración del principio de independencia judicial. La publicidad es garantía del respeto de los derechos fundamentales y de los principios que

conforman el proceso de los países democráticos.

La publicidad se reduce a la discusión de las pruebas, motivación del fallo y a la notificación o comunicación a las partes del proceso de las resoluciones judiciales.

2.9. Principio de congruencia.

Para Barsallo⁷³, la congruencia consiste en la exigencia que las sentencias sean precisamente, congruentes, no solo con ellas mismas, sino también con el objeto del proceso, tal como quedó formulado por medio de los escritos de demanda y contestación de demanda. Exige que el juzgador se pronuncie sobre todo lo que se pide y solo sobre lo que se pide, o sea sobre todas las pretensiones sometidas a su examen, y solo sobre ellas.

El principio de congruencia está consagrado en nuestro derecho procesal civil, en el artículo 991 que señala que “La sentencia deberá estar en consonancia con las pretensiones aducidas en la demanda o con posterioridad, en los casos expresamente contemplados y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas, si así lo exige la ley. No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda. Si lo pedido por el demandante excede de lo probado, se le reconocerá solamente lo último. Si se hubieren formulado diversas peticiones, se hará la correspondiente declaración respecto a cada una de ellas”.

La determinación de las pretensiones de las partes se efectúa a través de su fijación en los libelos de demanda y contestación de la misma, con base a ellas, el juzgador deberá determinar en su sentencia, si se han acreditado o no las mismas; es allí donde emerge el principio de congruencia, pues vincula al juez a pronunciarse

⁷³ BARSALLO, Pedro. Op cit., p. 100.

concretamente sobre lo pedido y no le es dable, en materia civil, proferir decisión distinta a la requerida.

Sobre este principio, el numeral 2 del artículo 201 del Código Judicial, indica que cualquiera que sea la naturaleza del proceso, los magistrados y jueces tendrán las siguientes facultades ordenatorias o instructorias: Tener en cuenta, en la sentencia, de oficio o a petición de parte, cualquier hecho constitutivo, modificativo o extintivo del derecho sustancial que en el proceso se discute y que hubiere ocurrido después de haberse propuesto la demanda, siempre que haya sido probado oportunamente y que el interesado lo haya alegado antes de la sentencia si la ley no permite considerarlo de oficio.

Igualmente, el artículo 475 de nuestro código de procedimiento guarda relación con el principio de congruencia al establecer que “La decisión debe recaer sobre la cosa, cantidad o hecho disputado, declaración solicitada o el punto controvertido. Si se ha pedido menos de lo probado, solo se concederá lo pedido. Si el demandante pidiera más, el juez solo reconocerá el derecho a lo que probare”. Ahora bien, el segundo párrafo de la norma, en referencia, contempla la excepción al principio de congruencia al indicar que “Sin embargo, en procesos de relaciones de familia o relativos al estado civil, el juez de primera instancia podrá reconocer pretensiones u ordenar prestaciones aun cuando no estén pedidas, siempre que los hechos que las originen hayan sido discutidos por las partes en el proceso, estén debidamente comprobados, se relacionen con las peticiones de la demanda y con la causa de pedir”, es decir, que encontramos una excepción al principio de congruencia del proceso civil, en procesos de relaciones de familia o relativos al estado civil.

Incluso, la falta de congruencia es causal de casación en la forma, así lo establece el numeral 7 del artículo 1170 del Código Judicial cuando señala que “El Recurso de

Casación en la forma tiene lugar en materia civil en los siguientes casos: ...

7. Por no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones de la demanda o con las excepciones del demandado, porque:

- a. Se resuelve sobre punto que no ha sido objeto de la controversia;
- b. Se deje de resolver alguno de los puntos que lo hayan sido;
- c. Se condene a más de lo pedido;
- d. Se omite fallar sobre alguna de las excepciones alegadas, si fuere el caso hacerlo; ...”.

La norma anteriormente citada nos presenta algunos casos de falta de congruencia.

Según Barsallo, “de conformidad o por relación entre pretensión y sentencia judicial se entiende la adecuación o correspondencia entre el contenido de una y otra, de tal modo que no existan en la segunda ni más elementos de lo que componen la primera ni menos, ni otros distintos. Así entendida, la congruencia exige, por tanto: a) Que la sentencia no contenga más de lo pedido por las partes (*ne eat iudex ultra petita partium*). Se falta a este requisito incurriendo en la congruencia “*ultra petita*”, cuando la parte dispositivo de la sentencia concede más de lo pedido por el actor o más de lo resistido por lo demandado. Se da cuando se decide cualitativa a cuantitativamente excediendo la pretensión; b) Que no contenga menos de lo pretendido por las partes (*no eat iudex minus petita partium*). El requisito que se infringe, incurriendo en incongruencia por “*minus petita*”, se da cuando la sentencia omite decidir sobre alguna de las pretensiones formuladas; c) Que no contenga nada distinto a las pretensiones de las partes (*extra petita*). El ámbito de este supuesto es, no el de que la sentencia añada algo a las pretensiones de las partes, ya que en ese caso estaríamos frente a la hipótesis citada en primer lugar, sino el que alguna de las pretensiones aducidas sea sustituida por otra distinta que las partes no formularon. Estos tres supuestos, antes señalados, de “*ultra petita*”, “*minus petita*” y “*extra petita*” constituyen los diferentes tipos de

incongruencias”⁷⁴.

Conviene resaltar lo señalado por Barsallo⁷⁵ respecto a la congruencia y es “que la misma implica, como se ha dicho, una adecuación o correspondencia entre lo pedido por las partes y lo decidido por el juez; sin embargo, el mismo, al igual que un amplio sector de la doctrina jurídica, ha reconocido que la falta de congruencia puede generar condiciones particulares denominadas: ultra petita, minus petita y extra petita. La ultra petita es una falta de congruencia que consiste en que la decisión del tribunal excede lo requerido por las partes en sus pretensiones; la minus petita, implica que el juez no se pronunció sobre uno o más de los requerimientos de las partes, es decir, una omisión; mientras que la extra petita, conlleva a que el juzgador profiera una decisión sobre aspectos no pedidos por los sujetos procesales.

En este sentido, la Corte Suprema de Justicia, señaló que “Un principio cardinal de la sentencia es la congruencia, la cual viene determinada por la correspondencia con la pretensión”⁷⁶. En otro pronunciamiento, resaltó que el principio de congruencia en los recursos “solo otorga competencia al juez para resolver acerca de la materia objeto de los mismos”⁷⁷. También ha reconocido, la Corte⁷⁸ que este principio, en las sentencias y en los recursos, es componente esencial del debido proceso legal.

Para algunos autores este principio al igual que la concentración tiene mayor vigencia en los procesos orales. La congruencia es extensible a lo que aleguen las partes sea que la sentencia corresponda a un modelo de gestión en oralidad o escrito.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 101.

⁷⁵ *Ibidem*.

⁷⁶ Fallo de 28 de mayo de 2001, proferido por la Corte Suprema de Justicia de Panamá.

⁷⁷ Sentencia de 30 de noviembre de 2000, proferida por la Corte Suprema de Justicia de Panamá.

⁷⁸ Sentencia de 2 de octubre de 1992, proferida por la Corte Suprema de Justicia de Panamá.

2.10. Principio de probidad y lealtad procesal (regla moral del proceso).

Nos enseña Fábrega que “los ordenamientos procesales del siglo XIX, impregnados del liberalismo individualista de la época, suprimieron las normas de moralización del proceso del sistema romano canónico. Obviamente, el derecho procesal actual, tanto el civil como el laboral, que responde a una concepción publicista, impuso deberes a las partes en el proceso y no meramente cargas entre ellos, el de ser veraces y de buena fe. Así, por ejemplo, el Art. 88 del Código procesal civil Italiano de 1940 dispuso: <Deber de lealtad y probidad. Las partes y sus defensores tendrán el deber de conducirse en juicio con lealtad y probidad; cuando los defensores falten a ese deber, el juzgador lo comunicará a las autoridades que ejerzan el poder disciplinario>”⁷⁹.

Como se ha expuesto en apartados previos, la influencia del liberalismo, ha sido trascendental en el surgimiento y fijación de algunos principios procesales, entre los que se destacan el de probidad y lealtad procesal. Éste tiene una vinculación particular con la moralización del proceso, producto de la influencia del derecho de origen romano canónico, pero que se ha preservado hasta nuestros días. La materialización de este principio, como lo expone Fábrega, conlleva la imposición de deberes a las partes sobre la obligación de que sus actuaciones se fundamenten en la veracidad y buena fe, so pena de una sanción de índole disciplinaria a quienes infrinjan estas reglas.

Indica Chiovenda que “no existe en la ley italiana formulaciones genéricas de deberes procesales (por ejemplo, el de no faltar a la verdad en juicio) que puedan terminar vinculando la libertad del litigante, incluso de buena fe. Pero, puede afirmarse que aún según el derecho italiano corresponde al que litiga el deber de buena fe. Además de esto, las partes, y por ellas los procuradores, tienen el deber de no retrasar por negligencia la instrucción o el término de la causa y de no excederse en la defensa

⁷⁹ FÁBREGA Ponce, Jorge. Op cit., p. 89.

con actos culposamente superfluos”⁸⁰.

El autor colombiano Parra Quijano señala que “la concepción que ve también en el proceso civil un instrumento de aplicación de la voluntad del Estado, no puede considerarse la astucia como un arma que pueda tolerarse en los juicios; mientras se concebía el proceso como una especie de duelo legalizado en que el juez debía limitarse a registrar los golpes y a dar la palma al más diestro, las estratagemas puestas en juego por uno de los litigantes podían aparecer como medios de lucha privada contra los que debía pensar por sí mismo en precaverse y reaccionar el adversario; y si no lo conseguía, peor para él. Pero en *la más moderna concepción del proceso civil, toda malicia ejercitada contra el adversario es a la vez un fraude contra la administración de la justicia*; la defensa de la buena fe procesal es, pues, uno de los principios inspiradores del nuevo código, el cual proclama solamente que <las partes y sus defensores tienen el deber de comportarse con lealtad y probidad>”⁸¹.

El Doctor Barsallo al citar a Hernán Fabio López Blanco, en su obra Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano, señala que “Una de las finalidades perseguidas por las legislaciones de todos los países consiste en la moralización del proceso, como un medio efectivo e indispensable para la recta administración de justicia. Debido a ello, se considera un principio fundamental del procedimiento el de la buena fe y la lealtad, no solo de las partes, sino también del juez. Se denomina también “principio de la moralidad” y se exige que cuantos intervienen en el proceso procedan de buena fe y sean veraces, a fin de hacer posible el descubrimiento de la verdad”⁸².

Afirma Parra Quijano que “los litigantes advertirán que la simple astucia, no solo

⁸⁰ CHIOVENDA, Giuseppe. (2001). Op. cit., p. 442.

⁸¹ PARRA Quijano, Jairo. Racionalidad e Ideología en las Pruebas de Oficio. Editorial Temis, S.A., Bogotá, 2004, p. 186.

⁸² BARSALLO, Pedro. Op cit., p. 87.

no servirá para ganar las causas, sino que podrá a menudo servir para hacer que las pierdan: y se verán inducidos a comportarse según la buena fe, no ya solo para obedecer a su conciencia moral, sino también para perseguir su interés práctico, lo cual les hará ver que, en fin de cuentas, la deshonestidad no constituye nunca, y tampoco en los procesos, un buen negocio”⁸³. Indica además, que “la lealtad con el proceso es permitir y ayudar para que la sentencia que se dicte a fin de resolver el asunto, se construya sobre la verdad”⁸⁴. “La lealtad y buena fe, ambas apuntan a la consecución de la verdad en el proceso; y si esa lealtad y buena fe son deberes, pueden ser exigidos por el juez para conseguir el fin indicado”⁸⁵.

En el Código Judicial de 1917 aparecían los conceptos de temeridad y de injusticia y la facultad del juzgador para sancionar con la imposición de costas en algunas disposiciones, como los artículos 632 y 634 de dicho código.

En la actual legislación procesal civil panameña, encontramos normas que se refieren a la lealtad y a la conducta procesal de las partes en el proceso y se sanciona y previene la mala fe de las partes o de sus apoderados. Inicialmente, citaremos las normas que se encuentran en el Libro Primero del Código Judicial “Organización Judicial”, y que guardan relación con los deberes y la responsabilidad de los jueces y las partes. Es así como el artículo 201 y 215 del Código Judicial señalan que: “Artículo 201. Cualquiera que sea la naturaleza del proceso, los magistrados y jueces tendrán las siguientes facultades ordenatorias o instructorias: ... 6. Deducir argumentos de prueba de la conducta que las partes hayan tenido en el proceso”.

En este sentido, el numeral 1 y 2 del artículo 215 del Código Judicial, señalan que

⁸³ PARRA Quijano, Jairo. (2004). Op. cit., p. 188.

⁸⁴ PARRA Quijano, Jairo. (2011) Manual de Derecho Probatorio, decimoctava edición, Librería ediciones del Profesional Ltda, Bogotá-Colombia, p. 227.

⁸⁵ PARRA Quijano, Jairo. (2011), Op. cit., p. 230.

“Son deberes de las partes y sus apoderados:

1. Proceder con lealtad y buena fe en todos sus actos;
2. Obrar sin temeridad en sus pretensiones o excepciones y en el ejercicio de sus derechos procesales; ...”.

En el Libro Segundo del Código Judicial “Procedimiento Civil” tenemos los siguientes preceptos legales: El artículo 467 del Código Judicial señala que “Las partes deben comportarse con lealtad y probidad durante el proceso y el juez hará uso de sus facultades para rechazar cualquier solicitud o acto que implique una dilación manifiesta e ineficaz del litigio o cuando se convenza de que cualquiera de las partes o ambas se sirvan del proceso para realizar un acto simulado o para perseguir un fin prohibido por la ley”.

Por su parte, la Ley 53 de 27 de agosto de 2015, que regula la Carrera Judicial, en el artículo 119, establece como uno de los deberes en general de los magistrados y jueces “Prevenir, remediar y sancionar los actos contrarios a la dignidad, lealtad de la justicia, probidad, buena fe, tentativa de fraude procesal, que pretendan obtener fines prohibidos en la ley o actos procesales irregulares”.

También, nuestro ordenamiento procesal civil contempla una diversidad de normas que le permiten al Juez, deducir indicios de la conducta procesal de las partes, entre éstas, el artículo 684 del Código Judicial, que indica que “Si el demandado no contesta la demanda dentro del término de traslado, el juez tomará como un indicio en su contra la falta de comparecencia, y el proceso seguirá los trámites que le son propios”.

En este orden, el artículo 889 del mismo código antes citado, expresa que “A falta de documentos indubitados o siendo ellos insuficientes, el juez podrá ordenar que la

parte a quien se atribuye la letra forme un cuerpo de escritura al dictado y a requerimiento de los peritos. Esta diligencia se cumplirá en el lugar que el juez designe y bajo apercibimiento de que si rehusare escribir sin justificar motivo legítimo, se tendrá como un indicio en su contra".

Asimismo, el artículo 954 del Código Judicial nos informa que "A solicitud de parte o de oficio, el juez puede ordenar se verifiquen inspecciones o reconocimientos de lugares, cosas, documentos, bienes muebles o inmuebles, semovientes o de personas. ... Si para la realización de la prueba fuere menester la colaboración personal de una de las partes y ésta se negare, sin fundamento a prestarla, el juez le intimará a que la preste. Si a pesar de ello continuare su injustificada renuencia, el juez podrá disponer que se deje sin efecto la diligencia, puediendo interpretarse la negativa injustificada como un indicio en su contra, respecto al objeto de la prueba, o ejercer la facultad de imponer las sanciones conminatorias previstas en este Código".

El artículo 961 del mismo texto legal indica que "Las inspecciones judiciales pueden ser corporales, cuando el proceso o el incidente verse sobre las condiciones físicas o mentales de la persona objeto de la prueba. El juez ordenará a la persona que se someta a un examen físico o mental por un facultativo, o a examen radiológico, hematológico, bacteriológico, de A.D.N. o de otra naturaleza. En este caso, dicho examen podrá verificarse sin la presencia del juez y las partes, y el facultativo rendirá su informe en fecha y hora que señale el juez, oída la opinión de las partes. La inspección puede ser realizada, aun sin consentimiento de la persona, conforme a las circunstancias especiales de cada caso y a las formalidades de la ley, según corresponda. Empero, en ningún caso, su práctica importará daño físico o psíquico, ni lesionará los derechos propios del ser humano. El juez podrá extraer indicios por la negativa de la persona a permitirla (...)".

Es necesario resaltar que el artículo 984 del Código Judicial, señala que "El juez

podrá deducir indicios de la conducta procesal de las partes”. Igualmente, en los procesos de conocimiento encontramos normas sobre el particular, como: el artículo 1227 del Código Judicial. Son comunes en los procesos de conocimiento, las siguientes disposiciones: (...) 6. Cuando se notifica personalmente la demanda y el demandado se abstiene de contestarla, se tendrá tal conducta como indicio en su contra y podrá el juez, a su prudente juicio, proferir sentencia sin abrir el proceso a pruebas, si las que se acompañaron con la demanda den base para ello. Si el demandado se abstuviere de corregir la contestación de la demanda en el término que señala el juez, tal conducta puede ser apreciada como un indicio en su contra, según las circunstancias del caso. En este supuesto el proceso se abrirá a pruebas; (...).”

En este mismo sentido, el artículo 1256 del Código Judicial, manifiesta que “En el auto admisorio que corre traslado de la demanda se apercibirá a la parte demandada que la no contestación se tomará como un indicio en su contra y, en tal caso, el proceso seguirá en los estrados del tribunal”.

Y el artículo 1263 del Código Judicial señala que “Si el demandado pagare lo que reconoce adeudar en la forma y términos indicados en este artículo, quedará exonerado de las costas e intereses correspondientes a lo pagado y su conducta puede ser apreciada por el juez como un indicio de acuerdo con las circunstancias del proceso”.

Se desprende de las normas antes citadas que los intervinientes en el proceso civil deben comportarse con probidad y lealtad, de lo contrario el Juez puede deducir indicios de la conducta procesal de las partes, que el Juez valorará de acuerdo con las reglas de la sana crítica.

Uno de los medios utilizados contra la mala fe procesal consiste en la condenación al pago de costas contra el litigante malicioso o temerario. Así el artículo

1071 del Código Judicial, si bien no se refiere a temeridad, faculta al juzgador para sancionar con las imperativas costas, salvo que a juicio del juez haya actuado con evidente buena fe, sobre lo cual se motivará expresamente en la resolución. Esta norma impone al juez el deber de sancionar en costas al vencido, y lo hace de manera oficiosa al momento de emitir su fallo; ahora bien, la lealtad procesal de las partes debe estar por encima de una sanción económica, ya que se trata de la moral, conciencia de las litigantes en juicio.

El maestro Barsallo resalta que según “la concepción más moderna del proceso civil, toda astucia empleada por una parte procurando causar daño contra el adversario, es al mismo tiempo, un engaño contra la administración de justicia. La malicia o mala fe de la parte litigante, por un lado constituye una amenaza a los derechos y el interés de la contraparte, y por otro representa, también, una amenaza mucho más grave contra el Estado, ya que su aparición va contra la certeza y seguridad de la decisión jurisdiccional y en definitiva disminuye la confianza en la administración de justicia”⁸⁶.

“El espíritu de baja astucia que alimenta las especulaciones sobre los litigios, no puede ser desterrado de los tribunales mientras los abogados no tengan plena conciencia de la elevación moral y de la importancia pública de su ministerio, que los llama a ser los más valiosos colaboradores del juez; y estaría por decir que la lealtad de los juicios podrá ser garantizada, más que por el cambio de la leyes, por la transformación de las costumbres, si no supiese que esa transformación es ya un hecho, y que los órdenes forenses, bajo la ilustrada vigencia de los órganos sindicales, son perfectamente conscientes de lo que la administración de la justicia espera de ellos. Pero

⁸⁶ BARSALLO, Pedro. Op. cit., p. 88.

en todo caso, para impedir cualquier desviación del proceso de sus propios fines, servirá la continuada perspicaz vigilancia del juez”⁸⁷.

Ante un recurso de apelación presentado contra una resolución proferida dentro de un Incidente de Nulidad, la Corte Suprema de Justicia, mediante fallo 30 de abril de 2009, manifestó: “En ese sentido, resulta, a todas luces, evidente para este Cuerpo Colegiado la manifiesta dilación del proceso por parte del apelante, constituyéndose tal conducta en una falta de probidad y lealtad procesal”⁸⁸.

Esa conducta se hace notoria, a través de dilaciones del proceso. Así a través de fallo de 14 de julio de 2004, la Corte Suprema de Justicia de Panamá señaló: “Finalmente, la Sala llama la atención de que no es la primera vez que ante este máximo tribunal de justicia se interpone un recurso de revisión en favor de Ya en otra ocasión la Sala tuvo la oportunidad de rechazar también el recurso ensayado, tras considerar que el recurrente no había presentado las pruebas fundamentales para justificar la existencia de hechos nuevos (Cfr. Resolución Judicial de la Sala Penal de 6 de mayo de 1999). Esta práctica forense obliga a esta Superioridad a señalar que la proposición de iniciativas infundadas, es una actuación que atenta contra las reglas de probidad y lealtad procesal”⁸⁹.

Este principio de probidad y lealtad procesal supone que los actores (las partes y el juez) en el proceso civil actúen con un compromiso real, absoluto y consecuente con sus poderdantes y con el proceso.

Es evidente que la concepción más moderna del proceso civil, ha propiciado un

⁸⁷ PARRA Quijano, Jairo. (2004) Op. cit, p. 186.

⁸⁸ Sentencia de 30 de abril de 2009, dictada por la Corte Suprema de Justicia de Panamá.

⁸⁹ Sentencia de 14 de julio de 2004, dictada por la Corte Suprema de Justicia de Panamá.

replanteamiento de varios aspectos sobre la lealtad procesal, al considerar que el engaño de una de las partes se entiende efectuado en perjuicio de la propia administración de justicia, además de los perjuicios que le pueda causar a la contraparte; lo que puede incidir negativamente en la percepción de la justicia.

Reviste gran importancia los poderes oficiosos del juez frente a la mala fe procesal de las partes, entre éstos: la dirección del juez en el proceso, la fiscalización sobre el proceso y las partes en cada acto, limita la mala fe o el fraude, y se sustenta en poderes como el que, la conducta procesal de las partes pueda ser considerada como un indicio, ordenar la comparecencia de las partes cuando sea necesaria y el decreto de pruebas de oficio, entre otros, son medios eficaces para evitar la artimaña de quien procede de mala fe. Lo anterior permite que el proceso cumpla con su finalidad que no es más que un medio para alcanzar la justicia y por consiguiente mantener el orden.

2.11. Principio de la doble instancia e impugnación.

La Doble Instancia surge necesariamente de la aceptación del recurso de apelación, medio de impugnación que le da vida.

El principio de doble instancia e impugnación guarda relación con la limitación y contención de los poderes del juzgador primario, como expresión del derecho procesal de índole objetivo; a través del cual se le concede a órganos superiores la posibilidad de revisar, a solicitud de parte, los requerimientos de los despachos de inferior jerarquía. Esta posibilidad permite, a pesar de existir una unidad de prestación jurisdiccional, la determinación de la certeza de la relación jurídica sometida a su consideración⁹⁰.

De acuerdo a Barsallo “para que ese derecho o facultad que tienen las partes de

⁹⁰ ROCCO, Ugo. Op. cit., p. 206.

impugnar las decisiones judiciales sea efectivo y posible dentro del proceso y el demandado pueda contradecir adecuadamente las pretensiones del actor o éste las defensas de aquél, y en general, para que la parte agraviada o lesionada con una decisión judicial pueda alzarse contra la resolución que le perjudica, la doctrina procesal predominante y las legislaciones positivas han establecido la organización jerárquica de los tribunales en la administración de justicia, con el fin de que, como regla general, todo proceso tenga una segunda instancia (artículo 463 del Código Judicial) a la cual se llega mediante la interposición del recurso de apelación”⁹¹.

El artículo 463 del Código Judicial señala: “Todos los procesos admiten dos instancias o grados, salvo que la ley los sujete expresamente a una sola instancia”.

En cuanto al principio de la doble instancia, mediante fallo de 18 de mayo de 2001, el Pleno de la Corte Suprema de Justicia señaló: “es oportuno señalar que en sentencia de 4 de julio de 2000, la Sala de lo Civil de esta Corporación de Justicia señaló lo siguiente:

"Como regla general, los sistemas procesales admiten el doble grado de competencia. Se habla en estos casos de competencia funcional. La apelación es consecuencia del principio de doble instancia. Es un control de la actividad subjetiva y falible -anota el profesor Jorge Fábrega Ponce- de los funcionarios jurisdiccionales.

El recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la decisión dictada por el juez de primera instancia y la revoque o reforme. Constituye el medio que permite a los litigantes llevar ante el tribunal de segundo grado una resolución considerada injusta, para que la modifique o revoque según el caso. La apelación de la sentencia se concede en efecto suspensivo (artículo 1124 del Código Judicial). Al concederse la apelación en el efecto señalado, el superior aprehende el conocimiento del proceso y es competente para examinar la resolución apelada con la limitante de la "reformatio in pejus".

⁹¹ BARSALLO, Pedro. Op. cit., p. 96.

Si bien, el fallo expuesto no ventila el caso del recurso de apelación ante el resto de los Magistrados del Tercer Tribunal, de él se deduce con claridad que el recurso de apelación es uno solo y que en lo judicial solo es posible surtirse un recurso de apelación sobre aquellas resoluciones en que se ha agotado la primera instancia o grado.

Ello significa que en el presente caso se ha violado el principio de la doble instancia, toda vez que (como ya se ha planteado) la resolución dictada por el Magistrado Sebastián Rodríguez en Sala Unitaria, decidió el recurso de apelación contra el Auto No 781 de 2 de junio de 2000, dictado por la Juez Octava del Circuito Civil de Panamá; allí culminó la segunda instancia (y las instancias ordinarias) para esa decisión primaria. Empero, advierte el Pleno que el resto de los Magistrados que integran el Tercer Tribunal Superior del Primer Distrito Judicial, atendiendo a una interpretación restringida del párrafo tercero del artículo 143 de la Ley 29 de 1996, decidieron resolver nuevamente el asunto como si el apelado se tratara de un auto de trámite, lo que no debió suceder, ya que dicho auto decidía por segunda vez sobre la medida cautelar decretada, y conocer de otra apelación, equivale a imprimirle al proceso una tercera instancia, situación que es ajena al principio de doble instancia, ya nuestro sistema procesal que permite los dos grados del proceso asegurando que el fallo sea revisado, si se quiere, por dos tribunales distintos y en dos etapas, no en tres.

(...)

Lo anterior no es solo una lógica interpretación y correcta aplicación analógica al caso bajo estudio, sino también un reconocimiento de la existencia legal del "Principio de la Doble Instancia" en nuestro Derecho Procesal como garantía del debido proceso, contenido en el artículo 32 de la Constitución, y de la Tutela Judicial efectiva en el consagrado⁹².

La doble instancia, significa que los tribunales de mayor jerarquía puedan revisar, por requerimiento de las partes, las actuaciones de los tribunales de inferior jerarquía. La doble instancia presupone dos decisiones por tribunales distintos. Esto es posible mediante la impugnación, que surge por los recursos judiciales. Por regla general toda decisión debe ser susceptible de impugnación, no obstante, los recursos se limitan a ciertas resoluciones judiciales; de las últimas reformas de mayor trascendencia en el proceso civil, tenemos las introducidas por la Ley No. 23 de 1 de junio de 2001, las

⁹² Sentencia de 18 de mayo de 2001, dictada por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia.

cuales estuvieron dirigidas a buscar la agilización de los procesos civiles, ante las constantes dilaciones innecesarias en el proceso civil.

En cuanto a la impugnación, “la doctrina procesal considera la impugnación como el acto por el cual se exige del órgano jurisdiccional la rescisión o revocación judicial que sea violatoria de la Ley y, por tanto, injusta”⁹³. La observancia y vigencia del principio de impugnación presupone que las decisiones que tomen los jueces sean en equidad y en derecho.

Por su parte, Gómez sigue una postura similar a la de Barsallo, al indicar que la impugnación constituye, en general, una instancia reclamadora de la legalidad y procedencia de un acto de autoridad, instancia que se hace valer ante la misma autoridad u otra jerárquicamente superior o ante algún órgano revisor específico para calificar la procedencia o legalidad, o ambas cosas, respecto del acto que se reclama. Pero, agrega que la impugnación implica también la utilización de una instancia impugnativa (queja o reaceramiento) insertada en el proceso jurisdiccional⁹⁴.

Gómez Lara se refiere a la distinción entre lo que llamamos recursos y medios de impugnación y señala que “válidamente se puede sostener que el medio de impugnación, o más bien, que los medios de impugnación abarcan a los recursos. En otras palabras, la expresión medio de impugnación es mucho más amplia que el término recurso. Lo que nos llevaría a este juego de palabras y de conceptos: todo recurso es un medio de impugnación; más no todo medio de impugnación en un recurso. Básicamente, los medios de impugnación contienen a los recursos, que son aquellos

⁹³ BARSALLO, Pedro. Op. cit., p. 93.

⁹⁴ GÓMEZ Lara, Cipriano. Op. cit., p. 160.

reglamentados en un sistema procesal, que tiene vida dentro del mismo”⁹⁵.

Con base en el principio de impugnación, la Ley establece en el proceso civil panameño los recursos judiciales, los cuales se clasifican en dos grandes grupos: Recursos ordinarios y extraordinarios.

Los recursos ordinarios se presentan ante el juez de primera y segunda instancia y guardan relación con la disconformidad del recurrente (reformatio in pejus) o con toda la resolución impugnada, por el contrario, los recursos extraordinarios se presentan contra resoluciones ejecutoriadas o contra violaciones establecidas de manera taxativa en la Ley.

A) Recursos ordinarios:

1. Recurso de reconsideración.

Este recurso persigue que el juez revoque, reforme, adicione o aclare su propia resolución. Solo son reconsiderables las providencias, autos y sentencias que no admiten apelación (Artículo 1129 del Código Judicial).

En palabras del insigne jurista Jorge Fábrega, la reconsideración “se propone mediante un escrito motivado, de parte. El tribunal, sin embargo, puede revocar por razones distintas a las invocadas por la parte e incluso de oficio”⁹⁶.

El recurso de reconsideración conlleva que la autoridad jurisdiccional pueda volver a revisar la actuación procesal recurrida con miras a verificar, a solicitud de parte,

⁹⁵ Ibídem, p. 161.

⁹⁶ FÁBREGA Ponce, Jorge. (2004), Op. cit., p. 1064.

aquellos puntos esgrimidos como afectación; y también el tribunal de oficio puede abolir su propia decisión, incluso, por razones distintas a las alegadas por la parte solicitante.

2. Recurso de Apelación.

De acuerdo con Azula Camacho, el recurso de apelación es el “desarrollo del principio de dos instancias. Al funcionario judicial de primera instancia suele denominársele *a quo*; que significa <hasta determinado tiempo>, mientras que al de segunda instancia se le llama *ad quem*, o <desde cierto tiempo>”⁹⁷

El objeto del recurso de apelación es que el superior jerárquico examine la decisión dictada por el juez de primera instancia y la revoque, reforme o confirme (Artículo 1131 del Código Judicial).

El recurso de apelación puede apreciarse, “como el más importante de los recursos judiciales ordinarios. Y mediante este recurso, la parte vencida en primera instancia obtiene un nuevo examen y, desde luego, mediante éste, un nuevo fallo, una nueva sentencia, con relación a la cuestión debatida ante el órgano de primera instancia. Esto implica la dualidad de instancia y el principio de biinstancialidad. Si no hay biinstancialidad no puede hablarse de apelación. La apelación es la forma para dar apertura a la segunda instancia. Recordemos que la apelación puede ser no solo contra sentencias definitivas, sino contra algún tipo de autos o resoluciones que no son los finales del proceso”⁹⁸. En el procedimiento civil panameño, está claramente establecido qué resoluciones son objeto del recurso de apelación.

⁹⁷ AZULA Camacho, Jaime. Manual de Derecho Procesal, Tomo VI “Pruebas Judiciales”, cuarta edición, editorial Temis, Bogotá-Colombia, 2015, p.286.

⁹⁸ GÓMEZ Lara, Cipriano. Op. cit., p. 175.

En lo que respecta al recurso de apelación, Fábrega⁹⁹ reconoce la legitimidad de su promoción no solo a las partes propiamente dichas, sino a aquellos terceros que puedan ver vulnerados sus derechos por la decisión jurisdiccional; esgrimiendo para ello, que se deriva de la existencia de un perjuicio en los intereses del recurrente. Este tipo de falencias de la resolución primaria pueden ser de orden procedimental o de juicio, es decir, los consabidos errores *in procedendo* e *in iudicando*. A lo que agrega Gómez¹⁰⁰, que este tipo de recursos, generalmente, se identifican como alzada por constituirse en una elevación de la causa de la primera a la segunda instancia jurisdiccional.

Según nuestro ordenamiento procesal civil, el derecho de apelar corresponde a todo el que haya sido parte y sea perjudicado por la sentencia¹⁰¹. Este recurso se concede en tres efectos: suspensivo, devolutivo y diferido (artículos 1138 y 1139 del Código Judicial). Es importante señalar que el Código Judicial de 1917, contempló el efecto suspensivo y devolutivo, con la codificación de 1987, se introduce el efecto diferido.

Para Gómez Lara “este recurso como todos los demás, está basado o encuentra su fundamentación o razón de existencia en la falibilidad humana, en la posibilidad de error. El hombre es un ser que puede equivocarse, a veces con mucha frecuencia, y en virtud de esta posibilidad de error, de equivocación, las resoluciones de los jueces, que también son emitidas por hombres, deben estar sujetas a un procedimiento de reexamen, para que mediante éste se llegue a alguno de los tres probables resultados de todo medio de impugnación: revocación, modificación o confirmación. Se confirmará cuando el tribunal de segunda instancia o grado encuentre que la resolución de primer grado estaba bien y correctamente dictada. Esta confirmación equivale a una ratificación

⁹⁹ FÁBREGA Ponce, Jorge. (2004), Op. cit., p. 1071.

¹⁰⁰ GÓMEZ Lara, Cipriano. Op. cit., p. 175.

¹⁰¹ CHIOVENDA, Giuseppe. (2001), Op. cit., p. 577.

de la resolución anterior, en sus términos, sin cambiarle ni agregarle nada”¹⁰².

3. Recurso de Hecho:

Es el que le corresponde a la parte agraviada en el proceso para solicitar al superior a fin de que admita el recurso de apelación o conceda el recurso casación que haya interpuesto y que le fue negado por un juez inferior (Artículo 1152 del Código Judicial).

El recurso de Hecho, según Fábrega¹⁰³, puede ser identificado en otros ordenamientos jurídicos como la queja o de denegada apelación como en el caso de Colombia; consagrando su finalidad en la imposición al tribunal que niega el recurso de apelación o de casación, la obligación de concederlo para su conocimiento por el tribunal que legalmente le corresponda; o variar el efecto por el cual fue concedido, cuando se haya errado en su otorgamiento; o incluso se desarrolle la consulta que impone la ley. Este recurso, que la doctrina generalizada ha denominado de índole especial, tiene como finalidad garantizar que el juzgador de instancia pueda, a voluntad, decidir sobre la concesión o no de los recursos o los efectos en que se concedan.

B) Recursos Extraordinarios:

1. Recurso de Casación

Aquel que tiene por objeto invalidar determinadas resoluciones judiciales, cuando éstas han sido pronunciadas con infracción de la ley, o con omisión de las formalidades procesales, y, siempre que esa infracción haya influido sustancialmente en

¹⁰² GÓMEZ Lara, Cipriano. Op. cit., p. 176.

¹⁰³ FÁBREGA Ponce, Jorge. (2004), Op. cit., p. 1095.

lo dispositivo de la resolución impugnada.

Fábrega señala que “en nuestro ordenamiento, la casación es un recurso; se surte en la misma pieza de autos, en contraste con el sistema europeo, v.gr. italiano y francés, en el cual se surte como un proceso aparte. Se suspende la ejecución del fallo impugnado; constituye una nueva fase en el mismo proceso. De ahí, pues, que sea un recurso. Se distingue de los otros recursos de reconsideración, apelación en cuanto a su estructura y finalidad y de que se les considere por Ley y Jurisprudencia como un recurso extraordinario”¹⁰⁴.

Conforme a lo que establece el artículo 1162 del Código Judicial, debe entenderse que el Recurso de Casación en Panamá tiene por objeto principal enmendar los agravios inferidos a las partes en las resoluciones judiciales que hacen tránsito a cosa juzgada y en las que, aún sin esas circunstancias, pueden causar perjuicios irreparables o graves por razón de la naturaleza de los negocios en que han sido dictadas. También, el Recurso de Casación tiene por objeto principal procurar la exacta observancia de las leyes por parte de los tribunales y la uniformidad de la jurisprudencia nacional (Artículo 1162, inc. 2o).

El recurso de casación se da tanto en el proceso civil como en el penal y puede ser “en el fondo” o “en la forma”, de conformidad con las modalidades que prescriben los artículos 1169 y 1170 para lo civil y 2430 y 2433 para lo penal del Código Judicial, antes de la Ley 63 de 28 de agosto de 2008 “Que adopta el Código Procesal Penal”, el cual regula la casación en los artículos 180 a 190.

2. Recurso de Revisión

¹⁰⁴ FÁBREGA Ponce, Jorge. (2004), Op. cit., p. 1110.

Su fin es invalidar sentencias, ya ejecutoriadas que han sido dictadas injustamente, por la Corte Suprema de Justicia, Tribunales Superiores o por Jueces de Circuito. Se impugna excepcionalmente, una sentencia ejecutoriada, cuando la misma ha sido obtenida con base a medios ilícitos. Es una excepción al principio de cosa juzgada.

Indica Fábrega que “la Ley no puede permitir la inmutabilidad de una sentencia dictada como resultado de dolo y de fraude procesal. Esta solo revela una verdad formal, una verdad que fluye de los antecedentes del proceso y no de una verdadera constatación de los hechos; por lo menos así sucede en asuntos civiles en que en nuestro sistema prevalece la actividad de las partes y la iniciativa del Juez es más bien limitada. Por ausencia, silencio, forzada inactividad de una de las partes, puede la otra, a base de documentos falsos o declaraciones de testigos perjuros, obtener un pronunciamiento favorable. Ello pugna con los fines de la jurisdicción”¹⁰⁵.

El recurso de revisión que en algunas legislaciones se ha considerado como una pretensión impugnativa autónoma y no como un recurso, descansa en la premisa que no puede válidamente expedirse una decisión con base a elementos fraudulentos, lo que implica que en tales circunstancias se generaría una excepción al principio de inmutabilidad de la sentencia y la propia cosa juzgada, por tanto que los sustentos fácticos y probatorios se encuentran viciados generando una verdad formal deficiente o inexistente.

C) La Consulta.

Existe en nuestra legislación procesal civil, la figura de la consulta, y se encuentra prevista en el artículo 1225 del Código Judicial que señala:

¹⁰⁵ *Ibíd*em, p. 1221.

“Sin perjuicio de otros casos expresamente establecidos en la ley, las resoluciones dictadas, en primera instancia adversas al Estado, los municipios o a cualquier entidad político-administrativa o que contra las mismas liquiden perjuicios, deben ser consultadas con el superior. Serán consultadas asimismo, las sentencias que decreten la interdicción o las que aprueben la venta de bienes de incapaces las que declaren que son vacantes determinados bienes y las que fueran adversas a quienes estuvieron representados por curador ad litem. Cuando las sentencias fueren adversas a quienes estuvieron representados por defensor de ausente, la parte afectada o el Ministerio Público podrá interponer Recurso de Revisión, dentro de los tres años siguientes al momento en que se hubiere producido la causal respectiva. Las consultas se decidirán sin trámite, salvo que el superior de oficio disponga oír a las partes”.

Fábrega¹⁰⁶ sigue el criterio de que la consulta no constituye propiamente un recurso, sino que el mismo es una revisión oficiosa emanada de un mandato legal, en determinadas causas y bajo ciertos parámetros, en que el propio juez de instancia remite las actuaciones procesales a su superior jerárquico para que verifique la juridicidad de la decisión proferida y pueda entonces procederse a su ejecutoria.

La consulta no es propiamente un recurso, pero está consagrada para proteger los intereses de la administración pública, incapaces, bienes vacantes, partes representadas por curadores ad litem, defensores de ausentes. Es por ello, que toda resolución que se enmarque en lo dispuesto en el artículo 1225, antes citado, debe ser consultada ante el respectivo superior jerárquico.

2.12. Principio de Motivación.

Este principio requiere que, en el proceso civil, los funcionarios judiciales expliquen y fundamenten sus decisiones, a menos de que se trate de simples órdenes o providencias de mero trámite de impulso del proceso. Cumpliendo con este principio se

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 1070.

evitan, en lo posible, abusos y se permite a las partes usar provechosamente sus derechos de impugnación contra el auto para que sea revisado o la sentencia para que el proceso pase a una segunda instancia; porque la resolución que implica todo auto o sentencia no es más que el resultado de las motivaciones o fundamentos que sirvieron de base y explican la decisión judicial¹⁰⁷.

Este principio ha sido consagrado como norma de nuestro derecho procesal en los artículos 989 y 990 del Código Judicial. Y el artículo 119 de la Ley 53 de 27 de agosto de 2015.

El numeral 5 del artículo 199 del Código Judicial, establecía como deber de los Jueces y Magistrados: “Motivar las sentencias y los autos”. Norma que fue derogada por la Ley 53 de 27 de agosto de 2015, que regula la Carrera Judicial. Esta ley en su artículo 119, mantiene este principio al señalar que es un deber en general de los magistrados y jueces: Motivar las sentencias y autos.

Por su parte, el artículo 989 de la misma excerta legal citada señala que, los autos serán motivados y expresarán los fundamentos jurídicos pertinentes con cita de las disposiciones legales aplicables al caso. Las providencias indicarán el trámite que se ordena, el plazo que se fija para ello y solo llevarán media firma”; es decir, que las providencias no requieren motivación.

En este orden, el artículo 990 del Código Judicial establece que “Las sentencias se dictarán de conformidad con las reglas siguientes: ... 3. Enseguida, se darán las razones y fundamentos legales que se estimen pertinentes y se citarán las disposiciones legales o doctrinas que se consideren aplicables al caso; ...”.

¹⁰⁷ BARSALLO, Pedro. Op cit., p. 100.

De todo lo expuesto, se deduce que la motivación de las resoluciones judiciales, es un deber del juzgador; quien debe justificar razonadamente los fallos, como elemento integral del debido proceso y de la tutela judicial efectiva, cuya finalidad es preservar el principio de seguridad jurídica, la protección y la defensa de los derechos fundamentales. Así lo ha reconocido la doctrina nacional y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

2.13. Principio de la Legitimación.

El principio de legitimación implica que las personas que concurran ante un tribunal para dirimir una controversia, sean aquellas que la ley sustancial les concede la facultad para ello, sin que sea suficiente el ser parte principal o tercero admitido en el proceso; es decir, que tengan un interés legítimo en la decisión final que pueda proferir el juzgador sobre el tema en concreto y no una persona distinta¹⁰⁸. Barsallo agrega que la calidad de sujeto activo y pasivo del proceso requiere además del cumplimiento de una serie de supuestos exigidos por la normativa patria, a saber: la capacidad jurídica del sujeto, derivada de la posibilidad de ser titular de derecho y obligaciones; la capacidad de ejercicio o procesal, que supone la capacidad para actuar por sí o por interpuesta persona en su favor; y la legitimación en causa, que constituye la potestad de disponer del objeto del litigio al dirimir la controversia¹⁰⁹.

Al respecto la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia a través de fallo de 30 de enero de 2003, señaló:

“... los tribunales han de proceder con extrema cautela al desestimar una pretensión sobre la base de la inexistencia de la legitimación en la causa. Resulta evidente que el tema de la legitimación en la causa es tema del Derecho Procesal, necesario para pronunciarse sobre el fondo del asunto,

¹⁰⁸ BARSALLO, Pedro. Op. cit., p. 86.

¹⁰⁹ *Ibíd*em, p. 85.

y, como consecuencia, no constituye un impedimento para desatar el fondo del litigio (sentencia inhibitoria), sino, por el contrario, motivo para decidirlo de forma adversa al demandante (sentencia de fondo). Y esto es así, toda vez que la falta de legitimación, naturalmente no impide al juez desatar el litigio en el fondo, toda vez que si se reclama un derecho por quien no es titular del derecho discutido y que se encuentra previsto en el supuesto de hecho consignado en la ley sustancial o frente a quien no debe responder, debe negarse la pretensión del demandante en sentencia que tenga fuerza de cosa juzgada material, si, al propio tiempo, no logra acreditar el supuesto de hecho en los que se basa al formular la pretensión (*causa petendi*), encaminados a acreditar que se encuentra en la hipótesis prevista en la norma que le favorece (carga de la prueba). Es evidente que no es preciso confundir la legitimación en la causa, en la que no basta que la parte afirme ser titular de un derecho subjetivo o un interés legítimo idóneo en que apoya su pretensión (afirmación que, de ordinario, ocurre al inicio del proceso), y que se enmarque dentro del supuesto de hecho normativo aplicable a la pretensión que se controvierte en el proceso concreto que se ventila, en que se apoya, para que se considere como parte legitimada al momento de decidir sobre el objeto del proceso, que tiene en el proceso como demandante a la parte que reclama la vulneración de un derecho subjetivo o interés legítimo de que es titular, con otras instituciones, igualmente importantes del Derecho Procesal, como lo es el principio de carga de la prueba, que le corresponde a quien, afirmando la titularidad de un derecho subjetivo o un interés legítimo, no logra acreditar el supuesto de hecho necesario para que se decida favorablemente sobre la pretensión, precisamente por no haber superado la carga de probar que le corresponde, con arreglo al artículo 784.

Resulta, en este momento, importante destacar la postura del procesalista español, DE LA OLIVA SANTOS, sobre esta materia tan debatida en el Derecho Procesal, quien señala:

"...

Como sólo (sic) en la sentencia sobre el fondo, al término del proceso civil (esa es, justamente, la finalidad del proceso civil declarativo), la acción se reconoce existente o inexistente y se estima o desestima la demanda, parece en principio inexorable concluir que *in limine litis*, al comienzo del proceso, nada cabe indagar sobre la legitimación y no es posible establecer si se tiene o no. Por tanto, mientras que la existencia de la capacidad para ser parte y de la capacidad procesal, así como la legalidad y suficiencia de la representación, se pueden y hasta se deben comprobar, de oficio y/o a instancia de parte, al inicio del proceso, diríase que la legitimación ni se puede ni se debe vigilar en tal momento. La existencia

de los presupuestos del proceso o del *derecho al proceso* (como son las capacidades dichas y la representación, que veremos en el párrafo siguiente), a los que tan común como erróneamente se llama (junto a otras materias) cuestiones *de forma*, puede y debe tratarse al comienzo del proceso, porque de ellas depende la validez de éste o, al menos, su eficacia, esto es, la obtención de una sentencia cualquiera sobre el fondo. Pero la legitimación, que constituye un presupuesto de la acción, no es un tema de forma, *sino de fondo* y, de ordinario, los temas o cuestiones de este tipo no pueden dilucidarse al principio del proceso, sino al final, único momento lógico para que, según todas las alegaciones y las pruebas *producidas en el proceso*, se determine si se deniega o se concede y, en su caso, en qué medida, la concreta tutela jurisdiccional pretendida." (ANDRES DE LA OLIVA SANTOS e IGNACIO DIEZ-PICAZO GIMENEZ, "Derecho procesal civil: el proceso de declaración", Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid-España, pág.134).

Una persona que ha recibido un daño, tiene legitimación en la causa para demandar al causante del daño si alega la titularidad del derecho subjetivo que lo habilita para pretender la indemnización por daños que se le ha causado a su propiedad, en el caso, el derecho de propiedad del establecimiento comercial; pero si no ha acreditado con pruebas idóneas encontrarse en el supuesto de hecho que la ley tiene previsto para ser indemnizado por los daños causados a la propiedad de su establecimiento comercial) no puede ser favorecido con una sentencia que estime su pretensión. Es evidente que el propietario de un establecimiento comercial, quien haya recibido un daño del constructor a su establecimiento comercial, tiene el derecho a pretender la indemnización por los daños y perjuicios causados a éste. No obstante, para tener éxito en el reconocimiento judicial de su pretensión, es menester acreditar la propiedad del establecimiento comercial y los daños que se le produjeron en su establecimiento comercial (como lo hizo), en el cual se le produjeron los daños alegados, causados por el constructor demandado, y atribuidos a la negligencia, por su parte, en prevenir los daños causados"¹¹⁰.

La legitimación significa que todo aquel (demandante y demandado) que pretenda actuar o dirimir una disputa en juicio, debe tener un interés genuino y verdadero en la sentencia. Este principio es de gran transcendencia en el proceso civil, ya que su inobservancia conlleva una sentencia absolutoria, y puede ser reconocida por

¹¹⁰ Sentencia de 30 de enero de 2003, dictada por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia de Panamá.

el juez de manera oficiosa como una excepción. Nuestro ordenamiento procesal civil, establece claramente en los artículos 585 a 618 del Código Judicial, quienes son las partes y los terceros en una controversia, y determina ciertos requerimientos.

Una vez desarrollados los principios rectores del proceso civil, nos referiremos al concepto de prueba, la importancia de la prueba en la vida jurídica, el objeto y función de la prueba; para luego abordar la distinción entre pruebas y medios de prueba.

3. Concepto de Prueba.

Es preciso establecer el concepto de prueba, por lo que debemos en primera instancia hacer referencia a su sentido etimológico, pues la palabra prueba, deriva del término latín “<probe>, que significa rectamente, honradamente. Se trata de un concepto que trasciende el campo del derecho, pues se manifiesta en ámbitos de la vida¹¹¹. “Es la verdadera significación del sustantivo <probo> y del verbo probar: verificación o demostración de autenticidad”¹¹²; probatio o probationis, que a su vez procede del vocablo probus que significa: bueno; por tanto lograr demostrar o probar algo es bueno y se ajusta a los hechos reales.

Devis Echandía define la prueba como “el conjunto de motivos o razones, que de los medios aportados se deducen y que nos suministran el conocimiento de los hechos para los fines del proceso”¹¹³.

De otro lado, la prueba es acreditamiento, la verificación, la confirmación de los hechos aducidos por las partes”¹¹⁴.

¹¹¹ KIELMANOVICH, Jorge. Op. cit., p. 15.

¹¹² SENTIS Melendo, Santiago. (1979). La Prueba, Editorial Jurídica Europa- América, Buenos Aires, p. 34.

¹¹³ DEVIS Echandía, Hernando. (1988), Op. cit., p. 8 y 9.

¹¹⁴ GÓMEZ Lara, Cipriano. Op. cit., p. 87.

Para Rocco, la prueba puede tener distintos significados, a saber: “a) Como proposición de la existencia o de la verdad de hechos, por obra de las partes, a los cuales vinculan ellas efectos jurídicos (nacimiento, modificación, extinción de relaciones jurídicas); b) Como control de la verdad o de la existencia de los hechos propuestos y afirmados por las partes, lo cual implica: 1. La actividad de las partes; 2. La actividad de los órganos de control (órganos jurisdiccionales)”¹¹⁵.

En la doctrina se reconoce tres diversos sentidos a la prueba: 1. Averiguación o comprobación; 2. Actividad dirigida a comprobar las afirmaciones; 3. Instrumento que permite al juzgador alcanzar su convicción.

Afirma Couture, que la prueba civil es comprobación y no averiguación. “(...) Prueba es la acción y efecto de probar; y probar es demostrar de algún modo la certeza de un hecho o la verdad de una afirmación”¹¹⁶.

Coincide Sentis Melendo con Couture, al afirmar que la prueba es la “verificación de afirmaciones formuladas por las partes, relativas, en general, a hechos y excepciones a normas jurídicas, que se realizan utilizando fuentes, las cuales se llevan al proceso por determinados medios”¹¹⁷, es decir, que es verificación y no averiguación.

Tesis que no es compartida por Devis Echandía, quien considera que para que triunfe la verdad, para que se obtenga el fin de interés público del proceso y no sea una aventura incierta cuyo resultado dependa de la habilidad de los abogados; el juez debe investigar la verdad de las afirmaciones de las partes¹¹⁸.

¹¹⁵ ROCCO, Ugo. Op. cit., p. 336.

¹¹⁶ COUTURE, Eduardo. (1942), Op. cit., p. 215.

¹¹⁷ SENTIS Melendo, Santiago. Op. cit., p. 16.

¹¹⁸ DEVIS Echandía, Hernando. (1988), Op. cit., p. 39.

Francesco Carnelutti, señala que, “en el lenguaje común, prueba se usa como comprobación de la verdad de una proposición; solo se habla de prueba o propósito de alguna cosa que ha sido afirmada y cuya exactitud se trata de comprobar; no pertenece la prueba al procedimiento mediante el cual se descubre una verdad no afirmada, sino por el contrario se demuestra o se halla una verdad afirmada”¹¹⁹, de acuerdo con este autor no debe confundirse la prueba con el procedimiento empleado para la verificación de la proposición.

Según Carnelutti¹²⁰, la prueba “es la demostración de la verdad de un hecho realizada por los medios legales (legítimos), aceptados por el ordenamiento jurídico y equipara a la prueba, las disposiciones normativas que la regulan; es el conjunto de las normas jurídicas que regulan el proceso de fijación de los hechos controvertidos. La prueba, además de estar relacionada con el hecho en estudio, debe tener una vinculación directa sobre las pretensiones que las partes esgrimen en su favor guardando una vinculación de conducencia.

La prueba son los actos o cosas que permiten a quien enuncia algo, fijar, instaurar, acreditar, comprobar, afirmar, confirmar, verificar, acreditar ante el juez de la existencia o no de los hechos discutidos en juicio, teniendo como fin la verdad de las afirmaciones alegadas, en la forma que prescribe la ley. En Panamá, la prueba civil es regulada como comprobación de la verdad, pero también se permite o se encuentra regulada para ciertos casos, en algunas etapas del proceso y bajo algunos límites, la verificación. Es el caso del artículo 793 del Código Judicial, entre otras normas, que permiten al Juez decretar pruebas de oficio para verificar las afirmaciones de las partes, es decir, todo aquello que estime conveniente para la verificación de los hechos.

¹¹⁹ CARNELUTTI, Francesco. La Prueba Civil. Segunda edición, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1982, p. 38.

¹²⁰ *Ibíd*em, p. 44.

Nuestro ordenamiento procesal civil concibe la prueba tanto para la comprobación como para la verificación. Los hechos afirmados, le competen de manera exclusiva a las partes. El juez opta por verificarlos a través de las pruebas que presentan las partes y, las que él decreta oficiosamente. “La parte siempre; no el juez formula afirmaciones; no viene a traerle al juez sus dudas, sino su seguridad real o ficticia sobre lo que sabe; no viene a pedirle al juez que averigüe sino a decirle lo que ella ha averiguado; para que el juez constate, compruebe, verifiquen si esas afirmaciones coinciden con la realidad. Cuando el juez cumple una misión diferente de la de verificar, entonces es que no está juzgando. Podrá estar preparando o contribuyendo a aportar elementos; pero no está juzgando. Lo cual no quiere decir que el juez haya de ser una figura estática y menos hierática. La actividad, es dinamismo, no están en pugna con la naturaleza, ni con la figura de la función juzgadora. Al contrario, solo el juez activo y dinámico, el juez que se interioriza intensamente de la sustancia de lo que se controvierte, puede juzgar bien; sólo (sic) ese juez puede vivir el proceso”¹²¹.

4. Importancia de la Prueba en la Vida Jurídica.

Es necesario referirnos a la importancia de la prueba en la vida jurídica, por cuanto “prueba, significa crear el convencimiento del juez con respecto a la existencia o no existencia de hechos de importancia en el proceso. Por si la prueba de la verdad de los hechos no conoce límites; pero la prueba en el proceso, a diferencia de la prueba puramente lógica o científica, experimenta una primera limitación por la necesidad social de que el proceso tenga un término; una vez que la sentencia es firme, la investigación relativa a los hechos de la causa queda definitivamente cerrada, y desde ese momento el derecho no vuelve a ocuparse de si los hechos estimados por el juez corresponden o no a la realidad de las cosas. Queda entonces la sentencia como afirmación de la voluntad del Estado, sin que en nada pueda afectar ya a su valor el

¹²¹ SENTIS Melendo, Santiago. Op. cit., p. 13.

elemento lógico de que es resultado. Mientras pende el proceso, en cambio, hasta que se llega a producir esa afirmación de la voluntad del Estado, el elemento lógico conserva el máximo valor”¹²².

Para Couture la prueba civil, tiene una gran transcendencia, ya que “(...) probar es persuadir de la verdad de los hechos, de la misma manera que alegar es persuadir de la verdad de la tesis de derecho. La Ley que haga imposible la prueba es tan inconstitucional como la ley que haga imposible la defensa”¹²³.

De acuerdo con Parra Quijano, la prueba “permite saber qué es lo que se ha de investigar en un proceso determinado, de tal manera que el juez pueda controlar la pertinencia de las pruebas; de otra manera, el proceso se convertiría en un instituto inconveniente, donde se podría acreditar la existencia de cualquier hecho, de modo que a su finalización, tendríamos una suerte de residuos arrastrados por una corriente y no una investigación ordenada”¹²⁴.

En palabras de Parra Quijano, la prueba se constituye de los hechos que se exigen acreditar para determinar la validez de una pretensión sobre otra, circunscribiendo así la labor del proceso y facultando al juzgador a expulsar aquellos elementos que no van dirigidos a determinar la convicción sobre los puntos en debate, como una expresión de la pertinencia probatoria y con una guía de la congruencia que debe garantizar el tribunal al proferir la decisión de fondo.

Chiovenda al referirse a las Graduaciones de la Prueba, señaló que “no todo aquello cuya existencia o inexistencia tiene una importancia en el juicio debe ser probado con el mismo rigor. Se exige una prueba rigurosa, en todos los casos en relación

¹²² CHIOVENDA, Giuseppe. (2001), Op. cit., p. 501.

¹²³ COUTURE, Eduardo. (2001), Op. cit., p. 18.

¹²⁴ PARRA Quijano, Jairo. (2011), Op. cit., p. 135.

con aquello que constituye la cuestión última en el proceso, esto es, la cuestión en torno a la existencia de una voluntad de la ley que garantiza, el bien reclamado en juicio. Pero en cuanto a aquella serie de cuestiones procesales y sustantivas que son preliminares de esta última, a menudo se conforma la ley con una prueba menos rigurosa, y ello por el distinto efecto que la sentencia va a tener respecto de una y otras. La prueba debe ser más rigurosa para aquel punto de la sentencia que va a quedar cubierto con la autoridad de cosa juzgada¹²⁵.

La importancia de la prueba y la actividad probatoria, en general, se encuentra en formar en la mente del juzgador, el convencimiento sobre la veracidad de las afirmaciones que constituyen las pretensiones o excepciones presentadas por las partes en el proceso para lo cual es necesario que la misma se circunscriba a los límites que el ordenamiento jurídico prevé, el cual cierra la posibilidad una vez proferida la sentencia y agotado los medios de impugnación reconocidos en su favor; puesto que jurídicamente hablando, lo controvertido en el proceso queda finalizado por constituirse en una manifestación del Estado en el ejercicio de sus facultades.

5. Objeto de la Prueba.

Sobre el objeto de la prueba existen dos posturas que es oportuno revisar. Para Ossorio¹²⁶, se circunscribe a todos aquellos hechos que constituyen parte de la controversia entre las partes; mientras que Arazi¹²⁷ amplía el concepto a todos aquellos hechos cuya acreditación reviste una importancia significativa para el proceso, pero no todos los hechos deben ser necesariamente probados: no son admitidos, los notorios,

¹²⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. (2001), Op. cit., p. 502.

¹²⁶ OSORIO, Manuel. (1995). Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, 22a edición actualizada, corregida y aumentada por Guillermo Cabanellas de Las Cuevas, editorial Heliasta, p. 810.

¹²⁷ ARAZI, Roland. (2001). La Prueba en el Proceso Civil, tercera edición, Editorial La Roca, Buenos Aires-Argentina, p.61.

los evidentes, los normales, etcétera; en tanto, que Devis Echandía¹²⁸ refiere un espectro más amplio al incluir a los presentes, pasados y futuros, así como todos lo que puedan asimilarse a ellos, como es el caso de la ley extranjera y la costumbre. Por su parte Chiovenda, señala que constituyen el objeto de la prueba, los hechos que las partes no hayan admitido y sobre los cuales no sea aplicable la denominación de hecho notorio, ya que los hechos que no puedan ser negados sin tergiversación no necesitan pruebas.

El juez debe conocer las normas jurídicas y, por tanto, no son objeto de prueba en el sentido de que la falta de prueba sobre ellas pueda perjudicar jurídicamente a una de las partes. Lo mismo ocurre con las llamadas máximas de experiencia. Se exceptúan aquellas normas que el juez debe aplicar cuando son probadas, pero no está obligado a conocer; así, las normas de derecho consuetudinario y las de derecho extranjero. Respecto a estas normas, podrá el juez, sin embargo, aprovecharse de su conocimiento privado, si lo tuviese¹²⁹.

Para Devis Echandía, en la doctrina “prevalece el concepto que ve en los hechos el objeto de la prueba, incluyendo en ellos la ley extranjera, la costumbre y el juicio mismo que sobre los hechos tenga”¹³⁰. Un concepto muy parecido es el emitido por Parra Quijano, quien indica que la prueba “está constituida por aquellos hechos que es necesario probar, por ser los supuestos de las normas jurídicas cuya aplicación se discute en un determinado proceso”¹³¹. Taruffo se aleja un poco de las posturas anteriores. Para él, el objeto de la prueba “debe tratarse del hecho jurídicamente relevante (y no de un hecho irrelevante desde el punto de vista de la norma aplicable), pero, en todo caso, siempre se tratará de establecer la existencia de un hecho”¹³².

¹²⁸ DEVIS Echandía, Hernando. (1988), Op. cit., p. 42.

¹²⁹ CHIOVENDA, Giuseppe. (2001), Op. cit., p. 502.

¹³⁰ DEVIS Echandía, Hernando. (1988), Op. cit., p. 43.

¹³¹ PARRA Quijano, Jairo. (2011), Op. cit., p. 135.

¹³² TARUFFO, Michele. (2011). La Prueba de Los Hechos. Editorial Trotta, Madrid, p. 103.

Carnelutti nos indica que no pertenece a la prueba una verdad no afirmada, como sí pertenece al procedimiento mediante el cual se halla una verdad afirmada. Dicho en otras palabras, el objeto de la prueba no son los hechos por sí mismos, sino los hechos afirmados por las partes. También, indica Carnelutti que se representa un hecho del mundo exterior, y que lo que no es un hecho por no tener existencia concreta, no se representa. De ahí que las entidades abstractas como las reglas de la experiencia o de derecho no constituyen objeto de la prueba¹³³. Sentis Melendo¹³⁴, coincide con Carnelutti en que los hechos existen y, por tanto, no requieren prueba. Lo que se prueba son las afirmaciones que se refieren a los hechos.

Fábrega estima que las pruebas, “más que versar sobre hechos controvertidos, vienen a recaer de modo directo e inmediato, sobre las afirmaciones articuladas por las partes respecto a hechos controvertidos”¹³⁵; y a criterio de Carnelutti, los hechos no se prueban, se conocen; mientras que se comprueban las afirmaciones sobre los hechos realizadas por las partes.

El objeto de la prueba es lo que debe demostrarse en juicio, es decir, tanto el hecho como toda afirmación enunciada por el demandante y demandado respecto de los hechos efectuados por los mismos y que se encuentran en litigio. Nuestro código judicial, en su artículo 784, señala que incumbe a las partes probar los hechos y no requieren prueba los hechos afirmados y admitidos por la otra parte; puede existir una diversidad de hechos, pero son objeto de prueba los afirmados y no aceptados por la otra parte, es decir, las afirmaciones. Por ejemplo: La responsabilidad civil extracontractual derivada de un hecho de tránsito, debe probarse en el proceso, la existencia del hecho de tránsito y la afirmación del demandante respecto a ese hecho, es decir, que la responsabilidad del mismo es del demandado.

¹³³ CARNELUTTI, Francesco. Op. cit., p. 102.

¹³⁴ SENTIS Melendo, Santiago. Op. cit., p.12.

¹³⁵ FÁBREGA Ponce, Jorge. (2004) Tomo II, Op. cit., p. 861.

6. Función de la Prueba.

Afirma Muñoz Sabaté¹³⁶, que el proceso judicial se convierte en cuestión (del latín *questio*, búsqueda) que obliga a una actividad especial, eminentemente física, de búsqueda de algo ya sucedido, con un método y una sistemática totalmente diferentes a lo que pudiera exigir la determinación de la norma o del valor.

Es así que la finalidad de la prueba puede verse desde el punto de vista de la parte que la suministra o del juez que la valora; ocurre que la prueba se convierte en un arma de ataque y defensa, con lo cual se busca obtener lo pedido en la demanda y excepciones o conseguir su rechazo. Pero esos fines individuales y concretos que cada interesado busca con la prueba en el proceso, siempre a su favor y para su beneficio, no representan el fin que le corresponde por sí misma, por su naturaleza y su función procesal¹³⁷. La función de la prueba, valga decir, su finalidad se aprecia desde la perspectiva de la utilidad para que acredite al juez, cuando despliega el ejercicio de valoración, puesto que permite darle el uso por la que la parte promovió su incorporación al proceso.

Devis Echandía, manifiesta que como en casi todas las relaciones con las pruebas judiciales, existen diversas teorías, pero indica “que pueden reducirse a tres: a) la que considera como fin de la prueba judicial el establecer la verdad; b) la que estima que con ella se busca producir el convencimiento mismo del juez o llevarle la certeza necesaria para su decisión; c) la que sostiene que persigue fijar los hechos en el proceso”¹³⁸.

Señala Gómez Lara¹³⁹ que la prueba como procedimiento tiende a proporcionar

¹³⁶ MUÑOZ Sabaté, Luis. *Curso de Probática Judicial*, primera edición, Editorial La Ley, España, 2009, p. 13.

¹³⁷ DEVIS Echandía, Hernando. (1988), *Op.cit.*, p. 77.

¹³⁸ *Ibíd.*, p. 78.

¹³⁹ GÓMEZ Lara, Cipriano. *Op. cit.*, p. 87.

al juzgador el conocimiento de la verdad acerca de lo que se le ha planteado.

Se entiende, como lo expone Rocco¹⁴⁰, que la función de la prueba es única y estrictamente procesal, puesto que se circunscribe al desarrollo del derecho de acción y contradicción, a formar la convicción del juez, que se manifiesta cuando pronuncia la sentencia de fondo.

Indica Rocco que “el problema de saber si la reglamentación jurídica de la institución de la prueba, en sentido amplio, deba dirigirse a la búsqueda de la verdad objetiva o material, o a la de la verdad subjetiva o formal, o, según otra opinión, de la verdad jurídica; a su juicio, “como el problema de la prueba implica el del conocimiento, y éste, en esta materia, aunque se halle rodeado de todas las garantías posibles, es siempre un conocimiento subjetivo, y por tanto, relativo. No creemos que pueda dudarse en afirmar que la verdad conseguida a través de la prueba y de los medios de prueba es siempre una verdad subjetiva. En tal caso, a la verdad objetiva y sustancial o material viene a sustituirse la verdad subjetiva o formal, creada a través del proceso, con las garantías aptas para hacer el procedimiento y los medios del conocimiento, a través de normas lógicas y jurídicas, lo más próximos posible a la verdad objetiva. De manera que, el producto de la actividad probatoria aparece como una verdad subjetiva, lo más próxima a la verdad objetiva”¹⁴¹.

Para Devis Echandía, el fin de la prueba es “darle al juez el conocimiento o la certeza sobre los hechos, que es la creencia de conocer la verdad o de que nuestro conocimiento se ajusta a la realidad, lo cual le permite adoptar su decisión; su fin se satisface, sea que esa certeza corresponda a la realidad, en cuyo caso se estará en la verdad, o que se encuentre desligada de ella y entonces existirá un error. La justicia

¹⁴⁰ ROCCO, Ugo. Op. cit., p. 341.

¹⁴¹ *Ibidem*, p. 337.

humana no puede exigir más, porque no puede aspirar a la infabilidad”¹⁴². Pero el resultado de la prueba es, según Devis Echandía, “la conclusión a que llegue el juez, basado en el conjunto de medios aportados al proceso, sobre los hechos afirmados o negados en él, y que deben servirle para la aplicación de las normas jurídicas sustanciales o procesales que los regulen”¹⁴³.

Kielmanovich¹⁴⁴ coincide con Devis Echandía y otros en que la prueba no tendría por finalidad probar la verdad sino en todo caso, convencer de la verdad. Para Taruffo¹⁴⁵ la función de la prueba es establecer la verdad de los hechos, es decir, determinar si los hechos han ocurrido o no.

Nos dice Parra Quijano, al referirse al fin de la prueba, que “toda actuación judicial, sin ningún tipo de distingo, debe buscar la verdad de los hechos para, sobre ellos, hacer descender el ordenamiento jurídico. Cuando no se reconstruyen los hechos como realmente ocurrieron estamos juzgando otro asunto. No es serio sostener, hoy en día, que existe una diferencia entre el proceso civil y penal, con relación al fin de la prueba, ya que en el proceso penal se busca la llamada <verdad real> y en civil una verdad formal (es decir una no verdad). Ningún ordenamiento jurídico sensato, y más precisamente, ninguna jurisdicción lo sería cuando le prometiera a los asociados un proceso donde, a pesar de todas las dificultades y desgastes que implica, solo buscaría una verdad formal y en el otro sí, la verdad real. Todo lo referente al decreto de pruebas de oficio en materia civil apunta a darnos la razón en este planteamiento (numeral 4 art. 37, arts 179 y 180 del C. de P.C...”¹⁴⁶.

Si la finalidad de la prueba es lograr la convicción del juez respecto de las

¹⁴² DEVIS Echandía, Hernando. (1988), Op. cit., p. 79 y 80.

¹⁴³ *Ibidem*.

¹⁴⁴ KIELMANOVICH, Jorge. Op. cit., p. 59 y 60.

¹⁴⁵ TARUFFO, Michele. (2011), Op. cit., p. 21.

¹⁴⁶ PARRA Quijano, Jairo. (2011), Op. cit., p. 149.

afirmaciones vertidas sobre los hechos controvertidos, no tiene sentido limitar la actuación del juez en busca de su propia convicción; limitar la potestad del juez a descubrir la verdad de los hechos.

7. Distinción entre Fuentes y Medios de Prueba.

Antes de establecer la diferencia entre fuentes y medios de prueba, es oportuno citar a Devis Echandía, quien hace la distinción entre prueba y medio de prueba. Este autor señala que “por pruebas judiciales se entiende las razones o motivos que sirven para llevarle al juez la certeza sobre los hechos; y por medios de prueba, los elementos o instrumentos (testimonio, documentos, etc.), utilizados por las partes y el juez, que suministran esas razones o esos motivos para obtener la prueba. Puede existir un medio de prueba que no contenga prueba alguna, porque de él no se obtiene ningún motivo de certeza. Pero, en un sentido general, se entiende por prueba judicial, tanto los medios como las razones o motivos contenidos en ellos y los resultados de éstos”¹⁴⁷.

Los medios de prueba, según Gómez Lara¹⁴⁸, son aquellos procedimientos destinados a procurar la verificación de los aspectos técnicos y científicos que constituyen la forma de expresión de los fenómenos naturales conforme a las reglas propias de las disciplinas científicas y periciales;

Mientras que Chiovenda, reconoce que los medios de prueba son “las fuentes de las que el juez extrae los motivos de prueba (así la persona del testigo, los lugares inspeccionados). En todo medio y en todo motivo de prueba precisa distinguir la eficacia objetiva y la atendibilidad. Por ejemplo, la afirmación de un hecho, con influencia directa acerca de la cuestión, por un testigo presencial, es un motivo de prueba objetivamente

¹⁴⁷ DEVIS Echandía, Hernando. (1988), Op. cit., p. 9.

¹⁴⁸ GÓMEZ Lara, Cipriano. Op. cit., p. 88.

muy eficaz; pero su atendibilidad puede ser escasa si, verbi gratia, el testigo fuese persona sospechosa o poco seria. De un modo análogo, el documento público en que consta el contrato que se hace valer, posee una gran eficacia objetiva; pero si se impugna por falsedad, su atendibilidad puede desaparecer, mientras que un simple documento con que pueda argumentarse sólo (sic) la existencia del contrato tiene en sí poca eficacia objetiva; pero si el escrito fuese reconocido, suma atendibilidad”¹⁴⁹.

Parra Quijano señala que “son medios de prueba, los instrumentos y órganos que le suministran al juez el conocimiento de los hechos que integran el tema de la prueba: La declaración de parte (confesión o testimonio de parte, según se narren los hechos que le causen perjuicio al confesante o que por lo menos favorezcan a la contraparte y aun cuando no se presente la anterior circunstancia), el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos y los indicios”¹⁵⁰.

Una situación que puede prestarse a confusiones, es la distinción entre la fuente y el medio de prueba. Sobre este tema, ha expuesto Devis Echandía, que “no hay que confundir la fuente de la prueba con el medio a través del cual se manifiesta; esta última noción comprende los métodos aceptados en cada ley procesal como vehículo de la prueba; por ejemplo, el testimonio, el documento, el indicio, la confesión, la inspección por el juez mismo, el dictamen de peritos. Gracias a estos medios el juez llega a conocer el hecho fuente y de éste deduce el hecho que se va a probar, bien sea en forma indirecta (mediante razonamientos deductivos e inductivos, en cuyo caso es preponderante la operación mental), o en forma directa si el hecho fuente es el mismo hecho que quiere probarse (lo último cuando el juez lo percibe en una inspección, y entonces, la actividad mental para calificar lo percibido). Es decir, la distinción entre medio y fuente opera también en la prueba directa, porque aquél será la inspección, la confesión, la declaración del testigo que presencié los hechos, y fuente el hecho

¹⁴⁹ CHIOVENDA, Giuseppe (2001), Op. cit., p. 503.

¹⁵⁰ PARRA Quijano, Jairo (2011), Op. cit., p. 166.

inspeccionado, confesado o narrado, del cual se deduce la prueba de otro o de él mismo. Es importante observar que, a pesar de la clara distinción que, en teoría, puede hacerse entre estas dos nociones de medio y fuente, en la práctica, tanto los legisladores como los jurados utilizan el término prueba para referirse a ambos: así, cuando se dice que un hecho es prueba de otro, se está contemplando la fuente, y cuando se expresa que la confesión o la escritura pública a dos testimonios son prueba de cierto hecho, se trata de medios”¹⁵¹.

Carnelutti, maestro italiano, indica que “fuente de prueba es el hecho del cual se sirve el juez para deducir la propia verdad; el medio de prueba lo constituye la actividad del juez desarrollada en el proceso”¹⁵².

De acuerdo con Fábrega los medios de prueba “son, en abstracto, los diversos instrumentos o elementos utilizados dentro del proceso y dirigidos a producir el convencimiento del Juez respecto a las afirmaciones de las partes. Así, medios de prueba son el testimonio, el documento, el peritaje, la inspección judicial, la confesión, el indicio, etc. Se entiende igualmente por medios de prueba, los que ofrecen al Juez los órganos que sirven para acreditar las afirmaciones de las partes, tales como el testigo, el perito, la parte que declara, el documento. El C.J., utiliza con más frecuencia la primera acepción (Arts. 783, 780, 802, 815)”¹⁵³. Es así que el artículo 780 del Código Judicial indica que:

“Sirven como prueba los documentos, la confesión, el juramento, la declaración de parte, la declaración de testigos, la inspección judicial, los dictámenes periciales, los informes, los indicios, los medios científicos y cualquier otro medio racional que sirva a la formación de la convicción del juez, siempre que no estén expresamente prohibidos por la ley, ni violen derechos humanos, ni sean contrarias a la moral o al orden

¹⁵¹ DEVIS Echandía, Hernando (1988), Op. cit., p. 90.

¹⁵² CARNELUTTI, Francesco. Op. cit., p. 70.

¹⁵³ FÁBREGA Ponce, Jorge (2004), Op. cit., pág. 853.

público.

Pueden, asimismo, emplearse calcos, reproducciones y fotografías de objetos, documentos y lugares.

Es permitido, para establecer si un hecho puede o no realizarse de determinado modo, proceder a la reconstrucción del mismo. Si el juez lo considera necesario, puede procederse a su registro en forma fotográfica o electromagnética.

En caso de que así conviniera a la prueba, puede también disponerse la obtención de radiografías, radioscopias, análisis hematológicos, bacteriológicos y la práctica de cualquier otro procedimiento de comprobación científica”.

Por su parte, el artículo 783 manifiesta que: “... El juez puede rechazar de plano aquellos *medios de prueba* prohibidos por la ley, notoriamente dilatorios o propuestos con el objeto de entorpecer la marcha del proceso; también puede rechazar la práctica de pruebas obviamente inconducentes o ineficaces”.

En este orden, el artículo 802 de la misma excerta legal señala que “Ni la prueba en general, ni los *medios de prueba* establecidos por la ley, son renunciables por anticipado”. Y en cuanto al aseguramiento de pruebas el artículo 815 *ibídem* manifiesta que: “Cuando una persona pretenda demandar o tema que se le demande y exista temor justificado de que eventualmente pueda faltarle un *medio de prueba* o hacersele difícil o impracticable su obtención en el momento oportuno, puede solicitar al juez que se practique de inmediato cualquiera de las siguientes pruebas:

1. Diligencia exhibitoria;
2. Testimonios prejudiciales;
3. Inspección judicial y dictámenes periciales;
4. Reconstrucción de sucesos o evento;
5. Reconocimiento de firma y citaciones a la presuntiva contraparte a efecto de que reconozca la autenticidad de un documento suscrito por ella o por un tercero;
6. Diligencia de informes, documentos públicos o privados, certificados de cualquier

clase, conforme indique el peticionario y con arreglo a las limitaciones y restricciones que establece la ley; y

7. Declaración de parte”.

En tanto que, el artículo 813 del mismo texto legal indica que “*Los medios de prueba no previstos, se diligenciarán aplicando por analogía las disposiciones de los que sean semejantes o, en su defecto, en la forma que establezca el juez, siempre que no se afecte la moral, la libertad personal de las partes o de terceros o no estén expresamente prohibidos*”.

Al respecto, Rocco nos indica que medios de prueba son aquellos “suministrados por las partes para realizar el control de la verdad y existencia de los hechos. No son otra cosa que los medios suministrados por las partes a los órganos de control (órganos jurisdiccionales) de la verdad y existencia de los hechos jurídicos controvertidos, a fin de formar la convicción de dichos órganos sobre la verdad y la existencia de ellos”¹⁵⁴.

De acuerdo a Fábrega, se pueden identificar propiamente tres sistemas sobre medios de prueba, a saber: “a) El Tradicional, de *numerus clausus*, de origen romano-canónico, inspirado en la Ley española y en la jurisprudencia de ese país, que reprodujo el Código panameño derogado y que sostuvo sistemáticamente nuestra jurisprudencia, al extremo que para que se admitiera la eficacia probatoria de copias fotostáticas de documentos públicos –v.gr.: escrituras públicas autenticadas por notario- se requirió la expedición de una Ley especial en el año de 1969; b) Otro, más evolucionado, que si bien mantenía el carácter taxativo de la enumeración de la Ley, sostiene que es taxativo en cuanto al género y no en cuanto a la especie, ampliando, mediante interpretación analógica, otros medios acordes con el avance y descubrimientos tecnológicos. Fue la posición española, que tanto la jurisprudencia del Tribunal Constitucional como la del

¹⁵⁴ ROCCO, Ugo. Op. cit., p. 337.

Tribunal Supremo, habían reconocido antes de la nueva Ley en enjuiciamiento civil- asimilando a la prueba documental- las cintas magnetofónicas, los videos y cualquier otro medio de producción hablado o escrito; c) El sistema *numerus apertus*, que siguen los códigos procesales modernos, que admiten cualquier medio, siempre que no esté expresamente prohibido por la Ley, ni viole derechos humanos, ni sea contrario al orden público”¹⁵⁵. “Los códigos procesales modernos han adoptado asimismo este sistema incluyendo obviamente, el Proyecto de Código Modelo Procesal Civil para Iberoamérica elaborado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal”¹⁵⁶.

Refiere Fábrega que “mientras el Código Judicial derogado consagraba el principio de taxatividad de los medios probatorios (*numerus clausus*), el nuevo código bajo la misma concepción, que anima la sana crítica, permite al Juez que tome en cuenta cualquier medio de prueba que ofrezca garantías. Esto es, se reconoce la prueba atípica o innominada. Se exceptúan los medios que sean contrarios a la moral o al orden público. Por consiguiente, el Juez debe excluir el narcoanálisis, el detector de mentiras, la hipnosis, etc. El actual sistema ofrece la ventaja que le permite al Juez tomar en cuenta medios que formalmente es imposible subsumir en los ya establecidos y reconocer los avances tecnológicos”¹⁵⁷.

El Código Judicial, establece un sistema de '*numerus apertus*' sobre los medios de prueba, sus normas contienen un listado, un tanto extenso de los medios más comunes de los cuales las partes pueden disponer para demostrar los hechos que afirman, y permite además los avances científicos y tecnológicos; lo cual constituye una superación a las tendencias jurisprudenciales de interpretación restrictiva que precedieron a la creación del código judicial patrio; es así como lo prescribe el artículo 780 del Código Judicial antes citado, al igual que los artículos 832, 834, 837 y 876 del mismo código de

¹⁵⁵ FÁBREGA Ponce, Jorge (2004), Op. cit., p. 854.

¹⁵⁶ *Ibidem*, p. 855.

¹⁵⁷ *Ibidem*, p. 877.

procedimiento.

“¿A qué se debe este cambio de sistema? El régimen de pruebas está estrechamente vinculado a las creencias y a las concepciones culturales y las diferencias que se observan en los sistemas de prueba de diferentes sociedades corresponden a sus concepciones. Es posible, como sostiene la doctrina marxista, que estos modos de pensar reflejan, en definitiva, modos de actuar y de producir de los cuales no es más que la superestructura. Son los niveles de cultura los que pueden servir de apoyo a la distinción entre los distintos tipos de sistemas probatorios. Con todo, existen limitaciones. Como ha expresado un autor norteamericano, a pesar de que se habla de libertad de la prueba, aún sigue la de condena”¹⁵⁸.

La doctrina distingue entre fuentes y medios de prueba, “por fuente se entiende el concepto extrajurídico y material que es anterior al proceso; y el medio es la forma en que esa fuente puede tener repercusiones procesales. La fuente es lo sucesivo o material, el medio es la actividad”¹⁵⁹.

El Doctor Fábrega presenta una concepción muy similar a la anterior al advertir que la “fuente de prueba es el elemento preexistente al proceso del cual emerge determinado medio probatorio. El transeúnte que presencia un accidente, es una fuente que puede convertirse en medio de prueba si una de las partes o el Juez de oficio lo cita al tribunal y rinde un testimonio. En la inspección judicial es fuente la cosa o la persona sobre la cual recaerá la actividad; en tanto que la diligencia judicial es el medio. Y dicho medio puede ser pre constituido (documento elaborado antes de que se hubiere iniciado el proceso; v.gr.: certificación del registro) o constituyente o por constituir

¹⁵⁸ *Ibidem*.

¹⁵⁹ MONTIEL, Luis; Mendez, María y Turcios, Nelson. Derecho a la Prueba como categoría jurídica protegible en el Proceso Civil. Universidad Francisco Gavidio, San Salvador, julio, 2003, de <http://www.monografías.com>.

(testimonio, que se practica en la fase probatoria). Si bien el C.J., no utiliza la expresión, la doctrina con frecuencia lo hace y en ocasiones, la jurisprudencia”¹⁶⁰.

En cuanto a la distinción entre fuentes y medios de prueba, los autores que se ocuparon de establecerla no siempre coincidieron.

Francesco Carnelutti indica que mientras no se proponga una terminología mejor, denomina medio de prueba “a la actividad del juez mediante la cual busca la verdad del hecho a probar”, y por fuente de prueba “al hecho del cual se sirve para deducir la propia verdad. (...) Agrega que el testimonio, el documento y el indicio son las tres fuentes típicas de la prueba. De ellas deriva un argumento para estimar si el hecho a probar existió o no.”¹⁶¹.

Señala Arazi¹⁶² que a fin de que la distinción entre medios y fuentes tenga utilidad práctica, reservamos el primer término a la actividad del juez, de las partes o terceros, desarrollada dentro del proceso, para traer fuentes de prueba; esa actividad se realiza de manera indicada en cada ordenamiento procesal. En cuanto a las fuentes de prueba, ellas son las personas o las cosas cuyas existencias son anteriores al proceso e independientes de él, que tienen conocimiento o representan el hecho a probar. Cuando el conocimiento o la representación no se refieren directamente al hecho a probar sino a otros de la que puede deducirse la existencia de aquél, las personas o las cosas son fuente de presunciones o indicios. Agrega este autor que los medios de prueba son ilimitados. En cambio las fuentes son limitadas, no pueden crearse por orden judicial, existen o no existen, y si existen deben procurarse los medios para que el juez las conozca; ellas pertenecen a una realidad extraprocesal, mientras que los medios no se conciben fuera del proceso. En efecto, el juez civil puede ordenar medios de prueba para

¹⁶⁰ FÁBREGA Ponce, Jorge (Tomo II, 2004), Op. cit., p. 859.

¹⁶¹ CARNELUTTI, Francesco. Op. cit., p. 70 y 71.

¹⁶² ARAZI, Roland. Op. cit., p. 124.

verificar los hechos afirmados por las partes, pero, en principio no puede investigar la existencia de fuentes de prueba.

Las fuentes de prueba, constituyen las situaciones o circunstancias en que se encuentra una persona o cosa en un momento dado y que determina por su importancia un medio para acreditar un hecho; no se encuentran reguladas. Medios de prueba, son las fuentes presentadas en juicio para convencer al juez de nuestras afirmaciones; se encuentran establecidos en la ley.

Consideradas las palabras de Arazi y sumadas las nuestras, establecemos la siguiente distinción práctica:

1. Las fuentes son limitadas y los medios de prueba son ilimitados.
2. Las fuentes no pueden crearse por orden judicial, simplemente surgen; en cambio, los medios de prueba pueden crearse por orden judicial.
3. Las fuentes de prueba, pertenecen a una realidad extraprocesal; los medios de pruebas no se concretan fuera del proceso, tienen una realidad procesal.
4. Las fuentes de prueba pueden existir o no existen; los medios de prueba siempre existen, ya que están establecidos en la Ley.
5. Las fuentes no están reguladas; los medios de prueba están regulados.

En esta investigación es pertinente y trascendental referirnos a los principios probatorios y a ello nos avocamos.

8. Principios Probatorios.

Resulta importante anotar que los principios no son más que criterios orientadores que reglan la actividad procesal, en este caso, de índole probatoria; sin embargo, a pesar de que la doctrina acepta la existencia de los mismos, no existe un

consenso general sobre su alcance y contenido. “Al igual que en el tema relativo a los principios procesales, estamos muy lejos de alcanzar una uniformidad doctrinal”¹⁶³. Ahora bien se circunscriben a cómo debe probarse.

8.1. Vinculación de las Normas Probatorias.

Enseña Gómez Lara que “en principio, las normas procesales y de modo muy especial las normas probatorias son imperativas y no pueden ser desconocidas por las partes, salvo norma expresa que lo autorice. A menos que la Ley lo permita, cualquier pacto o acuerdo que por anticipado entrañe modificación al contenido de las disposiciones legales es ineficaz; que tenga por objeto darle valor de prueba a medios prohibidos por la Ley, o que le reconozca a un medio probatorio consagrado en la Ley un valor distinto al que ésta concede, o bien que le reste a un medio el valor consagrado legalmente, o ya que altere las reglas sobre carga de la prueba. Y menos aún en contratos de adhesión. Consideramos que lo anterior no es óbice para que en el proceso las partes celebren cualquier convención sobre las pruebas o sobre el contenido de las mismas, siempre que no se violen normas de orden público. Recuérdese que las partes pueden, incluso, dar por probado un hecho siempre, naturalmente, que sea susceptible de confesión”¹⁶⁴.

Al respecto el artículo 789 del Código Judicial establece que “cuando las partes en un proceso sean hábiles para transigir y se dirijan conjuntamente al juez para pedirle que dé por probado un hecho no aceptado en la contestación de la demanda o un hecho accesorio o incidental que trate de probar una parte, el juez dará por probado plenamente tal hecho, siempre que sea admisible la prueba de la confesión. También dará el juez por probado plenamente cualquier hecho que deba probar un litigante, si la

¹⁶³ GÓMEZ Lara, Cipriano. Op. cit., p. 89.

¹⁶⁴ FÁBREGA Ponce, Jorge. (T. II, 2004), Op. cit., p. 860.

parte contraria, siendo hábil para transigir, declara que lo acepta como existente y verdadero”.

Por su parte, el artículo 791 del mismo texto legal citado preceptúa que “ni la prueba en general, ni los medios de prueba establecidos por la ley, son renunciables por anticipado”.

Es evidente que las normas probatorias ofrecen una vinculación a los distintos sujetos procesales, puesto que las mismas son de carácter de obligatorio cumplimiento, por ser de orden procesal; lo que implica que las partes no pueden desconocerlas, salvo que exista un mandato legal expreso que faculte a ello o que las partes celebren acuerdos respecto a las mismas.

8.2. La Carga de la Prueba.

Referente al tema de la carga de la prueba, es preciso citar a Chiovenda, quien es del criterio de que “no se puede hablar propiamente de un deber de probar, sino sólo (sic) de una necesidad o carga. La regulación de la carga de la prueba figura entre los problemas vitales del proceso”¹⁶⁵, es decir, que no es correcto referir a la misma como un deber per sé, puesto que la carga implica una necesidad, constituyéndose en vital su determinación en los ordenamientos jurídicos procesales. Rocco¹⁶⁶ añade que la misma constituye una disponibilidad de la prueba, que equivale al fundamento sobre la cual se determinará la viabilidad de las pretensiones, siendo, entonces, entendible que quien efectúe la alegación de un supuesto que le favorece, debe asumir la responsabilidad de acreditarlo.

¹⁶⁵ CHIOVENDA, Giuseppe (2001), Op. cit., p. 443.

¹⁶⁶ ROCCO, Ugo. Op. cit., p. 341.

Indica Chiovenda que “en los procesos primitivos, donde para dirimir las contiendas se provocaba una manifestación de la divinidad y un gran número de litigios se resolvían mediante el juramento, la posibilidad que se tenía de conseguir el triunfo con la simple prestación de un juramento hacía que en la mayoría de los casos se considerase la prueba un derecho del demandado. Al transformarse la litis esencialmente, convirtiéndose en decisión de controversias, con base en el convencimiento de un juez, se va sintiendo poco a poco la necesidad de contar con pruebas cada vez más perfectas: suministrar la prueba pasa a ser una carga, y dos causas concurren para que esta carga le sea atribuida al demandante: primera, la condición misma del actor como iniciador de la Litis; y luego, el interés que el mismo actor tiene, a medida que en este periodo de transición va decayendo la seriedad de los juramentos, en tomar para sí la prueba, evitando el juramento del contrario”¹⁶⁷.

Respecto a la teoría de la carga de la prueba, Chiovenda señala que “está íntimamente relacionada con la conservación del principio dispositivo en el proceso, en todo lo referente a la fijación de los hechos. En un sistema que admitiese la investigación de oficio la verdad de los hechos, la distribución de la carga de la prueba no tendría sentido. Y precisamente sucede que, de forma paralela a la tendencia opuesta al principio dispositivo en la fijación de los hechos, manifiéstese una corriente contraria a la distribución legal de la carga de la prueba. Podemos encontrar señales de ella en la doctrina e incluso en las obras legislativas más recientes. Chiovenda cita a Kohler quien estima que toda la doctrina de la carga de la prueba es propia de una época superada, como una última consecuencia del sistema de la prueba legal. Sostiene que las consideraciones de equidad relativa que inspiran las normas generales referentes a la carga de la prueba deben ser sustituidas por consideraciones precisas de equidad en cada caso, por obra del juez, el cual, con el mismo juramento decisorio, dispone de un

¹⁶⁷ CHIOVENDA, Giuseppe (2001), Op. cit., p. 445.

instrumento con que poder satisfacer a la equidad en cada caso concreto”¹⁶⁸.

En cuanto a la “*inversión convencional de la carga de la prueba*”, afirma Chiovenda que “si bien en nuestro sistema actual domina el principio dispositivo. Que prevalezca ese principio en un sistema procesal determinado no significa dominio en él de la voluntad de las partes, sino que se concede un acentuado valor a su actividad; no implica reconocimiento de un pretendido derecho de disposición de las partes sobre el material de la causa, sino la sanción de su responsabilidad en la tarea de facilitar al juez el material de conocimiento”¹⁶⁹.

Es así, que la inversión convencional de la carga de la prueba en palabras de Chiovenda, no puede desconocerse el carácter dispositivo que reviste las actuaciones de naturaleza civil, pero ello no entraña que deba entenderse que el principio de autonomía de la voluntad, que reviste a esta rama del Derecho, pueda imponerse por encima del orden procesal; puesto que se debe tener presente que el mismo se encuentra limitado por la propia ley. Es por ello que la carga, que se entiende como una actividad que debe favorecerle la actuación jurisdiccional no puede transferirse su responsabilidad por acuerdo de las partes.

Respecto a los *efectos de la falta de prueba*, manifiesta Chiovenda que “si no se hace la prueba o se práctica sin éxito, el efecto de esta falta de prueba recaerá en la parte que, según los principios que acabamos de exponer, tenía la carga de hacerla. Esta parte será declarada vencida. Esto vale, ante todo, para la prueba del demandante: ‘*actore non probante reus absolvitur*’. También si la prueba resulta insuficiente, deberá aplicarse normalmente el mismo principio”¹⁷⁰.

¹⁶⁸ *Ibidem*, p. 452.

¹⁶⁹ *Ibidem*.

¹⁷⁰ CHIOVENDA, Giuseppe (2001), *Op. cit.*, p. 453.

Según Rocco, este principio de la carga de la prueba “se distribuye indiferentemente entre actor y demandado”¹⁷¹. Principio que en nuestro sistema procesal civil está consagrado en el artículo 784, específicamente en el Capítulo I “Normas Generales” del Título VII sobre “Pruebas”, que dispone: “Incumbe a las partes probar los hechos o datos que constituyen el supuesto de hecho de las normas que les son favorables (...)”.

Parra Quijano denomina a este principio como “De La Autorresponsabilidad. De conformidad con lo previsto en el artículo 177 del C. de P.C., a las partes les incumbe probar los supuestos de hecho de las normas jurídicas cuya aplicación están solicitando; de tal manera que ellas soportan las consecuencias de su inactividad, de su descuido, inclusive de su equivocada actividad como probadoras. El juez tiene, innegablemente, la calidad de protagonista de la actividad probatoria, pero muy pocas veces conoce la realidad como las partes; de tal manera que si éstas no solicitan pruebas, no hacen lo posible para que se practiquen, solicitan algunas que resultan superfluas, no despliegan toda la actividad deseada en su diligenciamiento (por ejemplo, si no interrogaron al testigo sobre hechos que solo ellos saben y que les hubiera permitido sacar adelante el proceso en su favor), sufren las consecuencias”¹⁷².

Son las partes quienes conocen la realidad de sus afirmaciones, es por ello que, por regla general, corresponde al demandante y demandado acreditar los hechos que cimientan su pretensión o excepción, respectivamente. No pueden las partes conformarse con enunciar los hechos, sino comprobar los mismos, su negligencia o descuido en materia probatoria conlleva una sanción. En el proceso civil, al juez no le es permitido suplir esa inactividad probatoria mediante la prueba de oficio, no es dable al

¹⁷¹ ROCCO, Ugo. Op. cit., p. 341.

¹⁷² PARRA Quijano, Jairo (2011), Op. cit., p. 5 y 6.

juez traer al proceso nuevas pruebas, sino verificar las afirmaciones de las partes, mediante los elementos que constan en autos.

8.3. Unidad de la Prueba.

Nos dice Devis Echandía que la “consecuencia de la unidad de la prueba es su comunidad”¹⁷³. “No importa quién aporte una prueba o por iniciativa de quién se practique, la prueba es literalmente <expropiada para el proceso> y se pierde cualquier disponibilidad que sobre ella se haya podido tener. Las partes o los sujetos procesales en términos generales, tienen la tendencia a referirse a las pruebas invocando una supuesta propiedad o disponibilidad; esto no es cierto cuando son aportadas o practicada en el proceso. <Mi prueba> (término usado por el sujeto correspondiente), se transforma una vez en el proceso en prueba de él. Pero, no solamente el aspecto externo de la prueba es adquirido para el proceso, también lo es el resultado de la actividad probatoria de cada parte, y no se puede pretender que las pruebas se aprecien en lo favorable a la parte que la peticiónó o la aportó”¹⁷⁴.

En palabras de Fábrega¹⁷⁵ el Juez debe tomar en cuenta ilimitadamente la prueba, a favor, o en contra de cualquiera de las partes, abstracción de quién la aportó. La prueba es común a las partes (obviamente, la circunstancia de que sea aportada por una parte puede incidir a su valoración, pero ello no significa que solo pueda beneficiar a dicha parte). Afecta a todos según su valor objetivo (a lo menos, en abstracto), independientemente del fin que persiguió la parte que la aportó. No se puede renunciar a una prueba que ha sido incorporada al proceso, ni siquiera con el consentimiento de la parte contraria, ya que la prueba tiene valor o carece de él y que lo que caracteriza la prueba es su elemento intelectual y no volitivo.

¹⁷³ DEVIS Echandía, Hernando (1988). Op. cit, p. 17.

¹⁷⁴ PARRA Quijano, Jairo (2011). Op cit., p. 69.

¹⁷⁵ FÁBREGA Ponce, Jorge (T. II, 2004). Op. cit., p. 866.

Devis Echandía explica que este principio “determina la inadmisibilidad de la renuncia o desistimiento a la prueba ya recibida”¹⁷⁶. “En aplicación de este principio no se puede desistir de la prueba practicada; no se puede estar tan sólo (sic) a lo favorable de la declaración de un testigo, ya que ésta afecta conjuntamente a las partes, tanto en lo favorable como en lo desfavorable. En otras palabras, este principio consiste en sustraer las pruebas de la disposición de las partes, para ser adquiridas objetivamente para el proceso. Cuando la prueba no se haya practicado puede ser desistida, pero el juez la puede decretar de oficio si la considera necesaria”¹⁷⁷.

La importancia del principio de unidad de la prueba radica en que “el juez le corresponde dar por establecidos los hechos en relación con los cuales exista armonía o concordancia entre los distintos medios de probatorios”¹⁷⁸.

En cuanto a la consecuencia de la prueba expone Devis Echandía “que cuando se acumulan o reúnen varios procesos en cualquiera de ellos vale en todos, porque si el juez adquiere convicción sobre un hecho común a las diversas causas, sería absurdo que los efectos de esa convicción dejaran de aplicarse a ellas, a pesar de que se resuelven por una sola sentencia”¹⁷⁹. Indica además, que esta tesis ha sido acogida por la Corte y la doctrina.

Afirma Fábrega¹⁸⁰ que vinculado al principio de comunidad de la prueba se encuentra el de la “indivisibilidad”. Así, el artículo 885 del Código Judicial, hace referencia al mismo, al establecer que “La prueba que resulte de los documentos públicos o privados es indivisible y comprende aun lo meramente enunciativo, siempre que tenga relación directa con lo dispositivo del acto o contrato”.

¹⁷⁶ DEVIS Echandía, Hernando (1988). Op. cit., p. 17.

¹⁷⁷ PARRA Quijano, Jairo (2011), Op. cit., p. 70.

¹⁷⁸ AZULA Camacho, Jaime (2015), Op. cit., p.7.

¹⁷⁹ DEVIS Echandía, Hernando (1988). Op. cit., p. 17.

¹⁸⁰ FÁBREGA Ponce, Jorge (T. II, 2004). Op. cit.,p. 867.

Para Jairo Parra Quijano, “cuando se regla que el juez (el funcionario) expondrá siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba, no cabe duda que se consagra el método analítico, es decir, el estudio individualizado de cada medio probatorio, las inferencias que se hacen y las reglas de la experiencia que se aplican. Este método de estudio, explicado en la providencia, muestra al justiciable y a la sociedad la manera ponderada y cuidadosa cómo el funcionario estudia las pruebas. Permite, igualmente, a las partes observar qué medio de prueba fue mal evaluado, para poder utilizar los recursos. Una vez que se hace el estudio anterior se procede a evaluar las pruebas en conjunto, haciendo una unión intrínseca. En efecto, en un proceso no solo se recauda o aporta una prueba, sino que es normal que aparezcan varias, inclusive de la misma especie; en todos esos casos la necesidad una prueba, sino que es normal que aparezcan varias, inclusive de la misma especie; en todos esos casos la necesidad de estudiar la prueba como un todo, salta a la vista, estudio que se debe hacer buscando las concordancias y divergencias, a fin de lograr el propósito indicado”¹⁸¹.

Señala Jorge Fábrega Ponce¹⁸², que todos los elementos probatorios integran una unidad y el Juez debe analizar los medios aisladamente y comprobar hasta qué punto coincide y en qué puntos divergen y examinar la relación interna entre ellos y apreciarlos globalmente. Este principio no autoriza la práctica de algunos tribunales de valerse de alguna expresión para no analizar cada medio de prueba, como en ocasiones se hace al limitarse a expresar en la sentencia: Examinados los distintos elementos aportados al proceso, el tribunal llega a la conclusión.

Señala Devis Echandía que, “generalmente, las pruebas que aporta a los procesos son múltiples: a veces los medios son diversos (testimonios, indicios, documentos, etc); generalmente, hay varias pruebas de una misma clase (varios testimonios o documentos, etc.). Significa este principio que el conjunto probatorio del proceso forma

¹⁸¹ PARRA Quijano, Jairo (2011), Op. cit., p. 7.

¹⁸² FÁBREGA Ponce, Jorge (2004), Op. cit., p. 868.

una unidad, y que, como tal, debe ser examinado y apreciado por el juez, para confrontar las diversas pruebas, puntualizar su concordancia o discordancia y concluir sobre el convencimiento que de ellas globalmente se forme”¹⁸³.

La unidad de la prueba implica que la misma debe ser analizada en conjunto, pero sin descuidar el análisis individualizado de cada uno de los elementos que lo componen, puesto que esta tarea es la que permite determinar si cada medio fue valorado efectuando un raciocinio adecuado a los elementos que le constituyen conforme a las reglas de la sana crítica, como criterio evaluador. Este ejercicio no solo facilita la labor del juzgador, sino que permite determinar a las partes, la concreta evaluación de cada medio y en caso de disconformidad con la decisión, poder debatir por medio de los recursos que la ley le concede un inadecuado análisis de cada medio concreto.

Si el juez observa que de esas múltiples pruebas que fueron presentadas en el proceso, por las partes, existe una o varias que requieren ser repetidas, ampliadas o lograr su perfeccionamiento, debe ordenar la prueba de oficio a fin de verificar las afirmaciones de las partes.

En nuestro ordenamiento procesal civil, los artículos 814, 710, 801, 788 del Código Judicial, son un claro ejemplo del principio de comunidad de la prueba, al señalar lo siguiente: “Artículo 814. La parte que ha propuesto una prueba no puede renunciar a ella, salvo que la parte opositora o el juez lo autorice. La respectiva resolución es irrecurrible”.

¹⁸³ DEVIS Echandía, Hernando (1988), Op. cit., p. 16-17.

En este mismo sentido el artículo 710 del Código Judicial nos indica que “El escrito en que se interpone un incidente no requiere formalidad especial. Bastará con que se indique lo que se pide, los hechos en que se funda y las pruebas que se acompañan o aducen. En caso de que las pruebas obren en el expediente principal, basta con que el incidentista las mencione, sin necesidad de que sean aportadas en el cuaderno de incidente. No obstante a ello, el juez debe tomar en cuenta cualquier prueba que repose en el expediente principal aunque no haya sido identificada o mencionada por las partes”.

Es así, como el artículo 801 del Código Judicial señala que “En el expediente principal, el juez apreciará las pruebas aportadas en los incidentes que se hayan promovido con anterioridad al vencimiento del período en que se aducen pruebas; de igual manera el juez, al decidir los incidentes, apreciará las pruebas practicadas que ya existan en el expediente principal o en un cuaderno referente a otro incidente”.

El hecho de que de acuerdo con el artículo 788 del Código Judicial, “las pruebas de cada parte figurarán en cuaderno separado (...)”, no impide la comunidad de la prueba, ya que esta disposición obedece a un mejor orden en la tramitación del proceso.

Finalmente, la comunidad de la prueba supone que con independencia de quien fue la parte que la incorporó al proceso, debe ser examinada íntegramente y es un elemento del proceso, por lo que su valoración puede ser utilizada en lo favorable y desfavorable para cada una de los litigantes; no siendo dable la posibilidad de renunciar a pruebas que fueron válidamente incorporadas al proceso en las oportunidades y en las formas previstas por la disposición vigente. Es por ello, que Devis Echandía es claro en establecer que es de tal principio que emana la inadmisibilidad de renuncia o desistimiento de la prueba ya recibida en el proceso; agregando Parra Quijano, que esto

conlleva a la sustracción de las pruebas incorporadas al proceso del poder de disposición de las partes, aunque la hayan aportado, puesto que es parte del proceso mismo; siendo únicamente admisible la posibilidad de desistir de la prueba no practicada, lo cual no es óbice para que, si el juez lo estima oportuno en el ejercicio de sus facultades legales, pueda ser practicada de oficio.

8.4. Igualdad de Oportunidades para la Prueba.

Este principio como ya se ha señalado con anterioridad se encuentra regulado en el artículo 19 y 20 de la Constitución Política de la República de Panamá, el artículo 469 del Código Judicial, el artículo 1 del Código Civil, artículo 7 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el artículo 199 del CJ., sobre deberes de los magistrados y jueces, en su ordinal 8, preceptuaba: “Hacer efectiva la igualdad de las partes”. Principio universal que también corresponde con el derecho que tienen las partes a probar su derecho. Esta última norma ha sido derogada recientemente por la Ley 53 de 27 de agosto de 2015, no obstante, ésta ley en su artículo 119 al referirse a los deberes en general de los magistrados y jueces mantiene igual disposición al indicar que es un deber “Hacer efectiva la igualdad de las partes en el proceso y obrar con legalidad y seguridad”.

En este sentido, nos indica el Doctor Fábrega que “significa las mismas oportunidades para aportar pruebas. Ejemplos: a) El demandante y el demandado pueden, en idénticas condiciones, aducir o acompañar pruebas con la demanda o con la contestación; b) El término para aducir pruebas es común a las partes y dentro de él pueden las partes, en igualdad de condiciones, presentar o aducir pruebas en el respectivo término; c) Los trámites de traslado de las pruebas son iguales para las partes, lo mismo que las oportunidades para formular las objeciones que estimen procedentes;

d) El procedimiento para la práctica de pruebas es igual y común para las partes”¹⁸⁴.

En palabras del Doctor Fábrega, esa igualdad “es fundamentalmente formal, pero no totalmente real, ya que las desigualdades económicas trascienden al aspecto probatorio del proceso. La parte más débil tiene dificultades para compensar a los testigos los gastos de traslado, en caso de comisiones para la práctica de pruebas en lugares distantes o en el extranjero sus abogados no están en la misma condición para viajar y participar en la práctica de pruebas ante el Juez comisionado, de contratar los servicios de peritos y asesores técnicos altamente calificados y de prestigio profesional, consignar la caución requerida para la <diligencia exhibitoria>, obtener copia, en papel sellado, de todos los documentos públicos que necesite, etc. El problema del costo del proceso y que aún no se ha solucionado totalmente en los ordenamientos jurídicos”¹⁸⁵.

Indica Gómez Lara, que este principio “significa que las partes dispongan de las mismas oportunidades para presentar o pedir la práctica de pruebas y constituye, en nuestra opinión, solo una aplicación del principio de igualdad de las partes, que debe regir, a lo largo de todo el proceso, para la etapa de la prueba”¹⁸⁶. Es decir, que este principio no es otra cosa que la materialización, en las oportunidades probatorias que consagra la ley, del principio general de igualdad de las partes que se aplica durante todas y cada una de las fases del procedimiento y no exclusivamente en las relativas a las pruebas.

La igualdad de oportunidades para la prueba conlleva tener similares facultades de incorporar pruebas, en las etapas o fases que la ley lo permite de forma expresa, como en los escritos de demanda y contestación de demanda, excepciones, en los términos comunes de prueba, el ejercicio de las objeciones en el traslado de las pruebas

¹⁸⁴ FÁBREGA Ponce, Jorge (T. II, 2004). Op. cit., p. 869.

¹⁸⁵ FÁBREGA Ponce, Jorge (T. II, 2004). Op. cit., p. 869.

¹⁸⁶ GÓMEZ Lara, Cipriano (2005). Op. cit., p. 92.

y la aplicación del mismo procedimiento para la práctica de las pruebas del proceso.

El juzgador debe lograr un equilibrio no solo en la oportunidad de presentación de pruebas, en su práctica y en contradecir las mismas sino en el conocimiento claro de los hechos que se pretenden demostrar con esos medios de prueba. Por ello, le es permitido el decreto de pruebas de oficio para garantizar más allá de la igualdad probatoria, la equidad procesal sobre la cual nos referiremos más adelante.

8.5. Contradictorio de la Prueba.

El principio del contradictorio en la prueba “es una aplicación concreta del principio general de la <bilateralidad de la audiencia> (adversary system), ya que inhibe al Juez fundar su decisión en una prueba cuya proposición, acogimiento o práctica no ha sido comunicada a la parte contraria, y que no se le ha dado oportunidad para que intervenga en ella. La prueba debe practicarse con conocimiento del opositor, de suerte que tenga oportunidad de objetarla, una vez propuesta, y de intervenir en su práctica y fiscalizarla formulando las observaciones que estime procedentes, en la fase de la admisión, ejecución y valoración de la misma. El art. 545 del C.3 colombiano, que nos rigió hasta 1917, era explícito: <Las pruebas han de practicarse ante el Juez de la causa y con citación de la parte contraria>”¹⁸⁷.

Enseña Fábrega que el contradictorio requiere que “el Juez funde su convicción en medios aportados al proceso, susceptibles de contradictorio y revisión por el superior jerárquico en virtud de recurso”¹⁸⁸.

Una expresión del principio contradictorio en materia probatoria se aprecia en la

¹⁸⁷ FÁBREGA Ponce, Jorge (T. II, 2004). Op. cit., p. 870.

¹⁸⁸ Ibídem, p. 864.

posibilidad de que cuando el juez tome una decisión conforme a la valoración de los medios incorporados en el proceso se puedan debatir dicho análisis y someter a una revisión por parte de sus superiores jerárquicos, a través de los recursos que puedan impetrar las partes cuando sientan una afectación de sus intereses sustanciales. Esta facultad no solo se limita a la posibilidad de ejecutar mecanismos de impugnación específicos, sino los genéricos para lo cual puede ejercitarse en cada oportunidad que la ley conceda para ello; razón por la cual es de suma importancia la publicidad del medio y que su incorporación no conlleve una vulneración del mismo, puesto que impediría aquél.

Afirma Parra Quijano que “la parte contra la cual se postula, se apone o aporta una prueba, debe conocerla, y ella (la prueba) no se puede apreciar si no se ha celebrado con audiencia o con conocimiento de esa parte. Al proceso no pueden ingresar pruebas en forma subrepticia, escondida, o a espaldas de la contraparte”¹⁸⁹.

Respecto al contradictorio, Fábrega señaló que dicho principio “en la prueba no es un fin en sí mismo; es un medio para que el proceso se cumpla a sí mismo. Tiene un carácter instrumental; es una garantía para el adversario, pero sobre todo un auxilio para el Juez, con el objeto de que la parte contraria se pueda defender de las maniobras de la contraparte y la prueba sea lo más fiel y auténtica posible. La propia parte puede estar presente en la recepción de la prueba, para que sea más efectivo el contradictorio, pero solo el apoderado o un vocero, pueden intervenir en la diligencia. Este principio rige en la misma amplitud, respecto a la prueba que de oficio decreta el tribunal”¹⁹⁰.

Nuestro Código Judicial, entre sus normativas, contempla claros ejemplos de manifestaciones de este principio del contradictorio, entre éstas: artículos 787, 795 del Código Judicial, al establecer:

¹⁸⁹ PARRA Quijano, Jairo (2011).Op. cit., p. 70.

¹⁹⁰ FÁBREGA Ponce, Jorge (T. II, 2004). Op. cit., p. 870.

Así el artículo 787, indica que “No habrá reserva de las pruebas. El secretario deberá mostrar a cualquiera de las partes, siempre que lo solicite, las pruebas de la contraria y también las que se hayan evacuado a petición de la solicitante. Por su parte, el artículo 795, señala que “Las pruebas practicadas en un proceso seguido en el país, podrán aportarse en copia a otro proceso, en el que se apreciarán siempre que la prueba en el primer proceso se haya practicado con audiencia de la parte contra quien se aduce y haya precluido la oportunidad para impugnarla”.

Nos dice Fábrega que “es de notar que el principio contradictorio no siempre aparece en pie de igualdad, ya que mientras que el demandante tiene la carga de la afirmación de los hechos, de la cual el Juez no puede salirse, el demandado no la tiene en el mismo grado, toda vez que puede permanecer silente y ello no obstante el Juez puede y, más concretamente debe, reconocer hechos exceptivos no afirmados por el demandado, siempre que, naturalmente, se encuentren probados”¹⁹¹.

“Tanto a la luz del derecho nacional como del derecho comparado se advierten, hasta cierto punto, ciertas excepciones al principio del contradictorio, a través de distintas manifestaciones. Por un lado, se permite el medio de informes de las autoridades administrativas (v. gr.: investigaciones realizadas por el Departamento de Seguridad del Cuerpo de Bomberos, de Aeronáutica, etc.), que contienen material probatorio, y que con frecuencia se han practicado sin intervención de las partes. Lo mismo ocurre con la prueba pericial, en que se permite, a través de cambio jurisprudencial, en algunos países, y de reformas a la Ley, en el nuestro, que se alleguen al expediente pruebas además del dictamen y otros datos recibidos sin contradictorio. Por otra parte, mediante la creación de numerosos <procesos monitorios>, se permite la incorporación de prueba sumaria, que mantiene toda su eficacia probatoria aun cuando

¹⁹¹ FÁBREGA Ponce, Jorge (T. II, 2004). Op. cit., p. 871.

dicho proceso se convierta (en caso de impugnación por una de las partes) en proceso ordinario”¹⁹². Lo anterior, tiene vigencia en los artículos 851 y 893 del Código Judicial.

El artículo 793 del Código Judicial que regula la prueba de oficio en nuestro procedimiento civil, nada dice respecto al principio contradictorio. No obstante, el artículo 794 de dicha excerta legal, establece que “en todo caso en que se ordene de oficio la práctica de pruebas, el juez observará las reglas establecidas en el Título VII de este Libro para cada medio probatorio”. De lo que se desprende que le es aplicable no solo el principio contradictorio, sino todos aquellos principios que rigen el proceso civil de manera general y los principios probatorios. La intervención de las partes en la prueba de oficio, es innegable.

Se traduce, pues, este principio en el conocimiento que debe existir entre las partes de los actos procesales y la comunicación en materia de pruebas, a ambas partes; es decir, tanto el demandante como el demandado deben tener la oportunidad de contradecir las pruebas presentadas por la parte contraria en el proceso, debe existir igualdad de oportunidades en materia probatoria.

8.6. Preclusión de la Actividad Probatoria.

En cuanto a la preclusión de la actividad probatoria, “la Ley señala las fases procesales en que las partes pueden proponer pruebas. Demanda, contestación, período probatorio y una vez vencidos los períodos correspondientes, las partes no pueden incorporar o exigir que se incorporen pruebas en el proceso. Si las partes propusieren pruebas extemporáneamente, el secretario no debe recibirlas; y si el Tribunal, por error, ordenare su recepción y se agregaren al expediente, el Juez debe desconocerle valor en

¹⁹² Ibídem.

la sentencia”¹⁹³. Se trata de un requerimiento de términos, orden que debe ejercerse oportunamente.

Chiovenda al referirse al concepto y objeto de la Preclusión indicó que “El ordenamiento jurídico no se limita a regular cada una de las diferentes actuaciones procesales, su forma y su conjunto, sino que regula su sucesión en la relación procesal; de aquí nace un orden legal en los actos procesales. Lo que se propone el legislador es dar la mayor precisión al proceso, hacer posible la declaración definitiva de los hechos y garantizar su rápida ejecución. Entiendo por preclusión la pérdida, o extinción o caducidad de una facultad procesal, que se produce por el hecho: a) o de no haberse observado el orden señalado por la ley para su ejercicio, como los términos perentorios o la sucesión legal de las actuaciones o de las excepciones; b) o por haberse realizado un acto incompatible con el ejercicio de la facultad, como la proposición de una excepción incompatible con otra, o la realización de un acto incompatible con la intención de impugnar una sentencia; c) o de haberse ejercitado ya una vez válidamente la facultad (consumación propiamente dicha)”¹⁹⁴.

El artículo 792 del Código Judicial guarda relación con el principio de preclusión probatoria al establecer que, “para que sean apreciadas en el proceso las pruebas deberán solicitarse, practicarse o incorporarse al proceso dentro de los términos u oportunidades señaladas al efecto en este Código. Sin embargo, las pruebas incorporadas en el expediente que se hayan practicado con intervención de las partes, ya vencido el término probatorio, siempre que hayan sido ordenadas por resolución ejecutoriada, serán consideradas en la decisión. Se podrán considerar en la decisión las pruebas practicadas con intervención de las partes en los casos en que se declare la nulidad de lo actuado sin que el vicio que causó la nulidad haya ocurrido en la práctica de las pruebas. Del mismo modo, podrán utilizarse en el proceso, las pruebas practicadas

¹⁹³ *Ibidem*, p. 873.

¹⁹⁴ CHIOVENDA, Giuseppe (2001). *Op. cit.*, p. 525.

con intervención de las partes en un proceso anulado y cuya práctica no haya incidido en la declaratoria de nulidad”.

Afirma Fábrega que “el carácter preclusivo de la fase probatoria no deja de causar injusticias, ya que impide que por errores o negligencia del apoderado de la propia parte, el Juez no tome en cuenta medios valiosos, pero es indispensable en aras del desarrollo, estabilidad y rapidez del proceso. Este principio tiene excepciones: a) pruebas practicadas en el expediente incorporado con intervención de las partes, ya vencido el término probatorio, siempre que hayan sido ordenadas por resolución ejecutoriada, serán consideradas en la decisión; b) cuando se acumulen procesos; c) pruebas documentales pedidas y decretadas en tiempo pueden ser incorporadas posteriormente, aun en segunda instancia; d) pruebas practicadas por conducto del Juez, que lleguen al Juez comitente con posterioridad al vencimiento del término probatorio; en los supuestos de intervención ad excludendum, que permite al tercero aducir pruebas, aun vencido el término de proponer pruebas; e) el caso que hubiera aquiescencia de la parte contraria o se hubiera dado contradictorio, teniendo en cuenta las circunstancias del caso; f) cuando se reclamen pretensiones posteriores, caso en el cual se pueden incorporar pruebas sobre nuevos hechos o situaciones, y de pruebas de oficio que puedan decretarse después de vencido el término probatorio. Incluso, en los casos de supuestos de sustracción de materias”¹⁹⁵.

El principio de preclusión también se aplica en materia probatoria, como lo expone Fábrega, la ley establece concretamente las fases y oportunidades con que las partes cuentan para incorporar al debate procesal los medios de pruebas que estiman permitirán acreditar sus pretensiones e incluso desvirtuar las de su contraparte. Entre las cuales se encuentran la presentación de la demanda, la contestación de la demanda y el período probatorio con que cuente el proceso; siendo cualquier otra oportunidad

¹⁹⁵ FÁBREGA Ponce, Jorge (T. II, 2004). Op. cit., p. 874.

ineficaz para ello, por lo que las mismas se sancionan por extemporáneas y sobre estas últimas no es dable al juez, emitir una valoración por tal motivo.

Respecto a estas excepciones tenemos en nuestro ordenamiento el artículo 796 que señala que “Transcurrido el término ordinario o extraordinario de prueba, seguirán los trámites del proceso respectivo; ***pero las pruebas documentales pedidas y ordenadas practicar o cualesquiera de las practicadas por comisión, dentro de los respectivos términos, se agregarán al proceso en cualquier tiempo, con tal que no se haya dictado sentencia.*** Si ello ocurriere, siempre se agregarán las pruebas para que sean estimadas en el fallo de segunda instancia, en caso de apelación o consulta”.

En este orden, el artículo 604 del Código Judicial, también es otro ejemplo de las excepciones antes citadas. Dicha norma establece que “quien pretenda, en todo o en parte, la cosa o el derecho controvertido, podrá intervenir formulando su pretensión frente a demandante y demandado, para que en el mismo proceso se le reconozca. La oportunidad de tal intervención ***precluye*** con la sentencia de primera instancia. El interviniente deberá presentar demanda con los requisitos legales, que se notificará a las partes o a sus apoderados como dispone este Código para toda demanda, y de ella se dará traslado por el término señalado para la demanda principal. El auto que acepte o niegue la intervención, es apelable en el efecto devolutivo. ***Si el término de prueba estuviere vencido y en la demanda del interviniente o en las respuestas de las partes se solicitare la práctica de pruebas, se fijará uno adicional que no podrá exceder de aquél, a menos que demandante y demandado acepten los hechos alegados y éstos sean susceptibles de prueba de confesión.*** La intervención se tramitará conjuntamente con el proceso principal, y con ella se formará cuaderno separado”.

Nos enseña este principio, que una vez finaliza el plazo, precluye la oportunidad

de presentar la prueba o su práctica, ya que no se repite y el proceso continúa.

8.7. Publicidad de las Pruebas.

Los abogados y las partes tienen el derecho de examinar los expedientes, de observar las pruebas presentadas por la parte contraria, presentar pruebas, objetar las presentadas o contradecirlas, participar en la práctica de pruebas. Así lo prescribe nuestro ordenamiento procesal civil. El artículo 787 del Código Judicial señala que “no habrá reserva de las pruebas. El secretario deberá mostrar a cualquiera de las partes, siempre que lo solicite, las pruebas de la contraria y también las que se hayan evacuado a petición de la solicitante”.

“En un sistema como el nuestro, derivado directamente del derecho italo-canónico, en que la prueba no se recibe en audiencia, la publicidad de la prueba no es completa, y la refiere sólo (sic) a las partes, no al público. Sin embargo, constituye un avance sobre el sistema romano canónico, en el cual ni las propias partes tenían derecho a presenciar la recepción de la prueba –véase Engelman, A history of continental civil procedure, book III, capítulo IV- El sistema francés prerrevolucionario del secreto en la asunción de la prueba testimonial príncipe du secret de 1 enquête, no se da hoy en ningún ordenamiento conocido. En su verdadero sentido, la publicidad requiere que no sólo (sic) las partes, sino el público tenga oportunidad real y efectiva de presenciar la recepción de la prueba que los alemanes denominan <publicidad inmediata>, lo cual se desdibuja ante un sistema como el nuestro, de aportación y recepción de pruebas mediante escritos, en que a lo máximo que se puede llegar es a una <publicidad mediata>”¹⁹⁶.

¹⁹⁶ FÁBREGA Ponce, Jorge (T. II, 2004). Op. cit., p. 875.

De acuerdo con Fábrega, si bien en un sistema como el panameño se habla de un principio de publicidad de las pruebas, destinado a las partes y no al público en general, el mismo no es del todo eficaz, puesto que al tener un origen en el proceso romano canónico, las oportunidades procesales no se concentran en una audiencia, sino en otro tipo de actuaciones. Destaca, el autor, que si bien constituye un avance de gran importancia en el desarrollo del proceso, el sistema adoptado lo más que puede garantizar es una publicidad mediata y no inmediata por no estar las partes presentes en las oportunidades de incorporación, como ocurriría en un acto concentrado y contradictorio de una audiencia.

Para Gómez Lara, la publicidad de la prueba “implica la posibilidad de que las partes y terceras personas puedan reconstruir las motivaciones que determinaron la decisión judicial; en otras palabras, que el examen y las conclusiones del juez sobre la prueba deban ser conocidas por las partes y estar al alcance de cualquier persona que se interese en ello”¹⁹⁷. Afirmar Devis Echandía¹⁹⁸ que este principio se relaciona también con el de la motivación de las sentencias.

Al igual de Lara, Parra Quijano afirma que “la prueba puede y debe ser conocida por cualquier persona; ya que, proyectada en el proceso, tiene un carácter social. Este principio se cumple, por sobre todo, con la motivación de la sentencia. Pero, para que resulte esa adhesión del grupo social, como consecuencia de la publicidad, aquella debe estar redactada de tal manera que se le dé mucha importancia a los fundamentos de hecho y a las pruebas, que es sobre lo que se puede ejercer el control democrático. En efecto, la mayoría de la gente, por no decir todo el mundo, entiende si los hechos se explican bien, y la prueba pertenece a la esfera de lo razonable. El hombre se presume racional, por tanto sobre ella y por sobre todo en relación con ella, es que se puede

¹⁹⁷ GÓMEZ LARA, Cipriano. Op. cit, p. 92.

¹⁹⁸ DEVIS Echandía, Hernando (1988). Op. cit., p. 20.

hablar de publicidad y de socialización del convencimiento judicial”¹⁹⁹.

La publicidad en materia probatoria consiste en observar y en estar en contacto con las pruebas presentadas por la parte contraria y también implica la exigencia en su valoración mediante una debida motivación. Este principio responde también a un fin muy importante en la administración de justicia como lo es la transparencia de lo actuado, tanto frente a las partes, a los terceros, a los abogados y a la sociedad en general.

8.8. No Valerse las Partes de sus Propias Pruebas.

Fábrega al referirse al procedimiento civil indica que “la prueba ha de proceder de la parte contraria o de terceros. El Código, y más que el Código, la jurisprudencia como regla, no permite que la parte pueda crear y aportar dicha prueba en su favor, salvo específicas excepciones establecidas en la Ley. La parte no puede ofrecerse a sí misma ‘*in sua causa*’ para concurrir a declarar. Los documentos privados han de proceder de terceros o de la contraparte. Tal sistema contrasta, sin embargo, con el derecho anglosajón, en el cual la parte puede comparecer ‘*sua sponte*’ y declarar en su favor, caso en el cual el juzgador aprecia libremente la prueba. La declaración de parte, en nuestro ordenamiento judicial, se puede decretar de oficio o a petición de la otra parte pero no a iniciativa del propio interesado”²⁰⁰.

Resulta muy importante anotar que si bien, todas las pruebas presentadas en juicio forman parte del debate, la expresión del principio de no valerse las partes de sus propias pruebas, se sustenta en la jurisprudencia y en la legislación vigente. Las restricciones que se aprecian en el sistema procesal patrio se encuentran en aspectos como la incorporación de documentos privados, solo puede darse de aquellos que

¹⁹⁹ PARRA Quijano, Jairo (2011).Op. cit., p. 9.

²⁰⁰ FÁBREGA Ponce, Jorge (T. II, 2004). Op. cit., p. 875.

proviene de terceros o de la contraparte (artículos 856, 871), no permitiendo la incorporación a aquellos emanados de la parte que los intenta hacer valer; y la imposibilidad de aducir su propia declaración, siendo únicamente aceptable la incorporación de la declaración de la contraparte (artículo 903 del C.J.), lo que es una limitante, al no poder evacuarse y considerarse en conjunto con los demás medios de pruebas incorporados al expediente.

8.9. Inmediación en la Prueba.

Gómez Lara señala que “los principios de inmediación y de dirección del juez en la producción de la prueba denotan que éste debe ser quien dirija, de manera personal, sin mediación de nadie, la producción de la prueba. Éste, desde luego, implica variaciones en cuanto a que el proceso tienda hacia la escritura o hacia la oralidad, y es obvio que en este último tales principios de inmediación y de dirección del juez en la prueba se cumplirán más cabalmente”²⁰¹.

De acuerdo con Fábrega “el Juez debe practicar la prueba de modo que la perciba directamente. El Código consagra este principio, atemperado, como sigue. Las pruebas han de practicarse ante el tribunal de la causa; pero esto no se opone a la práctica de ellas por medio de Juez comisionado, cuando sea necesario. Debemos advertir que al no consagrar el Código el sistema de prueba en audiencia, la inmediación es más bien teórica que real, por cierto, aferrados a la ficción de la inmediación en el proceso ordinario, no se admiten leyes que, en cierta forma puedan contribuir al descongestionamiento de los tribunales”²⁰².

El Doctor Fábrega se refiere a la Inmediación y la Oralidad y señala que “en

²⁰¹ GÓMEZ Lara, Cipriano. Op. cit., p. 92.

²⁰² FÁBREGA Ponce, Jorge (T. II, 2004). Op. cit, p. 880.

relación con este principio, es preciso distinguir la cuestión de la inmediación con la cuestión de la oralidad. A pesar de la aproximación entre ellas, se trata de dos figuras distintas. Un sistema puede ser oral, pero no tener inmediación, ya que se designa un juez instructor que una vez que substancia el proceso, lo remite a un tribunal colegiado, que falla (v.gr.: el Juez instructor italiano para ciertos casos y el master del sistema norteamericano). En ese sistema hay oralidad, sin inmediación, porque el Juez que falla no es el que ha recibido la prueba. Algunos autores, debido a la coexistencia entre inmediación y oralidad, por un lado, y mediación y escritura, por otro, confunden estos principios, de naturaleza distinta. La oralidad es una forma de los actos procesales; la inmediación es una forma de recepción de la prueba”²⁰³.

Para Parra Quijano “la percepción del juez, cuando participa en la producción de la prueba, no debe ser de simple registro (pensamiento en situación), sino en acto, es decir que todas las sentencias estén <esclavizadas por atención>, para que pueda ir controlando y relacionando lo que el medio va poniendo de presente, y cuando llegue el momento de valorar la prueba, ésta sea el resultado de una actividad preparada y no un acto súbito y apresurado”²⁰⁴.

Devis Echandía sostiene que “la inmediación permite al juez una mejor apreciación de la prueba, especialmente en materia de testimonios, inspecciones judiciales, indicios, interrogatorios a las partes y a los peritos. Pero, este principio significa, también, que el juez no debe permanecer inactivo, no hacer el papel de simple órgano receptor de la prueba, sino que debe estar provisto de facultades para intervenir activamente en su práctica. Sólo (sic) así puede decirse que el juez es el director del debate probatorio. Es el complemento indispensable de la inmediación”²⁰⁵.

²⁰³ *Ibidem*, p. 905.

²⁰⁴ PARRA Quijano, Jairo (2011). *Op. cit.*, p. 68.

²⁰⁵ DEVIS Echandía, Hernando (1988). *Op. cit.*, p. 20.

La inmediación es una expresión del control del proceso que ha mantenido el juez durante las fases del procedimiento, en especial las de producción probatoria y cuya máxima exteriorización se aprecia en el emisión de la sentencia, en la que expone una valoración de los medios de pruebas que conforman el proceso; por lo que la misma no es una mera actuación pasiva de espectador, sino una actividad preparada y motivada, como expone Parra Quijano. Por su parte, Devis Echandía, refiere que la inmediación permite un contacto del juzgador con el medio de prueba que garantiza la apreciación de la prueba de una forma integral y destaca el carácter activo que debe asumir en la práctica de éstos, pues sobre él recaen las facultades de director del debate probatorio.

En nuestro ordenamiento procesal civil, el juez tiene el deber de recibir él mismo, las pruebas que las partes presenten o aduzcan, ya sea en la demanda, contestación, reconvención, excepciones, incidentes, entre otros. Esto le permite al Juez tener contacto directo con los hechos objeto del debate y cumple con la facultad de dirección del proceso. El juez civil, en primer término, decide sobre la admisibilidad de las pruebas y luego en su práctica; interviene activamente en la práctica de las mismas y para ello la ley lo faculta, es el director en dicha contienda probatoria con la potestad de decretar pruebas de oficio cuando sea necesario.

8.10. Presunciones o Prueba por Indicios.

Indica Gómez Lara que la presunción es “el mecanismo del razonamiento, como el raciocinio por el cual se llega al conocimiento de hechos desconocidos partiendo de hechos conocidos. Por la prueba presuncional, entonces, se llega al conocimiento indirecto de los hechos controvertidos, independientemente de que se desconozcan, de que no se pueda comprobar directamente su existencia. Desde luego, como inferencias, como conclusiones, las presunciones pueden no verse correspondidas en la realidad con

la certeza con que se asumen. De aquí que las presunciones siempre impliquen márgenes de incertidumbre, probabilidades de error. La prueba presuncional así llamada no es más que un método reconstructivo de inferencia o de deducción de los hechos materia de la controversia”²⁰⁶.

A juicio de Gómez Lara, la presunción constituye una expresión del pensamiento racional que supone la determinación de hechos no acreditados, a través del análisis de aquellos que sí han sido debidamente conocidos en el transcurso del proceso. Se entiende que es un conocimiento indirecto, puesto que no se deriva propiamente de un elemento de convicción, sino de un ejercicio mental del juzgador; por lo que no reviste la condición de un conocimiento certero, sino que mantiene cierto nivel de probabilidad, lo cual permite margen al error, por basarse en mecanismos de inducción o inferencias.

De acuerdo con Chiovenda, “Las presunciones de que tratamos aquí son únicamente las denominadas ‘*praesumptiones hominis (o facti)*’, es decir, aquellas de las que se sirve el juez como hombre durante la litis para formarse su convencimiento, de modo análogo a como haría cualquier razonador fuera del proceso. Cuando, según la experiencia que tenemos del orden normal de las cosas, un hecho es causa o efecto de otro hecho, o le acompaña, conocida la existencia de uno de los dos hechos, presumimos la existencia del otro. La presunción es, por consiguiente, un convencimiento fundado en el orden normal de las cosas y que dura hasta prueba en contrario. La ley llama presunciones a los mismos hechos de los que se deduce la existencia de otros; pero con más propiedad denominándose tales hechos indicios. De las ‘*praesumptiones iuris et de iuris*’ no hay por qué hablar aquí, porque a ellas les es extraña la idea de la prueba”²⁰⁷.

Nuestro Código Judicial, en el artículo 785 señala que “Las presunciones

²⁰⁶ GÓMEZ Lara, Cipriano. Op. cit., p. 140.

²⁰⁷ CHIOVENDA, Giuseppe (2001). Op. cit., p. 525.

establecidas por la ley sustancial, sólo (sic) serán admisibles cuando los hechos en que se funden estén debidamente acreditados. Las presunciones podrán destruirse mediante prueba en contrario, salvo las de derecho”.

Por su parte, el artículo 831 de la misma normativa procesal, indica que “quien esté interesado en que terceros rindan testimonio con el fin de presentar tal prueba en futuro proceso, lo pedirá ante el juez que fuere competente para conocer de la pretensión. La declaración será estimada como prueba en el proceso a menos que la parte contraria manifestare en el término del traslado del escrito de prueba que desea repreguntar al testigo, pues en tal caso deberá comparecer para los fines de la repregunta. En caso de que el testigo no comparezca, su declaración carecerá de valor. Sin embargo, si la omisión se debiese a incapacidad o ausencia, el juez podrá atribuirle ***valor indiciario*** y la apreciará en concordancia con las otras pruebas del expediente y con sujeción a la reglas de la sana crítica”.

En este orden, el artículo 868 del mismo código, expresa que “la parte que deba servirse de un documento que, según su manifestación dada bajo la gravedad de juramento, se halle en poder de su opositor, deberá presentar copia del mismo o, cuando menos, los datos que reconozca acerca de su contenido. Deberá, así mismo, probar que el documento lo tiene o lo ha tenido su opositor. El juez dispondrá se prevenga a la parte contraria la entrega del documento dentro de un plazo que le señalará bajo apercibimiento. Si el documento no fuere entregado y no se produjere contra información por parte del tenedor del mismo, el juez, en el momento de fallar el fondo del proceso, teniendo en cuenta las otras pruebas del expediente, ***podrá deducir, respecto al contenido del documento en cuestión, indicios*** con arreglo a las reglas de la sana crítica”.

El funcionario judicial al explicar todos los elementos o medios probatorios,

fundamentalmente cuando utiliza la prueba indiciaria, con el fin exclusivo de que el juez pueda ejercer el derecho de contradicción en situación normal, sin recurrir a realizar proezas para saber, por ejemplo, por qué existe un indicio grave; toda prueba en que se base el juez para decidir debe estar explicada, sobre todo si se trata de prueba indiciaria²⁰⁸.

A través de la presunción, el juez establece hechos de la conducta procesal de las partes y de las pruebas. Indicios que deben sustentarse en hechos probados.

8.11. Conocimiento Extraprocesal del Juez.

Informa Rocco que “frente a los hechos notorios está la ciencia privada del juez, es decir, el conocimiento de los hechos, afirmados y discutidos, esto es, controvertidos, a que haya llegado el juez por haber tenido conocimiento directo de ellos, no ya como juez, sino como particular. Es por ello, evidente que de tales hechos y del conocimiento personal y privado de ellos no puede servirse el juez, según el conocido aforismo: *‘quod non est in actis non est in mundo’*. En general, el hecho afirmado por las partes no es conocido por el juez, y al tener conocimiento de su existencia o inexistencia, debe prescindir de su ciencia privada. Es verdad que los elementos del conocimiento que tiene de los hechos están dados y suministrados al juez por las partes, las cuales le ofrecen la posibilidad de un conocimiento mediato, pero aun cuando el juez pueda tener un conocimiento inmediato (como, por ejemplo, mediante una visita al lugar, que le da el conocimiento inmediato), este conocimiento no puede ser utilizado por él si no le llega dentro del proceso y a consecuencia del despliegue de actividades procesales”²⁰⁹.

²⁰⁸ PARRA Quijano, Jairo (2011). Op. cit., p. 119.

²⁰⁹ ROCCO, Ugo. Op. cit., p. 336.

Sobre el conocimiento extraprocesal del juez, Fábrega señala que “si bien no se trata de un medio de prueba, constituye una figura vinculada al tema, la del conocimiento extra procesal del Juez. En el foro se había venido enunciando el principio de que <lo que no está en el expediente no está en el mundo> derivada de la expresión de los canonistas de que ‘*quod non est in actis non est mundo*’. Según dicho principio, el Juez no puede valerse de las percepciones extrajudiciales al fallar la controversia. Jeremías Bentham lo había censurado acremente al decir que <el arte de sentenciar es el de ignorar lo que todo el mundo sabe>. Tal principio que no era absoluto, ni a la luz del Código de 1917, se ha debilitado en los ordenamientos procesales modernos. Al amparo del Código Procesal de 1917 la jurisprudencia se apartaba de dicho principio. Así se ve, por ejemplo, como el Juez aplicaba la <máxima de las experiencias> juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observancia se han incluido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos (Stein, El Conocimiento Privado del Juez). Conceptos como buena fe, culpa grave, temeridad, equidad, justa causa, buenas costumbres, etc, de que está impregnado el derecho civil, eran (y son) aplicados por el Juez como derivados de su conocimiento privado, sin que el contenido de dichos conceptos requieran ser acreditados en el expediente”²¹⁰.

“El vigente Código ha abierto el campo de aplicación del conocimiento extraprocesal del Juez. El Juez es un ser que vive en sociedad, que actúa en la misma y que ejerce funciones en un despacho público en el cual no se puede pretender que desconozca o ignore lo que en él ocurre, ni los acontecimientos esenciales científicos, históricos, geográficos, comunes y generalizados. Este conocimiento privado <percepciones extraprocesales> como lo denomina más adecuadamente la doctrina alemana se da en las siguientes situaciones: Sana Crítica (...), normas jurídicas de

²¹⁰ FÁBREGA Ponce, Jorge (T. II, 2004). Op. cit., p. 895.

vigencia local y seccional (...), notoriedad judicial (...), prueba por apariencia (...), derecho extranjero (...), la costumbre (...)"²¹¹.

Ahora bien, Parra Quijano afirma que "la prueba es necesariamente vital para la demostración de los hechos en el proceso; sin ella la arbitrariedad sería la que reinaría. Al juez le está prohibido basarse en su propia experiencia para dictar sentencia; ésta le puede servir para decretar pruebas de oficio y, entonces, su decisión se basará en pruebas oportunas y legalmente recaudadas. Lo que no está en el mundo del proceso, recaudado por los medios probatorios, no existe en el mundo para el juez (art. 174 del C. de P.C...)"²¹².

Devis Echandía reconoce que "cuando el hecho es notorio la ley exime su prueba, pero no porque el juez lo conozca privativamente, sino porque pertenece al conocimiento público en el medio social donde ocurrió el hecho o donde se tramita el proceso; por ello, no se trata de aplicar un conocimiento personal de aquél, sino de reconocerlo como cierto en virtud de esa peculiar condición que es conocida de las partes"²¹³.

"Utilizamos la palabra necesidad como <todo aquello a lo cual es imposible substraerse, faltar o resistir (art. 174 del C. de P.C.). Cuando hay necesidad, no hay libertad, por tanto no existe ninguna libertad para que el funcionario decida con base en pruebas o circunstancias que no obren en el proceso. Esta necesidad tiene sustento en el derecho de contradicción, el cual sería violado si la decisión se tomara con base en pruebas no aportadas al proceso, o en ideaciones o en conocimientos privados del juez"²¹⁴.

²¹¹ *Ibidem*, p. 896.

²¹² PARRA Quijano, Jairo (2011). *Op. cit.*, p. 68.

²¹³ DEVIS Echandía, Hernando (1988). *Op. cit.*, p. 16.

²¹⁴ PARRA Quijano, Jairo (2011). *Op. cit.*, p. 68.

El juez tiene conocimiento de los hechos a través de las alegaciones de las partes; ante la afirmación de un hecho por una de las partes y la negación del mismo por la otra parte o quizás su aceptación; el juez conocerá la afirmación real o la verdad material mediante la prueba. Ahora bien, si existe un hecho que no es controvertido o negado por la otra parte no se exige prueba, por tratarse de un hecho admitido por la parte contraria, de acuerdo con la doctrina lo mismo sucede con los hechos notorios, ya que no requieren prueba.

9. Actores del Proceso Civil (Las Partes y el Juez).

En el proceso civil existen varios actores, en esta oportunidad nos referiremos, por un lado, a las partes litigantes, quienes pretenden un derecho o reclamación frente a otro sujeto y que son representados por un abogado y el juez, que es el encargado de administrar justicia. No haremos referencia a los terceros en el proceso civil.

9.1. Las Partes.

Rocco²¹⁵ reconoce que, a pesar del largo recorrido del derecho procesal hasta nuestros días, aún existen discrepancias doctrinales y jurisprudenciales sobre la determinación y alcance del concepto parte, esto derivado de la imposibilidad de conciliar posturas en temas como la acción y contradicción. Sin embargo, considera que el término *parte* aplica a los integrantes de la relación jurídica sustancial que se debate dentro del proceso, es decir, a los que intervienen a esgrimir sus pretensiones contrapuestas.

Ahora bien para Chioventa, el concepto de parte “se deriva del concepto de proceso y de la relación procesal. Es parte aquel que pide en propio nombre (o en cuyo

²¹⁵ ROCCO, Ugo. Op. cit., p. 287 - 288.

nombre se pide) la actuación de una voluntad de la ley y aquel frente al cual es pedida. La idea de parte viene dada por consiguiente, por la Litis misma, por la relación procesal, por la demanda.”²¹⁶.

Afirma Chiovenda que “la determinación del concepto de parte no sólo (sic) tiene importancia teórica, sino que es indispensable para la solución de primordiales problemas prácticos; que una persona sea parte o tercero en un pleito importa saberlo para la identificación de las acciones; por ejemplo, para determinar si otra persona está o no sometida a la cosa juzgada, si existe o no litispendencia, etc., lo mismo que para establecer si la relación que tenga el juez con una determinada persona le incapacita, o para decidir quién puede intervenir como tercero en juicio, quién oponerse en tercería a una sentencia, quién deponer como testigo en la Litis, quién queda sujeto a la condena en las costas, etc”²¹⁷.

Indica también Chiovenda que “una demanda en el proceso supone dos partes: el que la propone y aquel frente al cual se promueve. Tenemos, con esto, la posición de actor y la de demandado. Caracteriza al actor no sólo (sic) hacer una demanda, ya que también el demandado puede demandar la desestimación de la demanda del actor, sino también entablar la primera demanda relativa a un objeto determinado (rem in iudicium deducens). Importa subrayar que la calidad de actor o de demandado no depende necesariamente de una determinada forma de demanda judicial. Hay procedimientos en que el demandado está obligado a adoptar una participación activa, sin perder por ello la investidura y condición de demandado. Esta posición activa recibe el nombre de oposición”²¹⁸.

²¹⁶ CHIOVENDA, Giuseppe (2001). Op. cit., p. 374.

²¹⁷ *Ibíd.*

²¹⁸ *Ibíd.*, p. 375.

Conviene manifestar que Rocco²¹⁹ señala que la calidad de parte la tendría cualquiera que intervenga en calidad de actor o de demandado; admitiendo que es posible que también adquiera esta calidad aquella persona a quién se le atribuya la legitimación para accionar; podrá asumir la calidad de actor en juicio aquél que afirma ser titular de una relación jurídica, y asumir la calidad de demandado en juicio aquella persona contra la cual se afirma la titularidad de una relación jurídica (sujeto de la obligación jurídica de derecho sustancial). De este concepto se deriva el significado de parte en juicio que es aquél que siendo o afirmándose simplemente titular activo o pasivo de una relación jurídica sustancial, pide en nombre propio la realización de dicha relación jurídica por parte de los órganos jurisdiccionales. Finaliza afirmando que “parte”, por consiguiente, es aquel que, estando legitimado para accionar o para contradecir, pide en nombre propio la realización de una relación jurídica de la cual se afirma titular, o la de una relación jurídica de la cual afirma ser titular otro sujeto que puede estar o no estar en juicio.

9.1.1. Cargas que incumben a las Partes.

1. Promover una pretensión a través de la demanda.

Es la parte quien solicita la tutela jurisdiccional, formulando una pretensión mediante la demanda. Las partes son libres de accionar o no, de ejercer sus derechos o no; incluso tienen la libertad de decidir en qué momento lo hacen. También, una vez iniciado el proceso las partes pueden desistir o transigir. Incluso una vez instaurado el proceso pueden solicitar su derivación a los Centros de Métodos Alternos de Resolución de Conflictos.

Por otro lado, el demandado, también goza de libertad para comparecer o no en

²¹⁹ ROCCO, Ugo. Op. cit., p. 288-290.

el proceso allanándose a la pretensión o transigir con el demandante. El demandado puede asumir varias posturas frente a la demanda, entre éstas:

a). Si comparece y no contesta la demanda dentro del término del traslado, el Juez tomará como un indicio en su contra la falta de comparecencia, y el proceso seguirá los trámites que le son propios (art. 684 C.J.).

b). El demandado podrá comparecer en cualquiera de las instancias del proceso, pero la actuación no se retrotraerá en ningún caso (art. 685 C.J.).

c). Puede solicitar la corrección de la demanda, antes de contestarla, y el término del traslado se suspende por el tiempo que el Juez tarde en resolver el escrito de objeción y dicha resolución es irrecurrible (art. 687 C.J.).

d). Contesta y acepta total o parcialmente los hechos de la demanda o la pretensión. El demandado puede, al contestar el libelo, consignar o pagar lo que acepta deber. La consignación o el pago liberan al demandado de responsabilidad ulterior, por el importe de la suma o cosa consignada, que se entregará de inmediato al demandante, salvo que hubiera reconvención (último párrafo del artículo 680 del C.J.).

e). Puede aducir pruebas en la contestación, sin necesidad de reiterarlas después (art. 681 C.J.).

f). Contesta la demanda y se opone alegando simples defensas, alegando excepciones, interpone demanda de reconvención, demanda contra coparte (proceso ordinario de mayor cuantía) o denuncia el pleito (llamamiento a un tercero, artículos 608 a 610 C.J.).

En cuanto a la denuncia en el pleito, el artículo 605 del Código Judicial, señala:

“Quien de acuerdo con la ley sustancial tenga derecho a denunciar el pleito que promueva o que se le promueva, deberá ejercitarlo en la demanda o dentro del término para contestarla, según fuere el caso. El escrito de denuncia acompañará la prueba siquiera sumaria del derecho a formularla y la relativa a la existencia y representación que fueren necesarias. El denunciado en un pleito tiene, a su vez, facultad para denunciarlo en la misma forma que el demandante o demandado”.

2. Aducir o presentar las pruebas que acrediten sus afirmaciones.

Tanto el demandante como el demandado deben presentar pruebas de sus afirmaciones. De acuerdo con Fábrega “las partes tienen la carga de la aportación del material fáctico al proceso y ésta carga se canaliza mediante: a) las afirmaciones de las partes; b) mediante la carga de la gestión; c) la carga de la obtención; d) la carga de la prueba”²²⁰.

Para Rocco²²¹ la finalidad de la aportación de las pruebas, consiste en acreditar los hechos constitutivos, modificativos, extintivos o impeditivos, de los cuales dichas partes extraen consecuencias o efectos jurídicos que el magistrado debe tomar en consideración.

En este punto es importante tener presente los principios de justicia rogada y aportación de parte. En el principio de justicia rogada, el demandante establece con su demanda el comienzo del proceso o su terminación, mediante el desistimiento, transacción, entre otros. Y de acuerdo al principio de aportación de parte, tanto la parte actora como la demandada, tienen la responsabilidad de llevar al proceso los elementos de hecho y jurídicos y la petición que determina su pretensión. Ahora bien, no significa que las partes están obligadas a presentar pruebas para acreditar sus afirmaciones, solo deben tener claro que su omisión, generará consecuencias. Las normas jurídicas

220 FÁBREGA Ponce, Jorge (2004). Op. cit., p. 861.

221 ROCCO, Ugo. Op. cit., p. 340.

invocadas por las partes no vinculan al juez (*iura novit curia*), a diferencia de lo que ocurre con los hechos aportados, (*da mihi factum, dabo tibi ius*), el juez no puede salirse o pronunciarse sobre hechos distintos a los alegados por las partes. De igual manera, incumbe a las partes la carga de la prueba de los hechos alegados (artículo 784 CJ.), principios éstos que cuentan con excepciones que guardan relación con los poderes officiosos del juez, entre éstos la prueba de oficio consagrada en el proceso civil.

3. Deber de colaboración en la práctica de pruebas.

Así lo prescribe el numeral 6 del artículo 215 del Código Judicial en el Libro I, Capítulo II sobre “Las Partes y sus Apoderados”, al establecer que son deberes de las partes y sus apoderados: “prestar al magistrado o Juez su colaboración para la práctica de pruebas y cualesquiera otras diligencias”. En contrapeso a este principio, tenemos el hecho de que las partes no pueden ser obligadas a aportar prueba en su contra “principio de *nemo tenetur ed contra se*”.

Nuestro ordenamiento hace referencia a este deber de colaboración en las siguientes normas del Código Judicial: artículo 903, contempla el deber de declarar como parte cuando ha sido solicitada por la contraparte; artículo 960, colaboración en la reconstrucción de los hechos; artículo 961, deben las partes exhibir su cuerpo para inspecciones judiciales corporales; artículo 962, establece que, solo a solicitud de parte interesada, quien tiene en su poder documentos u otros objetos deberá exhibirlos; artículo 973, las partes tienen el deber de colaborar con los peritos; si las partes son comerciantes tienen el deber de exhibir sus libros.

4. El deber de decir la verdad.

El Código Judicial contiene disposiciones que de manera expresa regulan el deber jurídico y ético de las partes de decir la verdad; la conducta procesal de las partes es trascendental en el desarrollo del proceso y sobre todo de que impere la justicia.

El proceso civil no puede construirse en nombre de la mentira, del engaño y de la deslealtad. Es posible afirmar que existe un principio ínsito en el derecho procesal que determina un deber de las partes de decir la verdad. Reduciéndolo a sus términos más sencillos, podríamos expresarlo, como lo hacía un jurista práctico de nuestro país, diciendo que “el derecho no puede ser torcido”. El proceso tiene cierta nota necesaria, cierta inherencia de verdad, porque es la realización de la justicia y ninguna justicia se puede apoyar en la mentira. El proceso es un debate dialéctico; como debate es lucha y en toda lucha existe una ley implícita que impone a los contendientes el fair play; por lo que no es necesario, en consecuencia, que un texto expreso de un código consagre el deber de decir la verdad, para que tenga vigencia. Existe un principio ínsito en todo proceso civil que pone a la verdad como apoyo y sustento de la justicia hacia la cual apunta normalmente el derecho. Se debe considerar vigente en cada código procesal, un principio o un mandamiento histórico que impone el deber de decir la verdad y rechace el proceso instituido a expensas de mentira²²².

Indica Couture que a su modo de ver, “el deber de decir la verdad existe, porque es un deber de conducta humana. Sin embargo, lo que el proceso requiere no es solamente la verdad formal, sino requiere la lealtad, el juego limpio y no el subterfugio. El proceso no es una red para que el adversario caiga en ella, ni una emboscada para sustraer del debate la exposición natural de los hechos y del derecho”²²³. Agrega este autor, que el fenómeno de decir la verdad, “puede constituir una obligación, deber o carga, según la estructura técnica de la ley”²²⁴.

5. Proceder con lealtad y buena fe en todos los actos.

No incurrir en actos fraudulentos. Actuar sin temeridad, de buena fe en sus pretensiones y excepciones, al igual que al proponer y practicar pruebas, así lo establece

222 COUTURE, Eduardo (2001). Op. cit., p. 181, 184, 185.

223 *Ibidem*, p. 186.

224 *Ibidem*, p. 187.

el artículo 467 del Código Judicial, al señalar que “las partes deben comportarse con lealtad y probidad durante el proceso”.

6. Abstenerse de usar expresiones indecorosas u ofensivas.

Se debe guardar el debido respeto a los Magistrados y Jueces, a los subalternos, a las partes en el proceso. El Juez puede disponer que se tachen en los escritos “las expresiones ostensiblemente indecorosas u ofensivas” (artículo 485 del C.J.).

7. Impulso de Parte, colaborar con el tribunal en presentar las direcciones correctas para que las partes puedan ser notificadas, entre otros.

8. Solicitar nulidades procesales cuando exista un perjuicio procesal, sin embargo no puede solicitar la nulidad la parte que ha celebrado el acto sabiendo o debiendo saber, el vicio que le afectaba (artículo 741 del CJ).

Las partes tienen o gozan de amplios poderes o facultades, unos que constituyen o forman parte del propio procedimiento y otros que pueden ejercer o no, es decir, que están a merced de su voluntad. Igualmente, las partes tienen derechos, como: accionar en busca de la justicia, ser oídas, defenderse, conocer las pruebas presentadas por su adversario, presentar pruebas y contradecir las proporcionadas por la contraparte, participar de la práctica de las pruebas, instar al juez a que haga uso de las facultades oficiosas; entre éstas la audiencia de concentración; alegar, conocer del estado del proceso, obtener copias del expediente, que la decisión que se adopte le sea explicada de manera sencilla y con claridad, presentar medios de impugnación.

9.2. El Juez.

El juez civil, según Parra Quijano²²⁵, es aquél que busca con ahínco la verdad y que hace iguales, por lo menos en el ambiente reducido del proceso, a quienes no lo son. Es el administrador de la empresa del proceso civil, puesta en movimiento para lograr el mejor producto posible: una buena justicia.

En cambio, para Fábrega el término Juez es polisémico “En ocasiones significa juzgador; en otras, para referirse al funcionario judicial de primera instancia; titular de un juzgado unipersonal de primera instancia; magistrado; y en otros se vale de la expresión <tribunal> para referirse al oficio. El Juez es uno de los sujetos procesales; los otros son el demandante y el demandado (pueden comparecer igualmente terceras personas). El juez es un sujeto procesal, pero no es parte, ya que la ley le atribuye una función distinta y, por tanto, desempeña un papel activo en el proceso: es el director”²²⁶.

En cuanto a la función judicial, propiamente dicha, Parra Quijano señala que “no se le puede seguir mirando como aquella que cumple su cometido dándole la razón al que mejor administra la técnica del proceso y no a quien la tiene en términos de justicia sustancial”²²⁷.

Para que exista una mejor función judicial se requiere de buenos jueces. Al respecto, Oliver Galé expresa que “independientemente, de la forma en que se elijan los jueces, estos deben tener ciertas virtudes que le permitan una verdadera aplicación eficaz del ordenamiento jurídico, siendo este aspecto olvidado a menudo por los juristas e incluso por el legislador, que da las pautas para la elección de jueces o digamos mejor

²²⁵ PARRA Quijano, Jairo. Derecho Procesal Civil. Tomo I, Editorial Temis, S.A., Bogotá, 1992, p. 27.

²²⁶ FÁBREGA, Jorge Y CUESTAS, Carlos. Op. cit., p. 630.

²²⁷ PARRA Quijano, Jairo (1992). Op. cit., p. 27.

para la escogencia de los jueces, generalmente por concurso de méritos”²²⁸.

MacCormick²²⁹ va aún más allá, indica que “el juez debe poseer una serie de cualidades de suma relevancia por el carácter de la función que ejecuta, entre las que describe la capacidad argumentativa, el conocimiento del derecho, buen juicio, perspicacia, sentido de justicia, humanidad, compasión y valentía, entre otras, como la templanza y prudencia, que reconoce Galé”.

Para Oliver Galé,²³⁰ la indeterminación del derecho, la vaguedad del lenguaje, los diversos problemas interpretativos, tanto del derecho como de los hechos, así como los de percepción de estos últimos, son asuntos que ponen a prueba al juez; quien con su virtud imaginativa, debe dar respuesta razonable a los mismos. El juez debe tener pensamiento abierto ante lo novedoso, para distinguir qué puede tomar y qué desechar, de manera que actúe con dinamismo, sin ser estático y con ello, garantice los diversos derechos.

De acuerdo a las nuevas tendencias modernas, el juez civil, no es solo quien resuelve el litigio, sino que le es permitido buscar una solución al derivar las controversias a los Centros de Métodos Alternos de Resolución de Conflictos, instrumento para alcanzar la paz. En nuestro país, los despachos judiciales se encuentran desbordados en litigios, las limitaciones de presupuesto impiden el aumento de jueces civiles, por lo que se agudiza cada vez más la sobrecarga laboral en dichos tribunales. Es así que el Pleno de la Corte Suprema de Justicia promueve la participación de las personas en la solución de los conflictos y que éstas asuman su responsabilidad en el cumplimiento de sus acuerdos con la creación de los Centros de Mediación, los cuales contribuirán a disminuir las causas que ingresen a los tribunales de justicia.

²²⁸ OLIVER Galé, Carlos Alberto. Op. cit., p. 144.

²²⁹ MacCormick, Neil, citado por Atienza Manuel y por OLIVER Galé, Carlos Alberto. Op cit., p. 144.

²³⁰ OLIVER Galé, Carlos Alberto. Op. cit., p. 145.

El Pleno de la Corte Suprema de Justicia amparado en el artículo 54 del Decreto Ley No. 5 de 8 de julio de 1999, por el cual se establece en nuestro país, el Régimen de Arbitraje, de la Conciliación y de la Mediación y que consigna que la mediación puede ser pública si ésta se lleva a cabo por mediadores al servicio del Estado, atendiendo a las necesidades y exigencias que surgen de las funciones públicas de éste y basado en que la mediación no resulta incompatible con las funciones constitucionales y legales del Órgano Judicial dictan el Acuerdo No. 294, de 6 de septiembre de 2001, “Por el cual se crea los Centros de Mediación en el Órgano Judicial”, posteriormente modificado por el Acuerdo No.225, de 19 de junio de 2003, en el sentido de incorporar la mediación judicial y la creación de otros Centros de Mediación, ya que en su inicio se conocían solamente mediaciones extrajudiciales y existía un solo Centro de Mediación. Recientemente, el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, dicta el Acuerdo No. 585 de 12 de noviembre de 2015, por medio del cual unifican los Acuerdos No. 294, de 6 de septiembre de 2001; No. 433 de 13 de diciembre de 2001, No. 225 de 19 de junio de 2003 y No.255, de 31 de mayo de 2005 y dictan otras disposiciones concernientes a los Métodos y Centros de Métodos Alternos de Resolución de Conflictos del Órgano Judicial. La Ley 131 de 31 de diciembre de 2013, regula el arbitraje nacional e internacional y deroga el título I del Decreto Ley No 5 de 8 de julio de 1999.

No obstante, en la práctica al igual que respecto a la prueba de oficio, no existe una decidida voluntad en los jueces civiles en su aplicación, posiblemente bajo los mismos factores que inciden en la inaplicación de la prueba de oficio, entre éstos, la vulneración al principio de imparcialidad.

Estos Centros de Mediación atienden en mayor medida procesos de familia y penales, en materia civil existe cierta resistencia a derivar las causas y la misma puede deberse a varios factores, entre éstas la voluntad del abogado. Afirma Francisco Gorjón, que “los MASC solo pueden utilizarse y operar si existe la voluntad de las partes para que

eso ocurra. De no ser así, no pueden considerarse funcionales, ya que su principal característica es el espíritu de autocomposición de las partes, basándose en el *petitum* de las mismas²³¹. “Es necesario destacar que existe la tendencia a confundir su terminología técnica, por el llamado efecto de la judicialización de los MASC. Esto significa que quienes utilizan los MASC tienden a esperar las mismas condiciones de un proceso judicial, lo cual rompe con sus características elementales²³², lo que puede incidir en que no se llegue a acuerdo en las causas civiles que son derivadas a los Centros de Mediación en el Órgano Judicial.

Otra tendencia que observamos en los procesos es que las partes al celebrar contratos establecen en sus cláusulas con mayor frecuencia que ante el incumplimiento del convenio se someten a los tribunales arbitrales. No obstante, los representantes legales de las partes insisten en presentar el conflicto en los tribunales ordinarios. Enseña Sánchez y Lizaola, que el arbitraje es un método de solución de controversias en virtud del cual las partes acuerdan someter la solución de determinada relación jurídica a la decisión de uno o varios terceros denominados árbitros y que los árbitros son la pieza operativa donde descansa la institución arbitral, pues sin ellos sería difícil concebir un modelo de justicia heterocompositiva equivalente al método tradicional²³³, acordar que ante una controversia con ocasión de incumplimiento de lo pacto, en primera instancia, la solución de dicho conflicto sea decidida por un tercero ajeno a ellos, y que no se trata precisamente de un juez, les obliga a ajustarse a lo decidido, al igual que si se tratará de los tribunales ordinarios.

²³¹ GORJÓN, Francisco. Métodos Alternativos de Solución de Controversias, Solución a la impetración de la justicia. En ELIAIA, año 2, número 3, UANL, México, 2002.

²³² GORJÓN, Francisco, STEELE, José. Métodos Alternativos de Solución de Conflictos, segunda edición, Oxford University Press, México, p. 4.

²³³ SANCHEZ, Arnulfo, LIZAOLA, Cristina. Preparación e Implementación del Juicio Arbitral en Baja California, del Libro Justicia en el Marco de los Derechos Humanos, La Equidad y la Justicia Alternativa, Perspectiva Panameña y Mexicana, Edición Especial, Universidad Autónoma de Nuevo León, México, 2014, p.391.

Ante la existencia de un convenio o pacto en el que las personas acuerden que someterán sus conflictos a un tribunal arbitral, al presentar el proceso ante los tribunales ordinarios, corresponde al juez inhibirse de su conocimiento y remitirlo al tribunal arbitral y es así “dada la naturaleza subsidiaria que realiza el árbitro respecto de la función judicial, así como la respectiva regulación legal de la función arbitral y la judicial, además de los efectos jurídicos y regímenes de ejecución que la ley contempla respecto de las sentencias judiciales y los laudos arbitrales”²³⁴.

Tanto los métodos de autocomposición como heterocompositivos, constituyen un avance y una solución a la sobrecarga laboral existente en los tribunales ordinarios y al reconocimiento de los derechos de las partes, logrando acuerdos oportunos, justos y equitativos.

9.2.1. Deberes y poderes officiosos del Juez.

1. Verificar si cumple la demanda con los presupuestos establecidos en la Ley, para su admisión o corrección. “Es deber del juez examinar de oficio la demanda, desde todos los aspectos jurídicos posibles (*narra mihi factum, dabo tibi ius*)”²³⁵. “Debe apreciar la falta de las condiciones de la acción, salvo en los casos en que el demandado tenga un excepción, debe apreciar de oficio la falta de presupuestos procesales”²³⁶.

Este deber reviste singular importancia, dado que la admisión de la demanda es una de las fases de mayor relevancia en el proceso civil, puesto que es allí donde se fija el objeto de la pretensión y, por tanto, vincula a la actuación de las partes durante todo

²³⁴ SANCHEZ, Arnulfo. La actuación de los jueces estatales como árbitros privados, un problema de orden público, de la Revista Internacional de Trabajo Social y Ciencias Sociales, Comunitaria No. 5, enero, 2013.

²³⁵ CHIOVENDA, Giuseppe (2001), Op. cit., p. 430.

²³⁶ *Ibidem*, p. 435.

el proceso y hasta la emisión de la sentencia, conforme al principio de congruencia. Existe una discrepancia en la doctrina sobre qué tan amplias son las facultades del juez en esta oportunidad, llegando, incluso algunos, a determinar que es una labor oficiosa, determinar la ausencia de los presupuestos normativos.

2. De manera oficiosa, ordenar la corrección del poder, de la demanda y de la contestación, si observare que la misma adolece de algún defecto u omitiere alguno de los requisitos previstos en la Ley (artículo 686 del Código Judicial).

3. Oficiosamente, ordena que una persona sea integrada al proceso, para ser parte en esa relación procesal (artículo 678 del Código Judicial). “Intervención en la causa de un tercero cuando lo considere oportuno”²³⁷. Llamamiento que realiza de manera oficiosa.

4. El juez da oficiosamente al proceso, el curso que corresponda evitando su paralización, salvo que la Ley disponga que ello corresponda a las partes, se trata del impulso oficial (artículo 466 del Código Judicial).

5. De oficio debe dar a la demanda, petición, recurso o incidente, el trámite que corresponda, a pesar de la incorrecta denominación de las partes (artículo 476 del Código Judicial).

6. De oficio o a solicitud de parte, puede el juez ordenar la comparecencia personal de todas o cualquiera de las partes y sus apoderados, si advierte que su presencia podría ser beneficiosa para la concentración, validez o simplificación de los actos procesales o para aclarar cuestiones controvertidas; para lo cual señalará una audiencia, a la que deberán concurrir personalmente, bajo apercibimiento de ser

²³⁷ *Ibíd*em, p. 432.

sancionados por desacato en caso de renuencia injustificada. En dicha audiencia el juez procurará que las partes realicen lo necesario para los fines antes previstos (artículo 493 del Código Judicial).

7. Debe el juez, oficiosamente, disponer del despacho saneador, es decir, una vez vencido el término de traslado de la contestación de la demanda, si la relación procesal adolece de algún defecto o vicio que, de no ser saneado, producirá un fallo inhibitorio o la nulidad del proceso (artículo 696 del Código Judicial). La Ley 53 de 27 de agosto de 2015 (art. 119), que regula la Carrera Judicial, establece que es un deber de los magistrados y jueces ejercer de oficio las funciones de saneamiento previstas en la ley.

8. Saneamiento oficioso antes de fallar (primera instancia), también procede en el recurso de apelación (segunda instancia) y en la consulta (artículo 745 del Código Judicial).

9. La declaración de oficio de nulidades de determinados actos procesales o cuando las partes lo soliciten (artículo 733 del Código Judicial, artículo 119 de la Ley 53 de 2015).

10. Saneamiento oficioso en materia probatoria (artículos 793, 847, 854, 878 y 914 del Código Judicial).

11. Puede exigir, de oficio o a petición de parte, disponer que se intime a terceros la entrega de las piezas originales, copias fotostáticas o transcripción certificada por notario, de documentos que se hallen en su poder y de interés para el proceso. Lo anterior es sin perjuicio de que la parte interesada pueda acudir a la diligencia exhibitoria (artículo 870 ibídem).

12. Igualmente, puede el juez, de oficio o a solicitud de parte, pedir informes a cualquier oficina pública, entidad estatal o descentralizada o a cualquier banco, empresa aseguradora o de utilidad pública, informes que estime procedente incorporar al proceso para verificar las afirmaciones de las partes (artículo 893 *ibídem*).

13. Decretar pruebas de oficio (artículos 793, 794 del Código Judicial).

El juez, tanto el de primera como el de segunda instancia, incluso en casación, se encuentra investido por la ley para decretar pruebas de oficio cuando las considera útiles para la verificación de los hechos relacionados con las alegaciones del demandante y demandado.

14. Colocarse en estado de resolver.

El deber de realizar, ya legalmente requerido para ellos, ya de oficio, cuando la ley así lo impone, todo lo necesario para colocarse en situación de resolver. Ahora bien, no siempre le está permitido al juez apreciar de oficio un hecho extintivo o impeditivo. Una resolución que el juez puede dictar de oficio, en el momento de fallar, es la condena en costas del vencido. Deberá siempre apreciar de oficio la falta de afirmación (o la falta de prueba) de un hecho constituido o de uno de los hechos constitutivos del derecho²³⁸.

15. Puede el juez a través del recurso de reconsideración, revocar su propia resolución (artículo 1129 del Código Judicial). Incluso puede revocarla de oficio sin solicitud de parte y por razones distintas a las invocadas por la parte.

Sin lugar a dudas, en el ámbito del derecho procesal civil panameño, se cuenta con amplias facultades oficiosas; de hecho, otras jurisdicciones especiales recurren a estas normas de carácter oficioso, con ordenada supletoriedad para solucionar casos en procesos de familia, entre otros.

²³⁸ *Ibídem*, p. 428

La práctica de la prueba oficiosa en el proceso civil panameño:
determinación de sus límites y consecuencias jurídicas.

Es necesario acotar, también, que en nuestro ordenamiento jurídico, la prueba tiene bases constitucionales y legales, y es el fundamento del proceso civil y de todos los procesos, en la medida que las partes a través de elementos de prueba dan a conocer al juez la verdad de sus afirmaciones. Esas bases constitucionales y legales de la prueba dan lugar a que la misma se consolide como un derecho fundamental, es así, que pasaremos al estudio de la prueba como derecho humano.

CAPÍTULO II. LA PRUEBA COMO DERECHO HUMANO.

1. Bloque de Constitucionalidad y su incidencia en la evolución del concepto de Garantías Individuales.

Las reformas constitucionales en materia de derechos humanos, han permitido el avance de lo que entendemos por garantías individuales y han incidido en la forma de comprender, interpretar y aplicar los derechos humanos.

Para que un Estado se constituya en Estado de Derecho, tanto los ciudadanos como los gobernantes deben acatar las leyes; es primordial que se proteja y respete los derechos y garantías de todas las personas, entre éstos, los derechos humanos reconocidos en la Constitución Política de los Estados, en los Convenios y Tratados en materia de derechos humanos que haya sido reconocido por dichos Estados. Ahora bien, dentro de los Estados, debe existir un control que le permita su vigencia, es así que nuestros ordenamientos jurídicos contemplan el control constitucional (supremacía constitucional), el control de legalidad (cumplimiento estricto de las leyes) y en Panamá, se acoge la teoría del bloque de la constitucionalidad, al reconocer rango constitucional a algunas normas de derecho internacional en materia de derechos humanos. También, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en los últimos años, ha sido propulsora de la doctrina que ha denominado control de convencionalidad, la cual consiste en el respeto y real acatamiento de los derechos y garantías consagrados en la Convención Americana de los Derechos Humanos relacionados con la competencia de la misma y que los Estados deben cumplir en sus normas internas.

De acuerdo con Hoyos, en nuestro país “el constitucionalismo de la era republicana ha estado vinculado con las excepciones más estrictas del mismo: la primera de nuestras Constituciones Republicanas, la de 1904, consagra los principios de separación de poderes, de supremacía constitucional y un control judicial previo sobre las leyes. El control que se desarrolló en leyes posteriores era descentralizado, pero la Ley 24 de 1937 crea el recurso de casación en materia constitucional, con fines

nomofilácticos, como se señalaba en el artículo 51 de la misma. Sin embargo, fue en la Constitución de 1941 que se introdujo el sistema fundamentalmente concentrado de control judicial de constitucionalidad que tenemos en la actualidad, después de las constituciones de 1946, 1972 y de 1983, hoy vigente”²³⁹.

En Panamá el control constitucional lo ejercen los tribunales ordinarios: Jueces de Circuito Civil, Tribunales Superiores de Justicia Civil y el Pleno de la Corte Suprema de Justicia. Es así que con posterioridad a la vigencia de la Ley 63 de 28 de agosto de 2008, que adopta el Código Procesal Penal de la República de Panamá, los amparos de garantías constitucionales en contra de los jueces del sistema penal acusatorio los conoce el Tribunal Superior de Justicia Civil; sin entrar a profundizar en este tema, sería oportuno la creación de un tribunal constitucional que ejerciera dicho control.

En palabras de Jerónimo Mejía, Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, la relevancia de los convenios y pactos internacionales sobre Derechos Humanos han incidido en diversas ramas del saber jurídico, directamente o de forma indirecta a través de la interpretación que se hace de los mismos y se exterioriza en la jurisprudencia internacional, opiniones consultivas y otros actos que son proferidos por organismos internacionales especializados. Agrega que lo anterior, aunado a la constitucionalización de la internacionalización de los derechos humanos ha perfilado la protección de los mismos, a pesar de que en América Latina tal influencia fue un poco más tardía que en otras regiones, producto de la existencia de gobiernos autoritarios y de facto²⁴⁰. Panamá no escapa de esta realidad.

²³⁹ HOYOS, Arturo. El Control Judicial y Bloque de Constitucionalidad en Panamá, Revista de Derecho Comparado, p. 787 y 788.

²⁴⁰ MEJÍA, Jerónimo. Estatus Jurídico de los Derechos Humanos en el Derecho Interno Panameño luego de las Reformas Constitucionales de 2004, Publicado en Nuevas Tendencias del Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional, del Instituto de Estudios de Investigación Jurídica de Nicaragua. Dirigida por Sergio Cuarezma y Rafael Pichardo, 2011, p. 667.

La doctrina del bloque de constitucionalidad ha facilitado la transición de un gobierno militar a una democracia representativa, negando jerarquía constitucional a actos de nuestros gobernantes, tal como el acuerdo de fecha 31 de agosto de 1989, desconociendo el resultado de las elecciones populares e institucionalizar una forma de gobierno autoritario²⁴¹.

El doctor Arturo Hoyos ex magistrado de la Corte Suprema de Justicia define el bloque de constitucionalidad como “el conjunto normativo de jerarquía constitucional que la Corte Suprema de Justicia ha empleado para emitir juicio sobre la constitucionalidad de las leyes y de otros actos sujetos al control judicial de esa institución”²⁴².

La noción del bloque de constitucionalidad representa un caso exitoso de “transplante jurídico” de una institución entre países, cuyos sistemas jurídicos pertenecen a la familia romano-germánica. Aquella se origina en Francia, y luego ha sido recogida en otros países europeos, como España, Italia y Austria. De allí, ha pasado a Panamá. Nos dice el Doctor Hoyos, que presentó la doctrina del bloque de constitucionalidad de Panamá, en los artículos: “La doctrina del bloque de constitucionalidad”, y “El Bloque de Constitucionalidad”, ambos publicados en el diario el Panamá América, los días 20 de marzo de 1990 y 2 de mayo de 1990, respectivamente²⁴³. La Corte Suprema de Justicia de Panamá, a través de diversos fallos hizo mención del bloque de Constitucionalidad.

El Doctor Arturo Hoyos, exmagistrado de la Corte Suprema de Justicia, en algunos fallos, se refirió al bloque de constitucionalidad de Francia, Italia, España, Costa Rica. Entre estos fallos tenemos: las sentencias de 30 de julio de 1990, de 8 de agosto de

²⁴¹ HOYOS, Arturo. Op. cit., p. 807.

²⁴² Ibídem, p. 798.

²⁴³ Ibídem, p. 791 y 798.

1990, 28 de septiembre de 1990, 8 de noviembre de 1990, 14 de febrero de 1991, 23 de mayo de 1991 y 16 de octubre de 1991; dicha figura se fue integrando conforme la Corte Suprema de Justicia iba dictando sus sentencias, pero con un tratamiento o sentido distinto al que se le dio a dicho bloque de constitucionalidad después de la reforma constitucional del año 2004²⁴⁴. “Lo cierto es que la Corte en ningún momento abrió la posibilidad de que los derechos humanos, en general, reconocidos en tratados y convenciones internacionales, integrarán el bloque de constitucionalidad. Esto solo tuvo lugar, ... como veremos más adelante, luego de la reforma constitucional del año 2004 y a partir de la ... sentencia de 21 de agosto de 2008”²⁴⁵. De lo anteriormente citado, se infiere que en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha existido contradicción respecto a los derechos fundamentales; su reconocimiento y protección ha pasado por una transición, pero que finalmente ha sido necesaria, ya que representan un aporte conceptual y jurídico sobre el alcance de los derechos fundamentales y la dignidad humana.

De lo expuesto se infiere que el bloque de constitucionalidad es un término que inició a utilizar el Pleno de la Corte Suprema de Justicia Panameña a partir del año 1990, a través de su precursor, el ex magistrado de la Corte Suprema de Justicia de Panamá, el Doctor Arturo Hoyos, pero de manera general se aplicaba desde años anteriores utilizando los valores y principios del texto constitucional. Ahora bien, el concepto bloque de constitucionalidad se ha ido encausando a través de la jurisprudencia para legitimar el valor de ciertas normas supranacionales que se encuentran incorporados en la Constitución Política. Es a partir de la reforma constitucional de 2004 que se logra establecer con mayor claridad y amplitud que comprende el bloque de constitucionalidad.

La reforma a la Constitución Política de la República de Panamá, mediante Acto

244 MEJÍA, Jerónimo. Op. cit., p. 668 a 671.

245 *Ibidem*, p. 674.

Legislativo No. 1 de 2004, incorporó, en el Título III “Derechos y Deberes Individuales y Sociales”, Capítulo 1 “Garantías Fundamentales”, un segundo párrafo al artículo 17 de nuestra Carta Magna, que literalmente dice: “Los derechos y garantías que consagra esta Constitución, deben considerarse como mínimos y no excluyentes de otros que incidan sobre los derechos fundamentales y la dignidad de la persona”. Reforma que ha permitido una nueva interpretación jurídica en cuanto a los derechos fundamentales y la dignidad humana. Dicha reforma ha generado una transformación y ha logrado ampliar su ámbito de protección de los derechos humanos y se internaliza el concepto de derechos fundamentales.

Al respecto, el Magistrado Jerónimo Mejía afirma que “el principal efecto jurídico que produce el segundo párrafo del artículo 17 de la Constitución es el de reconocerle categoría de derechos fundamentales y, por ende, rango constitucional, a los derechos humanos previstos en los tratados y convenios internacionales vigentes sobre derechos humanos, consagren derechos de esa naturaleza. Por ello, esos derechos humanos: a. forman parte de la Constitución, b. amplían el catálogo y refuerzan los derechos fundamentales y las garantías fundamentales jurisdiccionales previstas en la Carta Magna, y c. sirven como parámetro de constitucionalidad de los actos susceptibles de ser impugnados a través de los mecanismos de defensa de la constitución y de los actos que pueden ser impugnados mediante las acciones de tutela de los derechos fundamentales: amparo, habeas corpus, habeas data”²⁴⁶.

Finalmente, el bloque de constitucionalidad quedó construido con la incorporación de algunos artículos de la Convención Americana de Derechos Humanos y de otros convenios internacionales sobre la materia²⁴⁷.

El Pleno de la Corte Suprema de Justicia de Panamá, se ha referido al bloque de

²⁴⁶ *Ibidem*, p. 679.

²⁴⁷ *Ibidem*, p. 673.

constitucionalidad en diversos fallos, entre estos la sentencia de 30 de julio de 2008:

“De otro giro, el recurrente introduce que la norma acusada de inconstitucional vulnera el contenido del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Social y Culturales, el cual, por contener una declaración de prerrogativas que inciden directamente en la dignidad de la persona humana, hacen parte del bloque de la constitucionalidad, pues la naturaleza de su contenido, permite considerar que esa declaración de derechos tiene, dentro del ámbito interno del Estado, valor y rango constitucional.

Frente al argumento expuesto, el Pleno debe señalar que la teoría del Bloque de la Constitucional, cuya vigencia ha sido admitida en la República de Panamá por vía jurisprudencial, permite que los tratados internacionales en materia de derechos humanos, en los que la República de Panamá sea parte, pueden superar el ámbito de la legalidad ordinaria que obtienen a través de la ratificación, ingresando al espacio constitucional, lo que a su vez, asegura que su contenido esté al alcance de todos los ciudadanos y, además, que vincule a todos los poderes públicos del Estado en sus diversas actuaciones. En ese escenario, no cabe duda que el pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales de Naciones Unidas que la República de Panamá aprobó mediante ley No. 13 de 27 de octubre de 1976, G.O. 18336 de 11 de noviembre de 1977, es una norma que guarda una conexión directa con la Constitución Nacional vigente, al ampliar y desarrollar el contenido de los derechos fundamentales de carácter social o de prestación que asegura el constituyente a todos sus habitantes y ciudadanos; amén de que en virtud de la *pacta sunt servanda*, como principio de derecho internacional derivado de la correcta inteligencia del artículo 4 de la Constitución Nacional, permite que esa declaración de derechos humanos pueda superar el rigor de cualquier examen filosófico jurídico para incorporarse al bloque de la constitucionalidad”²⁴⁸.

Este fallo del 30 de julio de 2008 establece, de forma clara, que la inclusión de los tratados internacionales sobre derechos humanos que Panamá haya adoptado y cumplido con todo el procedimiento contenido en la Constitución Política de la República pasan a formar parte del bloque constitucional sin necesidad de un examen

²⁴⁸ Sentencia de 30 de julio de 2008, dictada por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia de la República de Panamá, Magistrado Ponente: Jerónimo Mejía.

riguroso; puesto que, en el caso en estudio, el Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales se encarga de desarrollar derechos humanos, lo que en concordancia con las normas citadas en la decisión de la máxima corporación de justicia y lo dispuesto en el artículo 17 de la Carta Fundamental, implica un reconocimiento tácito de éstas.

En este orden, nos permitimos transcribir la parte motiva de la sentencia de 21 de agosto de 2008, proferida por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia de Panamá, Magistrado Ponente: Jerónimo Mejía, por la importancia que denota en la incorporación y protección de los derechos humanos luego de la reforma constitucional de 2004 (segundo párrafo del artículo 17 de la Constitución Política). La Corte al resolver un amparo de garantías constitucionales propuesto por un tercero, consideró propicia la oportunidad para expresar algunas consideraciones respecto al amparo de derechos fundamentales, a la luz de nuestro ordenamiento jurídico. Veamos:

“I. De la necesidad de ampliar la protección de los derechos fundamentales frente a actos distintos de las órdenes de orden de hacer o de no hacer.

Si bien el artículo 54 Constitucional señala que la acción de amparo procede contra una orden de hacer o de no hacer que viole derechos fundamentales establecidos en la Constitución, lo cierto es que existen justificadas razones jurídicas, previstas en nuestro ordenamiento, que autorizan utilizar el concepto de Acto como objeto susceptible de impugnación a través de un amparo de derechos fundamentales.

En efecto, la evolución del derecho al amparo implica la necesidad de abrir la puerta para la presentación del amparo de derechos fundamentales contra cualquier Acto susceptible de lesionar, afectar, alterar, restringir, amenazar o menoscabar un derecho fundamental, previsto no solamente en la Constitución Nacional sino en los Convenios y Tratados Internacionales sobre derechos humanos vigentes en Panamá y en la ley.

La Constitución establece en el artículo 4 que "La República de Panamá acata las normas del Derecho Internacional". Uno de esos instrumentos de Derecho Internacional, que Panamá está obligada a acatar, lo es la

Convención Americana sobre Derechos Humanos aprobada mediante Ley 15 de 28 de octubre de 1977, la cual en el artículo primero establece expresamente la obligación que tiene Panamá de cumplir lo pactado en el citado Tratado, en los siguientes términos:

"Artículo primero. Obligación de respetar los derechos.

1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción..."

De lo anterior se aprecia que Panamá está obligada, no sólo (sic) a respetar los derechos y libertades reconocidos en la citada Convención, sino a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción.

Uno de los derechos establecidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos que Panamá está obligada a respetar y a garantizar su libre y pleno ejercicio, está consagrado en el artículo 25 que establece el amparo de derechos fundamentales, en los siguientes términos:

"Artículo 25. Protección Judicial.

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales."

Como fácilmente se observa, el precepto anterior se refiere al amparo de derechos fundamentales como un recurso sencillo, rápido y efectivo al que tiene derecho toda persona, para "que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales".

Nótese que la Convención Americana sobre Derechos Humanos no hace referencia al concepto de orden de hacer o de no hacer sino al de acto, que es un concepto mucho más amplio.

Ahora bien, al acatar la República de Panamá, las normas del Derecho Internacional, salta a la vista la imperiosa necesidad de que se adecúe la interpretación del artículo 54 de la Constitución Nacional (que regula el amparo de derechos fundamentales) con el mandato que emana del artículo 25 de la aludida Convención.

Ello es así, además, por las siguientes razones:

1. Porque el literal "a" del artículo 29 de la aludida Convención claramente establece lo siguiente:

"Artículo 29. Normas de interpretación.

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) Permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella".

2. Porque el segundo párrafo del artículo 17 de la Constitución Nacional claramente dispone que:

"Los derechos y garantías que consagra esta Constitución, deben considerarse como mínimos y no excluyentes de otros que incidan sobre los derechos fundamentales y la dignidad humana" (las negrillas son nuestras).

3. Porque el literal "b" del numeral 2 del artículo 25 de la mencionada Convención dispone que:

"Artículo 25. Protección Judicial.

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales."

2. Los Estados Partes se comprometen:

a)...

b) A desarrollar las posibilidades de recurso judicial..." (las negrillas y subrayados son nuestros).

Por todo lo anterior, el artículo 54 de la Constitución Nacional debe ser interpretado de manera sistemática con los artículos 4 y 17 de la Constitución y con los artículos 1, 25 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, porque esta última amplía el catálogo de derechos y garantías fundamentales previstos en nuestra Constitución como mínimos. Y dicha ampliación es permitida de manera expresa por el segundo párrafo del citado artículo 17 de la Constitución Nacional, introducido Mediante el Acto Legislativo N° 1 de 2004, cuando dispone que los derechos y garantías reconocidos en la Constitución deben considerarse como mínimos y no excluyentes de otros que incidan sobre

los derechos fundamentales y la dignidad de la persona.

Así las cosas, resulta necesario ampliar del concepto de orden de hacer al concepto de Acto establecido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de modo que no queden desprotegidos y sin posibilidad de acceder a la jurisdicción constitucional de tutela judicial efectiva, aquellas personas cuyos derechos fundamentales puedan verse afectados por una decisión emanada de algún servidor público que no revista las características específicas de orden de hacer o de no hacer.

II. Una mirada al concepto de acto impugnabile a través del amparo, que se utiliza en países de América Latina.

El análisis del derecho comparado revela que Panamá es el único país que tiene un concepto limitado sobre el acto que es susceptible de impugnación mediante un amparo, que lo deja rezagado respecto a otros ordenamientos jurídicos de América Latina. Es más, Panamá es el único país de América Latina que utiliza el concepto de orden de hacer o de no hacer.

En efecto, en otras latitudes se pueden presentar amparo contra:

1. Actos, omisiones y hechos jurídicos emanados de las autoridades. Tal es el caso de Argentina, Venezuela, Uruguay;
2. Actos u omisiones que emanen de las autoridades, como ocurre en Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador, El Salvador, Nicaragua y Paraguay;
3. Actos de autoridades, como acontece en Guatemala y Honduras;
4. Actos emanados de particulares, como ocurre en Argentina, Colombia, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela;
5. Actos contra normas jurídicas, como tiene lugar en México, Perú, Costa Rica.

Lo expresado solo tiene el propósito de revelar la necesidad insoslayable de utilizar las herramientas jurídicas que permiten adecuar y, por ende, ampliar el sistema de protección judicial de los derechos fundamentales.

III. Límites o presupuestos que condicionan el amparo de derechos fundamentales.

Es importante puntualizar que, nada de lo antes expuesto, implica que no existan presupuestos que deben cumplirse para la procedencia de la acción de amparo de derechos fundamentales. En ese sentido, el Pleno

observa que para que se examinen, en sede de amparo, las posibles vulneraciones de los derechos constitucionales, es necesario que:

1. Que exista gravedad e inminencia del daño. Esto implica que, por regla general, no deben haber transcurrido más de tres meses entre el momento en que se le notificó o tuvo conocimiento el amparista del acto impugnado y la presentación del amparo.

2. Que no sea manifiestamente improcedente. Lo anterior implica que el acto impugnado debe presentar al menos la apariencia de vulnerar o lesionar derechos fundamentales tutelados por la Constitución que, por la gravedad e inminencia del daño que representa, requiere una revocación inmediata. Esto implica que en el amparo no se puede discutir temas de estricta legalidad, sino la vulneración de derechos fundamentales potencialmente afectados.

3. Que en los casos de resoluciones judiciales se haya agotado los recursos ordinarios para la impugnación del acto, salvo que la vulneración de los derechos fundamentales sea de tal gravedad o flagrancia que la no admisión del amparo permita que se ocasione un daño imposible o muy difícil de reparar.

Debe recordarse que el amparo de derechos fundamentales no es una institución ordinaria y por esta vía solo es posible verificar trámites o revisar procedimientos en la medida que impliquen la vulneración de disposiciones constitucionales que consagren derechos fundamentales, que hayan podido violentarse con el acto impugnado.

D. En cuanto a la Supremacía y vigencia efectiva de la Constitución y de la realización del Estado de Derecho mediante la efectiva y eficaz protección de los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos, en los tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos y en la ley.

Sin ánimos de filosofar sobre la importancia que tienen los derechos fundamentales en un Estado de Derecho, es necesario destacar que a través de la tutela judicial efectiva de los derechos fundamentales, se garantiza y asegura la vigencia de la Constitución y del Estado de Derecho.

En efecto, la Constitución reconoce (no otorga) una serie de derechos fundamentales que, incluso, se encuentran ampliados y complementados en Convenciones Internacionales sobre derechos humanos. La vigencia de tales derechos, que solo tiene lugar cuando existe un sistema de protección judicial que los tutele efectivamente, es lo que permite que la normatividad de la constitución tenga vigencia, con lo cual se asegura el

mantenimiento de la supremacía constitucional y se preserva el Estado de Derecho.

El sistema de protección no consiste exclusivamente en la incorporación al ordenamiento jurídico de normas dirigidas a garantizar el reconocimiento y la vigencia de los derechos fundamentales.

La tutela judicial efectiva se consigue cuando se logra el reconocimiento de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución, en los tratados y convenciones internacionales sobre derechos humanos vigentes en Panamá y en las leyes, de manera que los mismos puedan ser restaurados cuando hayan sido lesionados.

Por ello, un sistema de protección judicial de derechos fundamentales que no sea capaz de tutelarlos efectivamente, hace ilusorios tales derechos y está lejos de contribuir a la consolidación y preservación de un verdadero Estado de Derecho.

Finalmente, es importante señalar que los derechos fundamentales, tutelables a través de un amparo, pueden estar reconocidos en la Constitución, en los Tratados y Convenios Internacionales sobre derechos humanos vigentes en Panamá o en la ley, tal y como sabiamente lo establece el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

V. El amparo de garantías fundamentales como acción constitucional efectiva.

La Constitución reconoce una serie de derechos y garantías fundamentales de diversas naturalezas: individuales, sociales, ambientales, colectivos. Tales derechos pueden ser tutelados a través de diversas acciones, entre las cuales están: el habeas corpus, el amparo derechos fundamentales, el habeas data y la acción de inconstitucionalidad, según sea la naturaleza del derecho a tutelar. Todas ellas integran la jurisdicción constitucional de la libertad o la jurisdicción mediante la cual se tutelan las libertades fundamentales. Desde luego, algunas de estas acciones también pretenden garantizar la Supremacía de la Constitución, preservar su integridad y garantizar el respeto al orden jurídico constitucional. Todo lo anterior se consigue a través de la acción de inconstitucionalidad, de la advertencia de inconstitucionalidad y del procedimiento de inexecutable de los proyectos de leyes.

Entre las acciones constitucionales destacadas, merece atención en el negocio que nos ocupa la relacionada con el amparo de derechos

fundamentales, que se encuentra regulado en el artículo 54 constitucional y complementado en el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Pues bien, la lectura atenta del artículo 54 constitucional y del artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, revela que el amparo de derechos fundamentales se ha regulado en forma tal que pretende ser tenido como una acción constitucional de tutela efectiva. Veamos lo que la interpretación sistemática de los dos artículos anteriores revela:

1. Que toda persona contra la cual un servidor público expida un acto que viole algún derecho o garantía fundamental, establecido en la Constitución, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la ley;
2. "tendrá derecho" a que el acto sea revocado "a petición suya o de cualquier persona";
3. mediante el ejercicio de un recurso sencillo, rápido y efectivo que la ampare; y
4. que sea de conocimiento de los tribunales judiciales.

Nótese que la manera en que el amparo es establecido en ambos instrumentos, demuestra que la acción de tutela es auto aplicativa, quedando solamente pendiente de regulación legal: el establecimiento de los tribunales competentes y el establecimiento del procedimiento sumario, que, como tal, debe ser rápido, sencillo y efectivo. Lo importante en todo esto es que con la mirada puesta en la Constitución y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos tenemos las bases sólidas de un sistema de protección de derechos y garantías fundamentales"²⁴⁹.

El análisis de la decisión citada, arroja la intención de la Corte Suprema de Justicia en que se amplíen algunos aspectos de protección de derechos humanos, a través de las instituciones de garantía reconocidas por la Constitución Política de la República de Panamá; haciendo un paralelo de las mismas con otras legislaciones en un ejercicio de derecho comparado.

²⁴⁹ Sentencia de 21 de agosto de 2008, dictada por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia de la República de Panamá, Magistrado Ponente: Jerónimo Mejía.

Resulta importante anotar que el Ex Presidente de la Corte Suprema de Justicia, Harley James Mitchell, en el año 2009 presentó, en ese entonces, autorizado, en debida forma, por la Sala Cuarta de Negocios Generales de dicha corporación, el Proyecto de Ley N° 072 de 12 de octubre 2009, *Por el cual se fortalece la Protección de los Derechos Fundamentales y Humanos, y se crea y desarrolla una Jurisdicción Especializada para su adecuada Tutela y se modifican y adicionan normas del Código Judicial sobre Instituciones de Garantía*; el cual no fue aprobado en dicho período constitucional por la Asamblea Nacional y a la fecha no se ha retomado su presentación. Dicho proyecto de ley tiene como propósito mejorar, facilitar y reforzar la observancia y protección procesal de los Derechos Fundamentales y Humanos, consagrados en la Constitución, en las Convenciones Internacionales de Derechos Humanos, consagrados en la Constitución, en las Convenciones Internacionales de Derechos Humanos que hayan sido suscritas por la República de Panamá y en otras leyes que incidan sobre esta materia, de manera que cuenten con mecanismos ágiles y efectivos para su adecuada tutela, ante cualquier amenaza o vulneración. Y su finalidad: 1. Introducir modificaciones legislativas que logren mejorar, facilitar y reforzar la observancia y protección procesal de los Derechos Fundamentales y Humanos. 2. Crear y desarrollar una jurisdicción especializada que, dota de las herramientas modernas que caracterizan a los avanzados Sistemas de Justicia Constitucional de Garantías, amplíe las coberturas de protección de los Derechos Humanos y Fundamentales y mejore en términos de calidad, eficacia y celeridad la respuesta a las exigencias ciudadanas. 3. Actualizar y mejorar el Régimen Legal aplicable a las instituciones de garantías como el Habeas Corpus y el Amparo, reduciendo sustancialmente los formalismos que menguan su efectividad protectora de los Derechos Fundamentales y Humanos. 4 Incorporar a nuestro ordenamiento legal nuevas instituciones (v.gr. Acción de cumplimiento), así como el rediseño del trámite de la acción de inconstitucionalidad y la consulta para mejorar sustancialmente su eficacia. Observamos como en cumplimiento del mandato constitucional contenido en el numeral 1, literal c, del artículo 165 de la Constitución Política, la Corte Suprema de

Justicia presenta este proyecto con miras a la consolidación de las instituciones y el régimen democrático.

La reforma constitucional de 2004 ha sido trascendental para el ordenamiento jurídico panameño. El segundo párrafo del artículo 17 constitucional, “al ser una cláusula abierta, produce importantes efectos normativos, a saber: reconoce la existencia de derechos fundamentales fuera de la Constitución con efectos jurídicos vinculantes, la dignidad humana y los derechos fundamentales sirven de puntos de conexión con tales derechos fundamentales, le otorga rango constitucional a los derechos humanos reconocidos en tratados y convenios internacionales vigentes en Panamá; permite la aplicación de principios de derecho internacional sobre derechos humanos y se amplía el marco de protección de los derechos fundamentales o humanos mediante la conformación de un sistema de derechos fundamentales integrado por los derechos humanos internacionales reconocidos y los derechos fundamentales previstos en la Constitución, entre otros”²⁵⁰.

De esta manera, queda claro que la reforma constitucional de Panamá otorga primacía constitucional a otras normas internacionales que contemplan derechos fundamentales, ampliando los criterios y presupuestos para el control constitucional; a través del bloque de constitucionalidad se contemplan derechos fundamentales imprescindibles para el Estado de Derecho, como el debido proceso.

En cuanto al derecho fundamental al debido proceso, veamos el fallo de 3 de julio de 2014 de la Corte Suprema de Justicia de Panamá²⁵¹, al resolver un Amparo de Garantías Constitucionales en contra de una Acción de Recursos Humanos N° 173-12 DE 16 DE MARZO DE 2012 (IDAAN). La amparista alegó que haber sido destituida del cargo

²⁵⁰ MEJÍA, Jerónimo. Op. cit., p. 675.

²⁵¹ Sentencia de 3 de julio de 2014, dictada por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia de Panamá, Magistrado Ponente: Harley Mitchell.

que ejercía ante el IDAAN vulneró sus derechos fundamentales de protección integral de las personas con discapacidad y el derecho a gozar de vacaciones. El Pleno consideró que a pesar de que la amparista solo alegó la vulneración de los derechos de protección integral de la persona con discapacidad y de gozar de vacaciones; la aplicación del principio de universalidad y la regla '*iura novit curia*', hacen advertir que la gestión del Director Ejecutivo del IDAAN, contravino el derecho al debido proceso.

La doctrina y la jurisprudencia han conceptualizado sobre la materia y han establecido reiteradamente que el derecho fundamental al debido proceso, es una prerrogativa del sistema democrático y no se circunscribe a las actuaciones judiciales, son también a las demás instancias, como bien lo ha reiterado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, atendiendo al artículo 8 de la Convención Americana. Refiere, además, que el alcance del debido proceso y el deber de motivar los actos, debe darse incluso en las actuaciones no jurisdiccionales, puesto que él, se debe a que las personas satisfagan su derecho a obtener una explicación razonada, aunque sea sintética, del motivo de la decisión y exhibir el fundamento jurídico de la decisión, como garantía del debido proceso y la tutela judicial efectiva. Concluye señalando que cuando exista una infracción de derechos fundamentales y se acuda a los mecanismos de tutela jurisdiccional, se debe verificar el acto de forma integral para determinar si hubo acatamiento del mandato constitucional; por lo que se declara nulo el acto de destitución y se dispuso su reintegro inmediato.

En México también se dio una reforma constitucional en materia de derechos humanos (2011), "la denominación del Capítulo I del Título Primero de la Constitución cambia, dejando atrás (al menos en parte) el articulado concepto de <garantías individuales>. A partir de la reforma se llama <De los Humanos y sus garantías>. La expresión de derechos humanos es mucho más moderna que la de garantías individuales y es la que se suele utilizar en el ámbito del derecho internacional, si bien es cierto que

lo más pertinente desde un punto de vista doctrinal hubiera sido adoptar la denominación de <derechos fundamentales>. En el artículo primero constitucional se recoge la figura de la <interpretación conforme>, al señalarse que todas las normas relativas a derechos humanos (del rango jerárquico que sea), se deberán interpretar a la luz de la propia Constitución y de los tratados internacionales. Esto implica la creación de una especie de bloque de constitucionalidad (integrada, no solamente por la carta magna, sino también por los tratados internacionales), a la luz del cual se deberá interpretar el conjunto del ordenamiento jurídico mexicano”²⁵². Vemos como dichas reformas constitucionales en México, también, rompen paradigmas al interpretar las normas constitucionales de acuerdo o en integración con los tratados internacionales en materia de derechos humanos.

Citaremos el artículo 1 del Título Primero, Capítulo 1 “De los Derechos Humanos y sus Garantías” de la Constitución Política de México:

“El artículo 1. En los Estado Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley”.

Afirma Carbonell que esta reforma, que comprende varios temas relativos a la

²⁵² La Reforma Constitucional en materia de Derechos Humanos: principales novedades, Septiembre de 2012, de <http://www.miguelcarbonell.com>.

tutela de los derechos humanos en México, llega en un momento crítico, dado que es muy acentuada la violencia y la actuación desbocada e ilegal de un sector de las fuerzas armadas mexicanas. Además, México acumula seis sentencias condenatorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ante la profunda deficiencia en la tutela de los derechos humanos. Es por ello, que se presenta una tarea difícil, inmensa, urgente e indeclinable para lograr que en México se respete la dignidad de todas las personas que se encuentran en su territorio²⁵³. Las reformas constitucionales en materia de derechos humanos constituyen un avance significativo para cada país latinoamericano. Cada país en particular, enfrenta sus propios retos y desafíos de interpretación, observancia y protección de los derechos fundamentales y la dignidad humana de las personas.

En Colombia, según la Corte Constitucional, el bloque de constitucionalidad “está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución”²⁵⁴. “Son pues, verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que pueden a veces contener mecanismos de reforma diversas a las normas del articulado constitucional stricto sensu”²⁵⁵.

La Constitución Política de Colombia, en sus artículos 9, 53, 93, 94 y 214, establecen la manera en que las normas internacionales pueden ser aplicadas. Los cuales citaremos a continuación:

“El artículo 9. Las relaciones exteriores del Estado se fundamentan en la

²⁵³ *Ibidem*.

²⁵⁴ Sentencia C-225-95, Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero; Sentencia C-578-95, Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz; Sentencia C-358-97, Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz; y Sentencia C-191-98, Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz; todas de la Corte Constitucional de Colombia de www.corteconstitucional.gov.co.

²⁵⁵ Sentencia C-225-95, dictada por la Corte Constitucional de Colombia, Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero de www.corteconstitucional.gov.co.

soberanía nacional, en el respeto por la autodeterminación de los pueblos y en el reconocimiento de los principios del derecho internacional aceptados por Colombia”.

El artículo 53, indica que “... Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados hacen parte de la legislación interna. La Ley, los contratos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores”.

Según el artículo 93, “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”.

Determina el artículo 94, que “La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos”.

Por su parte, el artículo 214, al regular los estados de excepción, señala en el acápite 2: “No podrán suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales. En todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario. Una ley estatutaria regulará las facultades del Gobierno durante los estados de excepción y establecerá los controles judiciales y las garantías para proteger los derechos, de conformidad con los tratados internacionales, las medidas que se adopten deberán ser proporcionales a la gravedad de los hechos”.

Es así que en Colombia el término de bloque de la constitucionalidad inició a emplearse en el año 1995, pero como concepto se venía aplicando desde años anteriores²⁵⁶, ya que en sus normativas se contempla la posibilidad de aplicar el derecho internacional al orden interno colombiano. No sucede lo mismo en Panamá, cuyo bloque de constitucionalidad se ha ido acrecentando con la jurisprudencia del Pleno de la Corte Suprema de Justicia. Nuestra Constitución Política no contempla en sus normas disposiciones tan amplias como las de Colombia. Es hasta la reforma de 2004 que la Corte Suprema interpreta el segundo párrafo del artículo 17 de la Carta Magna como prevalente en cuanto a derechos fundamentales y dignidad de la persona.

²⁵⁶ Sentencia C-225-95 dictada por la Corte Constitucional de Colombia. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero de www.corteconstitucional.gov.co.

Sigue señalando la Corte Constitucional de Colombia que “el único sentido razonable que se puede conferir a la noción de prevalencia de los tratados de derechos internacionales es que éstos forman, con el resto del texto constitucional, un bloque de constitucionalidad cuyo respeto se impone a la ley. En efecto, de esa manera se armoniza plenamente el principio de supremacía de la Constitución, como norma de normas, con prevalencia de los tratados ratificados por Colombia, que reconocen los derechos humanos y prohíben su limitación en los estados de excepción. Como es obvio, la imperatividad de las normas humanitarias y su integración en el bloque de constitucionalidad, implica que el Estado Colombiano debe adoptar las normas de inferior jerarquía del orden jurídico interno a los contenidos del derecho internacional humanitario, con el fin de potenciar la realización material de tales valores”²⁵⁷.

Mediante Sentencia C-358-97 y Sentencia C-582-99, la Corte Constitucional de Colombiana, limita el concepto de bloque de constitucionalidad para entender que no todos los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia hacen parte del bloque de constitucionalidad, sino que salvo remisión expresa de normas superiores, solo constituyen parámetros de control constitucional aquellos tratados y convenios internacionales que reconocen derechos humanos y que prohíben su limitación en estados de excepción²⁵⁸. Así mismo determinó que existen del concepto de bloque de constitucionalidad dos sentidos: 1. Del ‘*strictu sensu*’, el cual se encuentra conformado por aquellos principios y normas de valor constitucional que se reducen al texto de la Constitución propiamente dicho y a los tratados internacionales que consagren derechos humanos cuya limitación se encuentre prohibida durante los estados de excepción, tal como lo consagra el artículo 93 de la Constitución Política²⁵⁹. En Panamá, constituyen

²⁵⁷ Sentencia C-225-95 dictada por la Corte Constitucional de Colombia. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero de www.corteconstitucional.gov.co.

²⁵⁸ Sentencia C-358-97 dictada por la Corte Constitucional de Colombia. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz, y Sentencia C-582-99 dictada por la Corte Constitucional de Colombia. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero de <http://www.corteconstitucional.gov.co>.

²⁵⁹ Sentencia C-191-98 dictada por la Corte Constitucional de Colombia. Magistrado Ponente: Eduardo

parte del bloque de constitucionalidad, solo aquellas sentencias proferidas por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia en materia constitucional que no sean contrarias al Estado de Derecho, y que guarden relación con el derecho internacional humanitario.

Tanto México como Colombia reconocen en su normativa constitucional la interpretación de los derechos de conformidad con la Constitución y con los tratados internacionales de derechos humanos. De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Panamá, reconoce la aplicación de la normativa internacional a través de la jurisprudencia constitucional. Ahora bien, el artículo 4 de nuestra Constitución Política es claro al establecer que “La República de Panamá acata las normas de Derecho Internacional”. La Constitución de 1904, nada señaló al respecto, esta norma es introducida en la Constitución Política de 1946, en iguales términos que el artículo 4 antes citado. Es preciso indicar que el artículo 4 de la Constitución de 1972, incorporó un elemento, al establecer que “La República de Panamá acata las normas universalmente reconocidas del Derecho Internacional **que no lesionen el interés nacional**”. No obstante, con posterioridad, los actos reformativos de 1978, 1983 y 1994 mantienen literalmente el artículo 4 de la Constitución de 1946, es decir, que en Panamá desde el año 1946, se acepta, acata y respeta las normas internacionales.

2. Derecho Fundamental a la Prueba y la Prueba de Oficio.

Es importante precisar el concepto de derechos fundamentales. Luigi Ferrajoli propone una definición teórica, puramente formal o estructural, de los Derechos Fundamentales: “son todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a <todos> los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones)

adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por status la condición de un sujeto prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas”²⁶⁰.

Nos indica Ferrajoli que “... los contenidos de los derechos fundamentales, o sea, a la naturaleza de las necesidades protegidas por ellos, es en gran parte consecuente al análisis que procede sobre sus caracteres estructurales: universalidad, igualdad, indisponibilidad, atribución ex lege y rango habitualmente constitucional y por ello supraordenado a los poderes públicos como parámetros de validez de su ejercicio. Precisamente, en virtud de estos caracteres, los derechos fundamentales, a diferencia de los demás derechos, vienen a configurarse como otros tantos vínculos sustanciales normativamente impuestos en garantía de intereses y necesidades de todos estipulados como vitales, por eso <fundamentales> (la vida, la libertad, la subsistencia) ... Agrega que “la forma universal, inalienable, indisponible y constitucional de estos derechos se revela, en otras palabras, como la técnica o garantía prevista para la tutela de todo aquello que en el pacto constitucional se ha considerado <fundamental>. Es decir, de esas necesidades sustanciales cuya satisfacción es condición de la convivencia civil y a la vez causa y razón social de ese artificio que es el Estado”²⁶¹.

Es por ello que al tratarse de necesidades esenciales y primordiales de los ciudadanos para la vida en sociedad, todo juez debe velar por el respeto de los derechos fundamentales y las garantías constitucionales y procesales; debe ser vigilante de que el proceso se desarrolle cumpliendo con las garantías y derechos fundamentales como el debido proceso. “El derecho a proponer y aportar pruebas, sin obstáculos irrazonable,

²⁶⁰ FERRAJOLI, Luigi. Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales, edición de Antonio de Cabo y Gerardo Pissarello. Editorial Trotta, Madrid, 2009, p. 19.

²⁶¹ FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 35.

constituye un elemento esencial del debido proceso”²⁶².

El derecho a proponer pruebas se encuentra incluido, como elemento esencial, en el derecho a ser oído previsto en el artículo 8, ordinal 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ratificado por Panamá, mediante Ley No. 15 de 28 de octubre de 1977 y que entró a regir el 18 de julio de 1978.

Afirma Oliver Galé, que “dentro del núcleo esencial del derecho fundamental del debido proceso, en su componente del derecho a la prueba, se encuentran, entre otros, el derecho a utilizar todos los medios de pruebas con que se cuenten, para demostrar la verdad de los hechos en que se finquen las pretensiones, excepciones, con las limitaciones de conducencia, pertinencia, licitud y utilidad (...)”²⁶³.

Observemos como el artículo 954 del Código Judicial hace referencia al respeto de los derechos fundamentales de las partes, al indicar que “A solicitud de parte o de oficio, el juez puede ordenar se verifiquen inspecciones o reconocimientos de lugares, cosas, documentos, bienes muebles o inmuebles, semovientes o de personas. (...) Si la diligencia de inspección personal fuere de alguien que no es parte en el proceso y afecte su dignidad, al arbitrio del juez, no estará obligado a permitirla”, es decir respetando los derechos fundamentales de las partes.

Debemos resaltar lo que establece el artículo 473 del Código Judicial, “Todo acto facultativo u oficioso del Juez puede ser instado por cualquiera de las partes. Sin embargo, el Juez no estará obligado a pronunciarse”. Esta posibilidad que contempla la norma antes citada en nada incide en el deber probatorio oficioso, puede el juez negarse, abstenerse de pronunciamiento o acoger dicha petición, sin que ello implique vulneración del debido proceso (artículo 32 de la Constitución Política). Le es permitido

²⁶² FÁBREGA Ponce, Jorge (2004). Op. cit., p. 893.

²⁶³ OLIVER Galé, Carlos Alberto. Op. cit., p. 120.

a las partes instar al juez en el ejercicio de su derecho de defensa en el proceso.

En sentencia de 18 de diciembre de 2006, la Sala de Casación Civil- Agraria de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, precisó: “Desde otro punto de vista, es bastante frecuente en el foro, que las partes insinúen o sugieran al juez que haga uso de los poderes a él conferidos para buscar un determinado resultado acerca de los hechos debatidos en el juicio, y si aquel accede a tales peticiones en el curso de la etapa probatoria, o con posterioridad a ella, no puede verse allí una prueba ilegal o irregular, que comporte la violación de derechos constitucionales o ilegales de las partes, sino cumplimiento de la noble función de esclarecimiento que se le asigna al referido funcionario judicial que, en manera alguna las perjudica, habida cuenta es una prueba que se incorpora al proceso respetando el principio de publicidad y contradicción. Es que como ha tenido oportunidad de precisarlo esta Sala en el pasado, el Juez en los tiempos que corren no es un convidado de piedra al proceso, sino que tiene un rol fundamental de desempeñar en él, como miras a la solución de los conflictos sometidos a su conocimiento, por lo que no debe limitarse a adelantar el juicio con los elementos o medios probatorios que le son suministrados por las partes, sino que debe ejercer su laborío, según las circunstancias, con arreglo a la facultad de decretar pruebas de oficio, con miras a adoptar una decisión justa apoyada en una realidad objetiva y no meramente aparente²⁶⁴.

En este orden, La Sala de Casación Civil-Agraria de la Corte Suprema de Colombia²⁶⁵ señaló que tan como también se dijo en otro momento, solo le corresponde al juez o magistrado, determinar previamente la decisión del decreto de oficio de pruebas, cuáles son las alegaciones de las partes y los hechos relacionados con éstas, así

²⁶⁴ Sentencia de 18 de diciembre de 2006, M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, Sala de Casación Civil-Agraria de la Corte Suprema de Colombia.

²⁶⁵ Sentencia de 25 de mayo de 2004, dictada por la Sala de Casación Civil-Agraria de la Corte Suprema de Colombia.

como cuáles de estos hechos requieren de su verificación o prueba y cuáles estima o considera útiles para tal efecto. De allí que si bien no se trata de una mera discrecionalidad sino de un deber edificado sobre el juicio y conclusión razonable del juzgador, no es menos cierto que solo a él le compete hacer dicho análisis y adoptar la decisión que estime pertinente de decretar o no la prueba de oficio, pues le basta decretarlas sin recurso alguno (artículo 179, inc. 2ª. C.P.C.), o simplemente abstenerse de hacerlo pues, solo depende de su iniciativa.

El proceso es una contienda entre las partes, por lo que son éstas las llamadas a demostrar las afirmaciones respecto a su pretensión; si en el desarrollo del mismo se limita la oportunidad de presentar pruebas, no se admiten las presentadas o se impide su práctica, ello constituye una vulneración del derecho a la prueba y al derecho de defensa, ambos son parte integrante del debido proceso y, por ende, son derechos fundamentales. También, constituye violación a los derechos fundamentales de las partes, el hecho de que el juez no haga uso del decreto de pruebas de oficio para verificar las afirmaciones de las partes, aclarar puntos oscuros o dudosos, la repetición o perfeccionamiento de cualquier prueba cuando ha sido mal practicada o sea deficiente, Lo expuesto conlleva a que el juez debe ser vigilante y tomar todas las medidas adecuadas para que las pruebas sean admitidas y practicadas como lo prescribe la ley, y así evitar indefensión a las partes. El Juez debe garantizar a los litigantes que el proceso se desarrolle cumpliendo con los trámites establecidos en la Ley.

Es así que, reiterada jurisprudencia del Pleno de la Corte Suprema de Justicia, ha señalado respecto a la garantía constitucional del debido proceso, en los términos planteados en el artículo 32 de la Constitución Política, contiene tres derechos o aspectos fundamentales, a saber: 1) el derecho a ser juzgado por la autoridad competente; 2) **el derecho a que ese juzgamiento se lleve a cabo de conformidad con los trámites establecidos en la ley para el tipo de proceso de que se trate;** y, 3) el

derecho a no ser juzgado más de una vez por la misma causa penal, policiva o disciplinaria²⁶⁶.

De acuerdo con este postulado, Oliver Galé expone que “el juez es el principal garante de los derechos fundamentales, y está mucho más cerca de la sociedad que los demás poderes estatales, lo que le da una verdadera legitimidad, así no sea elegido popularmente”²⁶⁷.

Los derechos fundamentales cuentan con acciones para su defensa ante posibles violaciones, es así que el artículo 50 de la Constitución Política prevé la acción de amparo de garantías constitucionales.

Precedentes judiciales en materia de acción de amparo de garantías constitucionales, han permitido, por esta vía, verificar la valoración de las pruebas cuando se han vulnerado derechos fundamentales. Es así, que el Pleno de la Corte Suprema de Justicia de Panamá, mediante fallo de 8 de noviembre de 2013, señaló:

“En ese sentido, la Corte ha señalado que la utilización del amparo como medio para verificar que la aplicación o interpretación de la ley o la valoración de las pruebas por parte del juzgador haya sido correcta es posible, de manera excepcional, en aquellos casos en los que se ha violado un derecho o garantía fundamental por razón de una sentencia arbitraria o por una sentencia en la que exista *falta de motivación* o que se haya realizado una *motivación insuficiente* o deficiente argumentación (Cfr. Sentencia de 21 de noviembre de 2011) o cuando se trate de una sentencia en la que se aprecie una *evidente mala valoración o no apreciación de algún medio probatorio* trascendental para la decisión (Cfr. Sentencia de 4 de julio de 2012) o cuando se trate de una sentencia en la que se ha cometido un grave error al interpretar o aplicar la ley, siempre que, se reitera, se afecte con una de dichas sentencias un derecho o garantía

²⁶⁶ Fallos de 13 de septiembre de 1996, 7 de julio de 2004 y de 20 de mayo de 2010 del Pleno de la Corte Suprema de Justicia.

²⁶⁷ OLIVER Galé, Carlos Alberto. Op. cit., p. 33.

fundamental (Cfr. Sentencia de 5 de septiembre de 2012)”²⁶⁸.

Es importante tener presente que el amparo no es un mecanismo de verificación de la valoración probatoria del tribunal, sin embargo, la máxima Corporación de Justicia ha sido enfática en señalar que puede utilizarse de forma excepcional frente a una evidente conculcación de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución y en los demás elementos que forman parte del bloque de la Constitucionalidad en Panamá.

En el proceso, las partes tienen un derecho fundamental a la prueba; debe cumplirse con el trámite esencial que le permite a las partes aportar pruebas y practicarlas. De conformidad con los artículos 17 y 32 de la Constitución Política, el derecho a presentar pruebas constituye un aspecto esencial del derecho de defensa, del debido proceso. De existir vulneración a este derecho a la prueba por parte del juez, a los afectados les asiste las acciones especiales a través de los medios de impugnación para hacerlo efectivo. Es así que, si el juez ad-quo omite o prescinde del trámite probatorio de la admisión de alguna prueba o el término de pruebas, el ad-quem revocará la sentencia y ordenará su práctica, y si no lo hiciere, constituirá causa de casación en la forma (art. 1170 del C.J.). Si el Juez, al disponer del decreto de pruebas de oficio vulnera derechos fundamentales, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que es viable la acción de amparo de garantías constitucionales.

Así, en Fallo de 10 de agosto de 1995, este Pleno, confirma una resolución apelada en la que se inadmitió un amparo contra un auto que ordenó pruebas de oficio, enunció la siguiente consideración:

"... el artículo 782 del Código Judicial le confiere al juzgador facultades para ordenar, bien en el período probatorio y hasta antes de expedir el fallo

²⁶⁸ Sentencia de 8 de noviembre de 2013, dictada por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia de Panamá, Magistrado Ponente: Jerónimo Mejía.

correspondiente, la práctica de pruebas que le permitan verificar con mayor precisión las afirmaciones de las partes aclarar puntos oscuros. Cabe anotar que el Tribunal de Amparo no excluye del beneficio de esta acción a las órdenes judiciales de práctica de pruebas que desborden o excedan la finalidad de las facultades conferidas al juzgador en el artículo 782 mencionado, cuando estas sean lesivas de los derechos y garantías que la constitución consagra en beneficio de los ciudadanos²⁶⁹.

Igualmente, el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, se pronunció en una acción de amparo de garantías constitucionales sobre la prueba de oficio y señaló que:

“Sobre las facultades oficiosas que tienen los juzgadores para ordenar la evacuación de las probanzas que a bien tengan para esclarecer los hechos controvertidos, sobre los cuales gira el debate llevado por las partes en el proceso, el Pleno ha sido constante en sus planteamientos jurisprudenciales en el sentido de que las resoluciones por medio de las cuales se ejercen tales prerrogativas, en principio, no son susceptibles de ser recurridas por la vía de la acción de amparo.

(...)

Al profundizar sobre la naturaleza jurídica de la prueba de oficio, la Corte ha señalado que constituyen una herramienta auxiliar del juzgador, instituida por el derecho procesal moderno, para practicar aquellas diligencias que considere necesarias, por motivaciones de orden público, para el mejor esclarecimiento de los hechos, antes de resolver un asunto sometido a su conocimiento. Es por ello, que la Corte Suprema de Justicia en diversos pronunciamientos jurisprudenciales, ha reiterado que los actos en que se ordene la práctica oficiosa de pruebas para coadyuvar en la decisión que ha de emitir un juzgador, no constituyen una orden de hacer o no hacer, que violente las garantías constitucionales de un individuo, razón suficiente para no admitir la presente acción de amparo.”

Como se observa, la Corte entiende que el acto por el cual un Juez o Tribunal dispone o le provee al proceso la evacuación de una prueba que ha estimado necesaria para llegar al fondo del asunto debatido, en sí mismo no es impugnabile en sede de amparo de garantías constitucionales, ello, en cuanto tal iniciativa probatoria en su ejercicio no conlleve alguna extralimitación del Juzgador o que, dicho de otra forma, se pretenda ejercer sobrepasando los parámetros sobre los cuales la Ley

²⁶⁹ Sentencia del 10 de agosto de 1995, Sentencia de 19 de junio de 2003, ambas del Pleno de la Corte Suprema de Justicia de Panamá.

enmarca dicha potestad, y este exceso provoque **afectación de derechos fundamentales**. Esto es, por ejemplo, ordenando la práctica o recepción de probanzas que correspondían realmente aportar o instar en su evacuación a las partes, o que se disponga su evacuación, de modo tal que se amplíe, restrinja o mediatice el alcance que debe tener la misma.

Ahora bien, cuando estas últimas situaciones son las que tienen lugar, entonces **sí cabe recurrir a la vía del amparo para restituir las garantías fundamentales que el ejercicio abusivo o arbitrario de la potestad jurisdiccional que se comenta las vulnera**.

Y esta idea ha sido igualmente planteada por el Pleno, al considerar que los autos, para mejor proveer dictados al amparo de esa prerrogativa probatoria oficiosa, no escapan del ámbito de aplicación del remedio procesal como el que ha articulado el amparista, cuando lesionan las garantías o derechos que constitucionalmente se consagran en beneficio de los particulares²⁷⁰ (Lo resaltado es nuestro).

Respecto a la protección de los derechos fundamentales con relación a la prueba de oficio, es preciso citar el fallo de 17 de mayo de 2010²⁷¹; la Corte Suprema de Justicia al resolver un amparo de garantías constitucionales, en contra de la Resolución 103-09 de 11 de Septiembre de 2009, emitida por el Ministerio de Obras Públicas, en el cual el amparista refiere haber sido destituido a pesar de estar amparado por las Ley 42 de 1999 y Decreto Ejecutivo 88 de 2002 (persona con discapacidad); no obstante, no existía en la actuación demandada constancias de la existencia de la discapacidad. El Pleno de la Corte Suprema de Justicia en atención al principio pro homine, según el cual siempre, y no solo en caso de dudas, debe optar por una interpretación que procure la mejor tutela, satisfacción, promoción y reconocimiento de los derechos y garantías fundamentales, emite en sede de amparo un decreto de prueba oficiosa, con la finalidad de verificar la afirmación del amparista de ser una persona con discapacidad. Refiere el magistrado ponente, en el fallo en estudio, que el legislador no estableció expresamente

²⁷⁰ Sentencia de 26 de marzo de 2004, M.O. Rogelio A. Fábrega Zarak, Pleno de la Corte Suprema de Justicia de Panamá.

²⁷¹ Fallo de 17 de mayo de 2010, proferido por la Corte Suprema de Justicia, Magistrado Sustanciador, en Sala Unitaria, Jerónimo Mejía.

la posibilidad que el Tribunal de amparo pudiese practicar pruebas de oficios; salvo que el funcionario o corporación no rindiera el informe respectivo en la ley (art. 2623 CJ); pero ante la no acreditación de la vulneración del derecho o garantía fundamental que se invoca como fundamento, podría el juzgador suplir ese vacío, toda vez que el legislador expresamente no lo prohibió.

Concluye el pleno estableciendo los siguientes aspectos que justifican la postura, a saber: a) Que las autoridades de la República están instituidas para asegurar la efectividad de los derechos individuales y sociales; b) Que en el plano judicial, tal obligación se traduce, entre otras cosas, en el deber que tienen los jueces de tutelar y asegurar la efectividad de los derechos y garantías fundamentales; c) Que las normas constitucionales y legales se deben interpretar teniendo presente que el objeto de todo proceso consiste en el reconocimiento de los derechos, lo cual implica que, con esos mismos propósitos, se debe integrar los vacíos legales; d) Que los vacíos legales se llenan mediante la aplicación de los principios constitucionales y generales del derecho (artículo 469 del Código Judicial), así como a través de la aplicación de normas que regulan casos o materias semejantes (artículo 13 del Código Civil).

Aunado a lo anterior, la corte señala que en materia de Derechos Fundamentales rige el principio *pro homine*, por lo que debe procurarse siempre la interpretación que mejor proteja, satisfaga, promueva y reconozca los derechos y garantías fundamentales; por lo que al ser una regla general la práctica de pruebas de oficios en diversas ramas del Derecho, se concluye que el Tribunal de Amparo debe practicarlas cuando se tutela derechos de una persona en estado de vulnerabilidad, como la existencia de una discapacidad.

La decisión de fondo es adoptada mediante Sentencia de 11 de octubre de

2010²⁷², en la cual, el Pleno resalta que aun estando en estado de resolver, al advertir la existencia de un vacío sobre la existencia o no de una discapacidad en la persona del amparista, la corte consideró necesario aclarar los puntos oscuros o dudosos de la controversia mediante la práctica de prueba de oficio; reiterando la necesidad de que un tribunal de amparo tutele efectivamente los derechos fundamentales, señalando el mismo fundamento de la decisión previamente referida sobre la viabilidad de las pruebas de oficio.

Se advierte que la práctica de prueba de oficio sirvió para establecer la existencia de la discapacidad y conceder el amparo solicitado, así como el reintegro del amparista a su puesto de trabajo.

En dicha sentencia se dio un salvamento de voto del Ex Magistrado José Abel Almengor. La postura del Magistrado Almengor es un voto concurrente, puesto que si bien respaldaba la decisión asumida por el pleno, en virtud del deber estatal de proteger a las personas con capacidades especiales en el plano laboral y que le asiste el derecho en virtud de la normativa vigente de gozar de estabilidad laboral al amparista; estima que las diligencias probatorias exceden las facultades que le concede la ley y desnaturaliza el contenido del artículo 2623 del Código Judicial y el carácter sumarísimo del amparo.

A juicio del funcionario, la vía contenciosa administrativa garantizaba una mejor protección a los derechos del amparista, concedía mayores libertades probatorias e incluso le garantizaba la posibilidad de discutir el posible pago de salarios caídos; puesto que, además, el ponente cita decisiones de la Sala Tercera en el contenido del fallo, lo que advierte que aquella era la vía natural para la causa. No obstante, la vía para solicitar el reconocimiento de un derecho es elección de las partes. Por otro lado, es sabido por

²⁷² Sentencia de 11 de octubre de 2010, dictada por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia de Panamá, Magistrado Ponente: Jerónimo Mejía.

todos que la vía de acción de amparo de garantías constitucionales es más expedita y por ende más favorable al amparista. Además, lo anterior es sin perjuicio de que el amparista promueva su reclamación de salarios caídos.

En este mismo sentido, se ha pronunciado el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, en Fallo de 19 de mayo de 2010²⁷³. La amparista alega que al haber sido dejado sin efecto su nombramiento como agregada cultural de la Embajada de Panamá en Suecia, a pesar de estar amparada en normas de protección por ser una persona con discapacidad (Ley 42 de 1999 y Decreto Ejecutivo 88 de 2002); pero no existía en la actuación de la demandada constancia de la existencia de la discapacidad). En la sentencia de fondo de 8 de marzo de 2012²⁷⁴, el Pleno asume similar criterio a la decisión anterior (17 de mayo de 2010) en el sentido de mantener los mismos fundamentos de la necesidad de la prueba de oficio en materia de amparo; lo que llevó a la conclusión de conceder el amparo y ordenar su reintegro a su puesto de trabajo.

Para el 21 de enero de 2013²⁷⁵, el Pleno de la Corte Suprema de Justicia mantiene igual postura en una acción de amparo. El amparista alegó que al haber sido cesado del cargo que ejercía ante el Ministerio de Economía y Finanzas se le vulneraron sus derechos fundamentales al no ameritar una sanción de ese tipo y ser padre de una hija con discapacidad psicológica; pero no existía en la actuación demandada constancias de la existencia de la discapacidad. Es así que se dicta esta resolución que dispone decreto de prueba de oficio.

²⁷³ Fallo de 19 de mayo de 2010, proferido por la Corte Suprema de Justicia, Magistrado Sustanciador, en Sala Unitaria, Jerónimo Mejía.

²⁷⁴ Sentencia de 8 de marzo de 2012, dictada por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia de Panamá, Magistrado Ponente: Jerónimo Mejía

²⁷⁵ Fallo de 21 de enero de 2013, proferido por la Corte Suprema de Justicia, Magistrado Sustanciador, en Sala Unitaria, Jerónimo Mejía.

Es conveniente también citar el fallo de 16 de junio de 2015²⁷⁶, de la Corte Suprema de Justicia, al entrar a resolver el recurso relacionado con un proceso de protección en favor de dos menores de edad de 2 y 7 años de edad. La Sala consideró que existían contradicciones en algunos informes que existían en el expediente (dos evaluaciones psiquiátricas forenses, informes de visitas supervisadas con la madre por el equipo interdisciplinario del Juzgado Segundo de Circuito de Panamá e informe psiquiátrico privado). En esta resolución se siguió la posición de la sala de practicar pruebas de oficio, en sede de amparo, cuando se tutelan personas en estado de vulnerabilidad y con vista a que los menores de edad deben ser protegidos por el Estado, de conformidad con el artículo 56 de la Constitución, en concordancia con el artículo 3 de la Convención sobre derechos del Niño, se hacía necesario interrogar a los peritos para esclarecer dudas en beneficio del interés superior de los menores de edad; disponiendo la citación de los peritos para la práctica de la prueba.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia ha señalado en reiterados fallos “que el decreto de pruebas de oficio, constituye un deber cuando en el proceso no obren elementos de juicio suficientes, para decidir el asunto sometido a su conocimiento; al no haberse allegado estos con la solicitud de amparo, <esto en razón de la labor constitucional encomendada es precisamente la protección efectiva de los derechos fundamentales, de suerte que es imperativo para el juez constitucional como conocedor del derecho, reunir todos los elementos probatorios que le permitan determinar con certeza la procedencia del amparo solicitado”²⁷⁷.

La Corte Constitucional de Colombia, claramente señaló en el fallo anteriormente citado, que el ejercicio de esta facultad es una expresión de la tutela judicial efectiva que

²⁷⁶ Fallo de 16 de junio de 2015, proferido por la Corte Suprema de Justicia, Magistrado Sustanciador, en Sala Unitaria, Jerónimo Mejía.

²⁷⁷ Sentencia T-042 de 2005, Corte Constitucional de Colombia, citada por OLIVER Galé, Carlos Alberto. La Prueba de Oficio: Entre Activismo y Revisionismo. El Punto de Vista de un Juez. Editorial Librería Jurídica Sánchez R. Ltda., Medellín - Colombia, 2010, p. 180.

competente al juzgador al momento de dirimir una controversia sometida a su conocimiento; lo que materializa de forma inequívoca el principio de realización y efectivización de los derechos consagrados al ciudadano.

El juez como director del proceso, debe garantizar que las pruebas sean presentadas en el proceso, en la forma correcta, en apego a las formalidades previstas en la ley, de tiempo, modo y lugar; velar por las exigencias en el procedimiento civil para cada medio de prueba, que estén libre de vicios como el dolo, error, violencia, intimidación, etc. Al igual que sean valoradas en cumplimiento de los requisitos exigidos en la Ley, y que constituyen una solemnidad de orden público, es decir, de obligatorio cumplimiento para el juez.

El proceso civil en un sistema democrático de derecho, donde se respete, proteja y garantice los derechos fundamentales consagrados en la Constitución, Tratados y Convenios Internacionales de Derechos Humanos, supone que el juez como director del proceso debe adoptar las medidas necesarias para garantizar el respeto de los derechos fundamentales; “desde el ámbito constitucional el primer garante de los derechos fundamentales es el juez ordinario y luego el juez en ejercicio del control de constitucionalidad difuso a través de la acción de tutela”²⁷⁸.

Es importante tener claro que “dentro de la competencia que, la Constitución Política da al legislador, para determinar los actos y procedimientos necesarios, a fin de que las partes reclamen sus derechos, el Estado dentro de esa órbita de competencia de regulación, puede atribuirle al juez la posibilidad de comprobar la verdad de las afirmaciones de las partes, pues de esa manera, se es más justo en las decisiones y se garantizan los derechos de las partes, enmarcándose en consecuencia, dentro de los

²⁷⁸ OLIVER Galé, Carlos Alberto. Op. cit., p. 124.

parámetros constitucionales, propios del Estado Social y Democrático de Derecho”²⁷⁹.

Nos parece pertinente citar la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia, que reconoce ciertas garantías que guardan relación con la prueba en un proceso judicial: 1. El derecho a presentarlas y solicitarlas; 2. El derecho para controvertir las pruebas que se presenten en su contra; 3. El derecho a la publicidad de la prueba, pues de esta manera se asegura el derecho de contradicción; 4. El derecho a la regularidad de la prueba, esto es, observando las reglas del debido proceso, siendo nula de pleno derecho la obtenida con violación de éste; 5. El derecho a que de oficio se practiquen las pruebas que resulten necesarias para asegurar el principio de realización y efectividad de los derechos (arts. 2 y 228), y 6. El derecho a que se evalúen por el juzgador las pruebas incorporadas al proceso”²⁸⁰. La Corte Constitucional antes citada desarrolla la prueba de oficio como una garantía para la realización y efectividad de los derechos.

Por último, es preciso indicar que siendo el derecho a la prueba un derecho fundamental, no basta con que el juez garantice en el proceso la publicidad, contradicción de la prueba, aportar pruebas en contrario y la participación de las partes en la producción probatoria sino que debe velar por la efectividad del derecho a probar que tienen las partes, que guarda relación con el derecho de defensa y con el deber del juez de perfeccionar ese derecho a probar mediante la prueba de oficio y así cumplir con la tutela judicial efectiva. Esa integración que hace el juez al aportar pruebas de oficio al proceso permite el cumplimiento de las mínimas garantías requeridas para emitir fallos justos y bajo los criterios de equidad.

²⁷⁹ *Ibíd*em, p. 30.

²⁸⁰ Sentencia C-1270 de 2000 dictada por la Corte Constitucional de Colombia, M.P. Antonio Barrera Carbonel, de <http://www.corteconstitucional.gov.co>.

3. Libertad probatoria desde la perspectiva de los Derechos Humanos.

“La libertad en general, constituye uno de los grandes logros en el desarrollo histórico del hombre, que ha permitido emanciparse de cualquier forma de esclavitud o de interferencia injustificada de otros individuos, grupos e incluso del mismo Estado. Sin embargo, tal derecho de orden natural, hoy positivizado, tiene límites precisos como lo son la libertad de los demás y los derechos de la comunidad, sin que tales limitaciones puedan precisarse en forma concreta, de manera anticipada, sino que en cada caso debe mirarse si en el conflicto de intereses se pueden conciliar las pretensiones o si deben ceder en esa circunstancia específica”²⁸¹.

Las libertades “no son absolutas y tienen límites, los cuales se han generalizado en los derechos de los demás y la comunidad, permitiendo que, en los eventos de intervención, se busque llegar a un fin constitucional legítimo, respetando el principio de proporcionalidad en sus componentes de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, en sentido estricto”²⁸².

Al respecto, afirma Parra Quijano que “No podemos hoy y, sobre todo, frente a los acontecimientos mundiales, afirmar que triunfó la civilidad. Se debe seguir recalcando sobre los derechos inalienables de la persona humana, dentro de los cuales está la integridad psíquica. Esa necesidad de tener en cuenta esos derechos ha conducido a que algunos juristas afirmen que los medios de prueba deben estar, sobre todo en materia penal, taxativamente enumerados (...). Obsérvese que el medio de prueba en esta perspectiva no es solamente un asunto personal, sino también es una oportunidad de “tutelar los derechos individuales constitucionalmente garantizados, frente al peligro de sus posibles violaciones (...). Se puede defender la tesis de la libertad

²⁸¹ OLIVER Galé, Carlos Alberto. Op. cit., p. 20.

²⁸² *Ibidem*, p. 21.

de los medios de prueba, pero siendo enfáticos en afirmar que de ninguna manera se pueden violar los derechos individuales constitucionalmente garantizados”²⁸³.

Nuestro ordenamiento procesal civil posee, en cuanto a los medios de prueba que pueden hacerse valer en el proceso, un listado de *numerus apertus*, un listado abierto y amplio. Y el artículo 780 del Código Judicial los enumera así:

“Sirven como prueba los documentos, la confesión, el juramento, la declaración de parte, la declaración de testigos, la inspección judicial, los dictámenes periciales, los informes, los indicios, los medios científicos y cualquier otro medio racional que sirva a la formación de la convicción del juez, siempre que no estén expresamente prohibidos por la ley, ni violen *derechos humanos*, ni sean contrarias a la moral o al orden público. Pueden asimismo emplearse calcos, reproducciones y fotografías de objetos, documentos y lugares. Es permitido, para establecer si un hecho puede o no realizarse de determinado modo, proceder a la reconstrucción del mismo. Si el juez lo considera necesario, puede procederse a su registro en forma fotográfica o electromagnética. En caso de que así conviniera a la prueba, puede también disponerse la obtención de radiografías, radioscopias, análisis hematológicos, bacteriológicos y la práctica de cualquier otro procedimiento de comprobación científica”.

Observamos que nuestro “(...) código no fija un orden jerárquico de los medios de prueba; la norma general es que el Juez o las partes puedan acudir a cualquiera de los medios conforme estimen conveniente y que las restricciones y excepciones son de derecho estricto y dichas excepciones y restricciones no se pueden aplicar analógicamente a supuestos distintos a los previstos en la ley”²⁸⁴; ni que vulneren derechos fundamentales.

En cuanto a los medios de prueba, indica Fábrega Ponce que “no se puede constreñir físicamente a una persona a efecto de que rinda testimonio, ni se puede extraerle la sangre, bajo fuerza, para practicar un examen hematológico. Ello se deduce

²⁸³ PARRA Quijano, Jairo (2011). Op. cit, p. 13.

²⁸⁴ FÁBREGA Ponce, Jorge (2004). Op. cit., p. 891.

de la concepción que se tiene sobre la integridad de la persona humana (la inviolabilidad del cuerpo humano). Pero ello no significa que el Juez carezca de medios para coaccionar jurídicamente a las partes o incluso a terceros para la práctica de determinadas pruebas. Así por ejemplo, el Juez puede citar a la parte (o a terceros) para que declaren y si la parte no concurre deducir indicio de su incomparecencia, y si es un tercero puede sancionarlo o hacerlo comparecer por la policía; o decretar allanamientos para obtener pruebas. El Juez puede deducir indicios de la negativa o la renuencia de la parte a facilitar la práctica de la prueba o imponer sanciones a terceros renuentes a ello. En cambio, se pueden ejercer mecanismos coactivos para obtener medios materiales, que deseamos en la potestad del Estado para ofrecer tutela jurídica”²⁸⁵.

Afirma Oliver Galé, que “siendo la libertad, en general un derecho fundamental previsto en diversas reglas, principios y valores dentro de la Constitución, es claro que, tiene límites, algunos de los cuales vienen establecidos por la misma Constitución o diferidos al legislador por la misma Carta Política. En estricto sentido, los límites a los derechos fundamentales, son aquellos que el constituyente remite al legislador para que restrinja el ejercicio de un derecho fundamental, descrito de manera general, o para que restrinja su titularidad. También se da el concepto de límite, cuando la misma Constitución, consagra una supresión específica del derecho fundamental de una determinada persona. (...) La delimitación en estricto sentido, consiste en definir los contornos generales y objetivos de un derecho fundamental. Tal definición viene muchas veces prevista por la norma que consagra el derecho, o por otras normas constitucionales o por normas legales por remisión constitucional”²⁸⁶.

Sentis Melendo señala que la libertad lleva consigo “ese principio de adquisición que las pruebas no se adquieren para o por las partes que las proponen, sino para el proceso; en una palabra, que no hay prueba de parte. (...) En el momento definitivo de

²⁸⁵ *Ibidem*, p. 887.

²⁸⁶ OLIVER Galé, Carlos Alberto. *Op. cit.*, p. 23.

juzgar, el juez debe contar con toda la libertad. Incluso la de expresar que no ve las cosas claras, que está en duda: *non liquet*. Los romanos eran más honestos: al no verlo claro, lo decían así, y no sentenciaban; era una gran libertad. (...) Así, un problema tras otro, sólo (sic) pueden resolverse contando el sujeto juez o parte con toda la libertad”²⁸⁷.

Indica Devis Echandía que, “para que la prueba cumpla su fin de lograr la convicción del juez sobre la existencia o inexistencia de los hechos que interesan en el proceso, en forma que se ajuste a la realidad, es indispensable otorgar libertad para que las partes y el juez puedan obtener todas las que sean pertinentes, con la única limitación de aquellas que por razones de moralidad versen sobre hechos que la ley no permite investigar, o que resulten inútiles por existir presunción legal que las hacen innecesarias (en cuanto se persiga con ellas probar lo presumido; no cuando se intenta desvirtuar la presunción, a menos que en el último caso sea *juris et de jure*) o sean claramente impertinentes o inidóneas”²⁸⁸.

Así como existe libertad probatoria para el demandante también “existe ... para el demandado un derecho de libertad; afirma Rocco que, su derecho de libertad sólo (sic) pueda ser sacrificado en la medida y dentro de los límites del correspondiente derecho subjetivo, cuya existencia se ha declarado cierta, y sólo (sic) en cuanto a la realización de él”²⁸⁹.

Es así que “como a todo derecho subjetivo alegado por el actor corresponde una obligación jurídica en la persona del demandado, de la declaración de certeza acerca de la existencia o inexistencia de esa relación depende la existencia o inexistencia de un vínculo a la libertad jurídica del demandado y, por tanto, la determinación y delimitación de su derecho de libertad Por tanto, también el demandado tiene un derecho a

²⁸⁷ SENTIS Melendo, Santiago. Op. cit., p. 25 y 26.

²⁸⁸ DEVIS Echandía, Hernando (1988). Op. cit., p. 23.

²⁸⁹ ROCCO, Ugo. Op. cit., p. 167.

pretender del juez la declaración de certeza de las concretas relaciones jurídicas sustanciales deducidas en juicio El derecho de accionar que compete al demandado y, que para mayor inteligencia llamaremos *derecho a la contradicción* en juicio, no constituye pues, un derecho distinto de la acción, sino una diversa modalidad del derecho de acción, modalidad que resulta de la distinta posición que los sujetos activos de la relación procesal asumen en el proceso”²⁹⁰.

Afirma el Doctor Fábrega Ponce que “El código no contempla la posibilidad de que terceras personas puedan concurrir espontáneamente a declarar en el proceso. Residuo procesal del criterio de que el proceso es <cosa de las partes>”²⁹¹.

Para Oliver Galé que la libertad fundamental de las partes, en un sistema de enjuiciamiento dispositivo como el civil, laboral y contencioso administrativo, consiste en que éstas introducen de manera libre, sin interferencia alguna, los hechos que se van a debatir en un proceso y, a su vez, bajo la condición de la pertinencia, conducencia, utilidad y licitud, las partes presentan pruebas que buscan demostrar los enunciados fácticos de sus pretensiones o excepciones²⁹².

El juez también ha de ser libre para valorar las pruebas, en todo momento probatorio la libertad es importante, no puede estar el juez sometido a parámetros impuestos por la Ley ni alejarse de ella. Ahora bien, no puede el juez amparado en dicha libertad dejar de lado las garantías; la valoración de las pruebas y su decisión debe estar fundada o motivada.

Enseña Oliver Galé que “con el poder de decretar pruebas de oficio, queda garantizada la libertad negativa, pues la parte introduce los hechos sin la intervención

²⁹⁰ Ibídem, pág. 166.

²⁹¹ FÁBREGA Ponce, Jorge (2004). Op. cit., p. 891.

²⁹² OLIVER Galé, Carlos Alberto. Op. cit., p. 30.

del Estado y en ese plano no interviene el juez y al decretar prueba de oficio simplemente cumple funciones de tener adecuado conocimiento de esos hechos. La libertad positiva está protegida, pues la parte escoge entre diversas alternativas en cuanto a los hechos y pruebas sin que el Estado interfiera. La prueba de oficio viene a garantizar la libertad material para que su titular pueda actuar en cierto sentido, respecto de las libertades no cobijadas por las dos formas de libertad, de tal manera que se busca un conocimiento más acertado de los hechos para una tutela más eficaz de los derechos de las partes”²⁹³. Esta libertad probatoria sustenta aún más la necesidad del poder- deber del juez de decretar pruebas de oficio.

Es necesario pensar hasta qué punto goza el juez de libertad. ¿Es libre de ir más allá de los hechos alegados por las partes y las pruebas ofrecidas por éstas? ¿Tiene libertad de ir más allá de los hechos afirmados, pero no así de las pruebas aducidas y presentadas por las partes? Podrá tener prohibición de ir más allá de los hechos y libertad para ir más allá de las pruebas. O más bien tiene la prohibición de ir más allá de los hechos alegados y de ir más allá de las pruebas anunciadas y aportadas por las partes. De acuerdo con nuestra legislación el juez no goza de libertad para ir más allá de los hechos alegados por las partes ni más allá de las pruebas aducidas y presentadas por las partes. El juez goza de un deber de decretar pruebas de oficio para la verificación de las afirmaciones de las partes, ya que un juez que falla de acuerdo a la voluntad exclusiva de las partes, crea desigualdad entre las mismas y, por tanto, vulneración del debido proceso.

Afirma Sentis Melendo que, “la justicia depende más de los hombres que de los códigos, ya que con uno mismo de éstos se la puede administrar. (...) Recordemos la expresión de un viejo magistrado <El derecho nunca me impidió hacer justicia>. Creo que tampoco a mí el derecho me impidió admitir, practicar y valorar las pruebas con

²⁹³ *Ibidem*, p. 31.

entera libertad, utilizando, aplicando, uno de los códigos más vetustos de los que regulan todavía el proceso civil: la Ley de Enjuiciamiento Civil Española de 1881. Así, pues, lo que hay que tener claro es el concepto de libertad en su verdadero sentido procesal de disponibilidad y de utilización de las pruebas: de esos elementos que, como fuentes, las partes cuidarán de conocer y de ofrecer y, como medios, el juez habrá de cuidar de que adquieran para el proceso. En la seguridad de que, así entendido ese concepto por todos los sujetos del proceso, será posible aproximarse al fin último de la justicia, que es dar o reconocer la razón a quien la tiene”²⁹⁴.

En Panamá hay libertad para la iniciativa probatoria del juez, si bien corresponde a las partes la carga de la prueba, ya que tienen el deber de probar los hechos afirmados. El juez verifica dichas afirmaciones de las partes, en la búsqueda de la verdad. No obstante, en nuestro país existe una práctica jurídica tendiente a disminuir la iniciativa oficiosa probatoria del juez en el proceso civil.

Sostiene Oliver Galé que uno de los cuestionamientos a la prueba de oficio, es que “el Estado interfiere indebidamente en la libertad de las partes, completando las pruebas de alguno de los sujetos”²⁹⁵; en atención a esta hipótesis, abordaremos aspectos como la dignidad humana, justicia, seguridad jurídica y garantías procesales que son valores que a nuestro juicio, el juez garantiza a través de la prueba de oficio.

3.1. Dignidad Humana.

De acuerdo con Oliver Galé , “la dignidad humana es la posibilidad que tiene el hombre de usar su razón de ser libre para determinar su destino, de tal manera que sea tratado como hombre y no como un instrumento; que el Estado esté al servicio del

²⁹⁴ SENTIS Melendo, Santiago. Op. cit., p. 27.

²⁹⁵ OLIVER Galé, Carlos Alberto. Op. cit., p. 29.

hombre y no que sea un medio al mero servicio de éste. No basta con el reconocimiento de la dignidad propia, si se desconoce la dignidad del otro como ser libre y autónomo, de tal manera que se dé pie a la reciprocidad humana y a la tolerancia. De la dignidad humana, se deriva modernamente la libertad, la distinción del hombre respecto a los demás animales, la comunicación y la sociabilidad entre otros. Desde un punto de vista objetivo, la dignidad humana tiene su sustento institucional en el imperio de la constitución, sirviendo a los valores superiores y expresa la realización efectiva en la igualdad y de la seguridad”²⁹⁶.

Para Couture “el derecho procesal de la democracia debe eliminar las bases del individualismo, y formular todo un sistema que sea la expresión misma de este régimen, que es el de la defensa de nuestra propia condición humana. El hombre es un fin en sí y no un medio del que puedan servirse otros hombres, y ese hombre sólo (sic) se concibe subordinando sus propias dignidades a los requerimientos del bien común y no del bien de otro individuo”²⁹⁷.

En cuanto al tema de la prueba de oficio y su relación con la dignidad humana, Oliver Galé plantea que “si el poder de decretar pruebas de oficio hace indigno al hombre, es decir, ¿lo reduce a un instrumento al servicio del Estado y no a un fin?. “Si observamos que, uno de los fines de la prueba de oficio es encontrar la verdad de las afirmaciones de los hechos aportados por las partes y, si además, se tiene en cuenta que al decretar pruebas de oficio se respetan reglas básicas del debido proceso como la legalidad, defensa, imparcialidad y contradicción, la prueba de oficio resulta una expresión más del reconocimiento de la dignidad humana como valor y como derecho fundamental, ya que no se trata al hombre como instrumento, sino como fin; por cuanto se le dio la oportunidad en el proceso para contradecir la prueba y la intervención del Estado a través del aparato jurisdiccional actúa como un instrumento

²⁹⁶ Ibidem, p. 46.

²⁹⁷ COUTURE, Eduardo (2001). Op. cit., p. 111.

para garantizar los derechos sustanciales controvertidos en el proceso, a través de un posible acercamiento a los hechos que sustentan las normas jurídicas, en que descansan tales derechos”²⁹⁸.

Sigue señalando este autor que, “se ataca la dignidad y se es irresponsable por parte de los agentes jurisdiccionales, cuando tienen la posibilidad de decretar pruebas de oficio y no lo hacen, pues el acercamiento a una verdad posible es menor, pudiendo desconocer derechos esenciales de la persona”²⁹⁹.

El segundo párrafo del artículo 17 de la Constitución Política de Panamá, señala que “Los derechos y garantías que consagra esta Constitución, deben considerarse como mínimos y no excluyentes de otros que incidan sobre los derechos fundamentales y la ***dignidad de la persona***”, se observa la dignidad humana como un valor constitucional; incluso el preámbulo de la Constitución Política, señala que “Con el fin supremo de fortalecer la Nación, garantizar la libertad, asegurar la democracia y la estabilidad institucional, ***exaltar la dignidad humana***, promover la justicia social, el bienestar general y la integración regional, e invocando la protección de Dios, decretamos la Constitución Política de la República de Panamá”.

Enseña Jerónimo Mejía, que “la dignidad humana y los derechos fundamentales previstos en la Constitución constituyen un punto de conexión con aquellos derechos fundamentales que no figuran expresamente en la Constitución; que la dignidad humana dota al ordenamiento jurídico de fines y principios legítimos, que orientan las acciones u omisiones que han de efectuarse con el propósito de exaltar, promover y tutelar al ser humano y su dignidad. Por ello, la dignidad humana merece ser respetada y protegida de toda violación, menoscabo e injerencia arbitraria, sea que provenga de los poderes públicos o de los privados. Al ser fuente de derechos fundamentales, la dignidad

²⁹⁸ OLIVER Galé, Carlos Alberto. Op. cit., p. 47.

²⁹⁹ Ibidem.

humana no sólo (sic) constituye un parámetro de constitucionalidad de los actos públicos y privados sino un valor que no puede ser desconocido. De ahí la importancia que tiene la dignidad humana como factor determinante a la hora de determinar los derechos fundamentales que se encuentran fuera del texto constitucional³⁰⁰.

Todos los ordenamientos jurídicos comparten el criterio de que la dignidad humana debe ser protegida. Y como señala Couture el hombre debe ser un medio en sí mismo y no un medio del que puedan servirse los hombres, por tal razón el juez civil debe proteger la dignidad humana reconociendo a cada hombre sus derechos que se estiman imprescindibles, lo que es posible a través del decreto oficioso de pruebas que permite esclarecer las afirmaciones de las partes y resolver lo más justo posible.

3.2. Justicia.

La convivencia humana no puede pensarse alejada de los principios de solidaridad, igualdad y justicia. Todos esperamos una sociedad en la que no exista distinción de raza, sexo, condición social, ideas políticas y creencias religiosas. En el marco de lo que comprende el proceso judicial, podemos afirmar que es un instrumento en el que el juez ejerce la función jurisdiccional, en la cual tutela los derechos y garantías constitucionales y legales de las partes, con el fin de emitir fallos justos, de hacer justicia.

Para Oliver Galé, que “la justicia es uno de los valores más complicados de definir, pues su concepción varía de acuerdo con las épocas y las diversas manifestaciones culturales del hombre, sin embargo se concibe como el valor jurídico por excelencia”³⁰¹.

³⁰⁰ MEJÍA, Jerónimo. Op. cit. p. 675.

³⁰¹ OLIVER Galé, Carlos Alberto. Op. cit., p. 44.

“De los diversos valores sociales uno de los más anhelados es la justicia”³⁰². La justicia entendida como igualdad de derechos y “que el hombre dé al hombre lo que a éste le corresponde, es el fundamento en el que, se basa toda orientación sobre la tierra”³⁰³. Dar a cada uno lo que le corresponde, se da en un orden social cuya protección está reservada al Juez. “La justicia social, tiene unos principios básicos que se sintetizan en que cada persona debe tener un derecho igual al sistema más extenso de libertades fundamentales, iguales compatiblemente con un sistema similar para todos; las desigualdades sociales han de ser estructuradas produciendo la mayor ventaja posible para los menos aventajados”³⁰⁴.

Couture al referirse a la justicia inglesa indicó que la “justicia era política desde los primeros años de su historia. No ya política de gobierno, sino política de la libertad, del respeto a la condición del hombre, de la autoridad de los jueces para imponer el derecho, y dar a cada uno la paz que necesita en el goce de sus bienes y en la seguridad de su honor”³⁰⁵. Afirma también, al referirse al valor de las reformas procesales, que “el legislador siempre consigna en su preámbulo que desea mejor justicia, mayor lealtad, más claridad. No hay excepción de motivos que no sea un texto de ilusión, superando al régimen anterior”³⁰⁶. Quizás, porque a todos nos guía ese deseo de justicia, vista desde el punto de vista de la equidad.

Para Guasp “la justicia es uno de los valores fundamentales que todo ordenamiento jurídico debe perseguir, su realización constituye misión primordial de la actividad de cualquier Estado. Cabe afirmar, por ello, sin temor a equívocos, que es una exigencia derivada inmediatamente del Derecho Natural, la que impide al Estado

³⁰² NUÑEZ De López, Antonia. “La Percepción Social y el Ideal de Justicia”, Revista de la Federación Latinoamericana de Magistrados (FLAM), Año V No. 5, 2007, p. 27.

³⁰³ NUÑEZ González, Valentina. ¿A dónde fue la Justicia?, Revista de la Federación Latinoamericana de Magistrados (FLAM), Año V No. 5, 2007, p. 55.

³⁰⁴ OLIVER Galé, Carlos Alberto. Op. cit., p. 44.

³⁰⁵ COUTURE, Eduardo (2001). Op. cit., p. 54.

³⁰⁶ Ibidem, p. 185.

desentenderse del problema de si existen o no en el conjunto de sus actividades algunas dirigidas fundamentalmente a la realización de aquel valor. No es difícil, por tanto, deducir de esta exigencia evidente del Derecho Natural la existencia, en conjunto, para los súbditos de un Estado, de un auténtico derecho subjetivo a que el poder público se organice de modo que los imperativos de la justicia queden, por lo menos en cierta medida, satisfechos, sin que pueda acogerse en esto una respuesta negativa pretextando las dificultades que el reconocimiento y la garantía de tal derecho subjetivo llevarían consigo”³⁰⁷.

Enlazando el campo del proceso judicial, “respecto a la justicia, en el trámite procesal y su punto más trascendente como lo es la sentencia, ésta debe ser lo más aproximadamente justa o si se quiere lo menos injusta que se pueda y para ello debemos acudir, no solo a una adecuada interpretación del derecho, sino que la interpretación debe estar basada en el mayor número de métodos que sea compatible aplicar y esencialmente llevar a cabo tal labor desde el ámbito constitucional, por medio de los principios y las reglas que consagra la carta política; respetando siempre los derechos procesales de las partes y haciendo basar la decisión en la prevalencia del derecho sustancial. Pero cómo llegar a una decisión justa con prevalencia del derecho sustancial, si el juez mantiene una posición estática en la que no puede desarrollar una actividad de determinar con precisión las afirmaciones de hecho realizadas por las partes, y debe a su vez, conformarse con el material probatorio aportados por las mismas. Es nuestro sentir, esa concepción de justicia donde nada más se examina el procedimiento justo, no lleva siempre a una sentencia justa, sino que puede desembocar en una sentencia cualquiera”³⁰⁸. Es por ello, que desde cualquier perspectiva debe el juez lograr los más anhelados valores de justicia, evidentemente sin violentar las garantías procesales y constitucionales que rigen el proceso; lo que propicia que las

³⁰⁷ GUASP, Jaime, “Administración de Justicia y derechos de la personalidad”, RE No. 17, p. 75. Cita realizada por la Cooperación Española y Corte Suprema de Justicia de Panamá, p. 21.

³⁰⁸ OLIVER Galé, Carlos Alberto. Op. cit., p. 45.

partes del proceso experimenten la más adecuada decisión proferida de los responsables de impartir justicia.

Si reflexionamos que, “de las concepciones de la justicia se deriva el postulado de dar la razón a quien la tiene, cómo saber quién tiene la razón cuando no son claras las pruebas, cuando puede intervenir el azar, cuando una de las partes aporta solamente las pruebas que le conviene. Cómo ser justo, sino puedo reconstruir el hecho adecuadamente, permitiendo decretar pruebas que se circunscriben a los hechos y la mayoría de las veces son sobrevivientes, con el fin de buscar una de las premisas de la justicia como lo es la verdad. De igual manera, si ser justo es tratar como desigual a los desiguales, no siempre anticipadamente sabe el juez quien es desigual materialmente, por cuanto la justicia va más allá de la igualdad formal. Siendo la afirmación de la ocurrencia de un hecho un dato histórico que no percibió directamente el juez y además de ser complejo en cuanto a que tiene elementos que aprehender como el tiempo, el modo y el espacio, negar el poder de decretar pruebas de oficio es contrario al valor justicia que está presente en el ordenamiento jurídico. Puede que la finalidad individual de cada uno de los sujetos intervinientes en el proceso no sea la justicia, sino la satisfacción de un interés, empero la finalidad institucional o social del proceso si es la justicia. Bajo este marco conceptual, es claro que la prueba de oficio sí se mantiene acorde al valor de la justicia inmerso en nuestra Carta Política”³⁰⁹.

Sin facultades inquisitivas “la justicia depende de los errores o de las habilidades de los abogados en materia de pruebas, y no del juez; la función de éste se reduce a reconocer al vencedor, más fuerte y más capaz, y en una modalidad de los duelos judiciales, que resultan diversos en cuanto a las armas empleadas, pero idénticos en cuanto al resultado absurdo e injusto. En un sistema dispositivo riguroso y con tarifa legal, no puede decirse que el juez administra justicia por autoridad de la ley, sino que

³⁰⁹ *Ibíd.*

reconoce la justicia que las partes obtienen por su propio esfuerzo y tanto la naturaleza que al proceso y a la jurisdicción les reconoce la doctrina moderna, como el fin que unánimemente les asigna, resultan completamente desvirtuados”³¹⁰.

Respecto a la prueba de oficio y la justicia, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de Colombia en diversas Sentencias, entre éstas: de 12 de febrero de 1977, 22 de junio de 1985 y 444 del 26 de octubre de 1988, señaló “Hoy, el juez tiene la misma iniciativa y más allá, pues las limitaciones que la ley le impone a las partes en el punto, no lo cobijan a él, puesto que su actividad privada no está guiada por un interés privado como el de los contendientes, sino uno público, de abolengo superior, cual es la realización de la justicia, uno de los fines esenciales del Estado Moderno”³¹¹.

Es importante anotar que si bien el proceso civil tiene una naturaleza dispositiva, por las condiciones particulares que lo revisten, lo cual genera y desarrolla facultades y límites al actuar de las partes, por encontrarse en el marco privado; no puede por ello pasarse por alto que la labor del juez mantiene una orientación bien concreta dentro del Estado Moderno, la realización de la justicia; lo cual es un principio superior que sustenta la relevancia de este servicio público.

En este orden, la Sala de Casación Civil- Agraria de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, en sentencia fechada 25 de mayo de 2004, señaló: “La facultad- deber de disponer pruebas de oficio por parte de los juzgadores de instancia se explica, sobre todo, por razón del interés común que representa el proceso como instrumento concebido para dispensar *justicia*, dentro de cualquier objetivo fundamental está

³¹⁰ DEVIS Echandía, Hernando (1988). Op. cit., p. 39 y 40.

³¹¹ Sentencias de 12 de febrero de 1977, 22 de junio de 1985 y 444 del 26 de octubre de 1988, de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de Colombia.

marcado por el establecimiento de la realidad acerca de los supuestos de hecho predicables del derecho sometido a juicio”³¹².

En este orden de ideas, no puede soslayarse que el juez tiene un deber constitucional y legal en el ejercicio de la administración de justicia. También, tiene un deber ético, ya que el artículo 41 del Código de Ética Judicial Panameño, señala que el fin último de la actividad judicial es realizar la justicia por medio del Derecho; lo que le distingue de un mero observador y lo eleva a un nivel de director del proceso, en el cual no se limita a arbitrar a las partes, sino también a verificar y apreciar las pruebas para determinar la certeza de las aseveraciones de las partes en la emisión de la sentencia respectiva.

Es tarea del juez, velar por el cumplimiento de esta máxima de la realidad social, a través de todos los medios que establece los lineamientos de la justicia y el proceso, entre éstos, la búsqueda de la verdad. Que el resultado del proceso sea la justa aplicación de las reglas del derecho. Por lo que la inobservancia de las disposiciones jurídicas que regulan la prueba de oficio, en los casos que así se requiera, conlleva una decisión alejada de la justicia.

Nuestra Constitución Política contempla la justicia como poder y como servicio destinado a prestar tutela a los ciudadanos, una prestación que debe ser efectiva. Este mandato de efectividad se sitúa en los postulados del Estado Social. Decidir en justicia en una función constitucional del juez.

En Panamá, el Órgano Judicial es garante de la tutela y protección a los ciudadanos, sobre todo de los más vulnerables; es así que se instituye el Programa de

³¹² Sentencia de 25 de mayo de 2004, la Sala de Casación Civil – Agraria de Colombia.

Facilitadores Judiciales Comunitarios, en conjunto con la creación de la Unidad de Acceso a la Justicia, el Programa de Justicia Inclusiva y la instalación de la Comisión Interinstitucional de Acercamiento de la Justicia Tradicional Indígena y la Justicia Ordinaria, son los proyectos insignia de la institución con miras a lograr en la población un acceso pleno a la justicia y de esta manera cumplir cabalmente con otorgar este derecho fundamental a los asociados³¹³. De tal manera que el proceso civil no puede ser ajeno a este anhelo de los ciudadanos de una prestación efectiva de la justicia; es por ello que se requiere “hacer al proceso civil más popular, es decir, más próximo y más accesible también a las personas humildes y desheredadas de la fortuna, en daño de las cuales recaen principalmente los costosos tecnicismos de los procedimientos excesivamente complicados”³¹⁴; “si en las causas de menor valor son, sobre todo, apreciables las ventajas de sencillez y celeridad en las causas de mayor importancia, reservada a los tribunales, no sería conveniente renunciar a la suprema garantía de justicia”³¹⁵. “Es una realidad insoslayable que la población, cada vez más, clama por un acceso irrestricto a la justicia”³¹⁶, y el programa de facilitadores judiciales se traduce en un avance significativo en acceso a la justicia, lo que constituye una mejora social hacia el logro de una cultura de paz³¹⁷.

Existen políticas en el poder judicial, dirigidas a la tutela de los derechos humanos de las personas vulnerables. No obstante, la solución de conflictos no solo admite programas como los antes señalados, sino un papel activo del juez, que busque la verdad en el proceso, que declare los derechos de las partes que intervienen en la contienda, que decida con seguridad; para ello es necesario el decreto de pruebas de

³¹³ HERRERA Vergara, Yanireth M. Facilitadores Judiciales Comunitarios como Mecanismo de Acceso a la Justicia de los Grupos Vulnerables en Panamá; del Libro Justicia en el Marco de los Derechos Humanos, La Equidad y la Justicia Alternativa, Perspectiva Panameña y Mexicana, Edición Especial, Universidad Autónoma de Nuevo León, México, 2014, p. 328.

³¹⁴ PARRA Quijano, Jairo (2004). Op. cit., p. 189.

³¹⁵ Ibídem, p. 193.

³¹⁶ HERRERA Vergara, Yanireth M. Op. cit., p. 328.

³¹⁷ Ibídem, p. 329.

oficio, valerse de las pruebas, ya que a través de ésta obtiene mayor certeza; la prueba de oficio no solo está dirigida a verificar, esclarecer o estar más cerca de la verdad; sino para proteger derechos fundamentales y lograr el acceso a la justicia.

La Corte Constitucional de Colombia advirtió que “omitir ese deber oficioso vulnera el derecho de acceso a la administración de justicia”³¹⁸.

“Aproximar la justicia al pueblo no quiere decir solamente hacer menos costoso y menos erizado de formalidades materiales el acceso a los órganos judiciales; sino que quiere decir, sobre todo, hacer que las partes, una vez admitidas a la presencia del juez, encuentren en él inmediata atención y comprensión, y tengan acto seguido la confortante sensación de que la buena fe y la honestidad se encuentran a presencia del magistrado como en su propia casa, en una atmósfera de confianza y de vecindad propia de los hombres”³¹⁹.

Afirma Sánchez, que “una vez elaborada la panorámica jurídica sobre el juez y su función sirve para regular la convivencia pacífica y ordenada en sociedad, por lo cual es considerada de interés público. Lo anterior, es un precedente que permite afirmar la indisolubilidad entre la investidura judicial y la persona que la ostenta, porque la sociedad espera en todo momento una impartición de justicia adecuada y correcta”³²⁰.

Es así que nuestro ordenamiento procesal civil también debe tener como norte lograr la justicia y la paz social que aspira la sociedad. Este escenario nos permite reafirmar que la iniciativa probatoria oficiosa es la expresión de la justicia anhelada, el juez civil al cumplir con este deber se constituye en garante de derechos fundamentales.

³¹⁸ PARRA Quijano, Jairo (2004). Op. cit., p.193.

³¹⁹ *Ibíd*em, p. 190.

³²⁰ SANCHEZ, Arnulfo. La actuación de los jueces estatales como árbitros privados, un problema de orden público, de la Revista Internacional de Trabajo Social y Ciencias Sociales, Comunitaria No. 5, enero, 2013.

3.3. Seguridad Jurídica.

Hemos desarrollado este apartado apoyados en libro de Oliver Galé, La Prueba de Oficio: Entre Activismo y Revisionismo. El Punto de Vista de un Juez.

La seguridad jurídica viene a ser la función de la justicia; de acuerdo a Oliver Galé, “la justicia tiene tres aspectos fundamentales, a saber: la igualdad (justicia en sentido estricto); la finalidad o justicia del bien común, también denominada justicia social y la seguridad jurídica, denominada también paz jurídica. La igualdad representa la forma, la finalidad su contenido y la seguridad jurídica su función”³²¹.

“La seguridad jurídica no implica inmovilismo del Derecho, sino que debe armonizarse con otros valores como la justicia, la igualdad y la dignidad, de tal manera que se supere la concepción de la seguridad de corte individual por una seguridad de corte social que permita la coexistencia de los grupos y en el plano jurídico estricto se pase de un legalismo formalista, por una seguridad proveniente del ordenamiento jurídico, sin que ello implique un decisionismo judicial arbitrario. Hoy en día, se ha superado la tensión entre seguridad jurídica y justicia, ya que supone la primera una dimensión de la segunda, entendida como una parte formal de la justicia, apareciendo la integración de estos valores en la interpretación y aplicación del derecho”³²².

Según Oliver Galé “cuatro aspectos fundamentales se derivan de la seguridad jurídica a saber: a) Las normas deben ser claras para que las personas guíen su conducta por medio de dichas normas jurídicas. b) Las normas jurídicas deben ser conocidas y ello se efectúa con su publicación en el Diario Oficial, para que puedan ser obedecidas. c)

³²¹ OLIVER Galé, Carlos Alberto (2010). Op. cit., p. 44.

³²² *Ibidem*, p. 47.

Que el Estado cumpla las normas que expida y las haga cumplir, a efecto de evitar el caos social y garantizar la paz jurídica. d) La cosa, lo cual implica que tomada una decisión por parte del poder judicial a través de sus representantes, tal decisión se torna inmutable y, por ende, no puede iniciarse un nuevo proceso sobre los mismos hechos, el mismo objeto y entre los mismos sujetos. Sobre la cosa juzgada, se ha dicho que descansa su fundamento o naturaleza jurídica, en una presunción de verdad o acierto, en una ficción de verdad y finalmente en la seguridad jurídica, siendo la más acertada la última. En todo caso, los pleitos no deben tener una indeterminación y es necesario para dar certeza a las relaciones jurídicas, que ellos tengan un momento de culminación y ese momento es determinado por la cosa juzgada”³²³.

“Al existir, un momento culminante de una controversia jurídica y después de ese momento no se puede controvertir la decisión, salvo la situación del recurso extraordinario de revisión, es clave que, el órgano jurisdiccional tenga la posibilidad de que los hechos controvertidos se fijen o se tenga una aproximación lo más exactamente posible de ellos, por medio de la prueba de oficio. Si no existe prueba de oficio, no puede existir una adecuada regulación de la cosa juzgada, pues traería inseguridad jurídica por cuanto, el juez debe tener un acceso a poderes que le permitan tratar de acertar en su decisión, no solo en cuanto a la aplicación del derecho sino en el adecuado conocimiento del hecho, a efectos de que esa sentencia no se torne injusta y además inmutable. Bajo los anteriores argumentos, la prueba de oficio se muestra en consonancia con el valor de la seguridad jurídica, de raigambre constitucional, por ende bajo este entendido no vulnera la Carta Política”³²⁴.

Vemos que la seguridad jurídica es un pilar fundamental para el Estado de Derecho, y tal como señala Oliver Galé es una garantía que los ciudadanos conozcan cuáles son sus derechos y obligaciones, y cuáles son los límites que tiene el juez en el

³²³ *Ibíd*em, p. 50.

³²⁴ *Ibíd*em, p. 51.

ejercicio de sus funciones. De tal suerte que los ciudadanos estén claros qué es lo que procede y a qué atenerse; pero sobre todo que la decisión que profiere el juez, esté lo más cercano a la verdad, ya que la sentencia hará tránsito a cosa juzgada y solo puede variarse de acuerdo con las causales establecidas en el recurso de revisión.

El Tribunal Constitucional Español, indicó que la seguridad jurídica es la “... suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable, interdicción de la arbitrariedad, pero que, sin agotarse en la adición de estos principios, no hubiera precisado de ser formulado expresamente. La seguridad jurídica es la suma de estos principios, equilibrada de tal suerte que permita promover, en el orden jurídico, la justicia y la igualdad en libertad”³²⁵.

Es importante señalar también que “la falta de motivación o fundamentación de las resoluciones jurisdiccionales resquebraja la seguridad jurídica y genera arbitrariedad”³²⁶.

Respecto a la seguridad jurídica, conviene rescatar que en dicho fallo el Tribunal Constitucional Español, ha sido enfático en señalar que la misma reviste singular importancia, toda vez que permite lograr un equilibrio entre los demás principios procesales y garantiza la concreción de la justicia como pilar fundamental de la labor jurisdiccional; postura que concuerda con los planteamientos adoptados por la máxima corporación de justicia patria, que impone la motivación de las decisiones como una garantía de tal principio.

³²⁵ Voto 27-81 del Tribunal Constitucional Español de <http://www.tribunalconstitucional.es>.

³²⁶ Sentencia de 29 de enero de 2001, dictada por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de Panamá, Magistrado Ponente (magistrado suplente): Gabriel Fernández (q.e.p.d.).

3.4. Garantismo Procesal.

Alvarado Velloso, al referirse al garantismo procesal, indica que “tomando de partido la Constitución y no por la ley en esta lucha ideológica que hoy enfrenta absurdamente a los procesalistas de América, elijo proclamar: 1) la Libertad, 2) la garantía del debido proceso, 3) el goce irrestricto del día de audiencia previa en la Corte de Justicia 4) donde todo ciudadano tiene derecho a ser juzgado imparcialmente por un juez y 5) puesto por él, en pie de perfecta igualdad frente a su contradictor, 6) con absoluta bilateralidad de la audiencia, y 7) sin la asunción por el juez de actitudes paternalistas con las partes o de tareas que no le incumben, conforme con lo normado por la Constitución. Esto es a la postre e iterativamente lo que hoy se conoce en la sociología judicial con la denominación de garantismo procesal”³²⁷.

Ante el garantismo procesal, no podemos perder de vista que nuestra Constitución Política establece que el objeto del proceso es el reconocimiento de los derechos consignados en la Ley sustancia (numeral 2 del artículo 215). Al Estado le corresponde brindar a los ciudadanos la posibilidad de alegar, probar y ejercer su derecho, para conservar la paz social y el orden jurídico. Es de la mano de los jueces que el Estado realiza la función jurisdiccional y la vía para llevar a cabo la misma es el proceso, es por ello que el juez tiene que garantizar el cumplimiento de las normas y principios procesales, como garantía de una adecuada solución a la controversia que se ha planteado. El respeto a las reglas del procedimiento es una garantía procesal de las partes.

Joan Picó I Junoy se refiere a la constitucionalización de las garantías procesales; fenómeno que frente a la publicización del proceso ha generado en la doctrina procesal un debate que se ha concretado en dos posturas antagónicas sobre cuál, de estas dos

³²⁷ ALVARADO Velloso, Adolfo. Debido Proceso Versus Pruebas de Oficio, Editorial Temis, S.A., Bogotá – Colombia, 2004, p. 175.

posturas, debe ser el modelo del juez civil en opinión de algunos autores, pueden suponer la ruptura del citado garantismo constitucional”³²⁸.

Según el Magistrado Jerónimo Mejía “con la incorporación del segundo párrafo del artículo 17 de la Constitución se amplía el catálogo de derechos fundamentales y el margen de protección de los derechos fundamentales, mediante la conformación de un sistema de garantías fundamentales integrado por los derechos humanos internacionales reconocidos y los derechos fundamentales previstos en la Constitución. A ello aludía la Corte Suprema cuando en el citado fallo de 21 de agosto de 2008 concluyó que mediante la integración de los derechos humanos reconocidos en tratados y convenios internacionales y los derechos fundamentales previstos en la Constitución se establecen las bases sólidas de un sistema de protección de derechos y garantías fundamentales”³²⁹.

Sin lugar a dudas, este aspecto de la reforma constitucional de 2004, constituye un significativo avance en la protección de los derechos fundamentales en Panamá, ya que implica una ampliación del reconocimiento de los mismos, lo que paralelamente a la doctrina del bloque constitucional y el control de convencionalidad, se configuran como un incremento en los estándares bajo los cuales los juzgadores deben valorar y tutelar a los que acuden a su auxilio para la protección de los derechos.

El juez debe velar porque en el proceso se apliquen los principios constitucionales, esa función garantista pretende asegurar la efectividad de los derechos de las partes en el proceso; entre estas garantías tenemos la oficialidad de la prueba, que se encuentra regulada en nuestro proceso civil y que responde a la búsqueda de la

³²⁸ PICÓ I Junoy, Joan. “El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: Un debate mal planteado”, del libro: Montero Aroca, Juan (coordinador entre doce autores) y otros. *Proceso Civil e Ideología: Un prefacio, una sentencia y quince ensayos*, editorial Tirant Blanch, Valencia, 2006, p.111.

³²⁹ MEJIA, Jerónimo. *Op. cit.*, p. 675.

verdad como una vía a la obtención del derecho a la justicia, que le asiste a todo ciudadano.

La iniciativa probatoria oficiosa que otorga la Ley al juez, no implica necesariamente su uso y menos un uso arbitrario que vaya en contra de una garantía fundamental de rango constitucional, por el contrario su uso debe estar supeditado a los intereses discutidos en el proceso. El juez debe ser competente, independiente e imparcial; garantía constitucional establecida en el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, asimilada como garantía constitucional en atención a la doctrina del Bloque de Constitucionalidad, además en el artículo 32 de la Constitución Política de Panamá y el artículo 231 del Código Judicial.

Indica Sentis Melendo que, “la verificación de afirmaciones, utilizando fuentes que llegan al proceso a través de los medios acordados por el juez, se realiza dentro de los sistemas y con las garantías establecidas”³³⁰.

Precisamente a las garantías establecidas, se refiere Álvaro Alvarado Velloso cuando expone que la voz garantista o sus sucedáneos garantizadores provienen del subtítulo que Ligi Ferrajoli le puso a su magnífica obra Derecho y Razón y quiere decir que, por encima de la ley con minúscula está siempre la Ley con mayúscula (la Constitución). Afirma que el garantismo procesal no tolera alzamiento alguno contra la norma fundamental (que, en el caso, prohíbe la tortura en cualquiera de sus manifestaciones); por el contrario, se contenta modestamente con que los jueces, insisto comprometidos sólo (sic) con la ley, declaren la certeza de las relaciones jurídicas conflictivas, otorgándoles un adecuado derecho de defensa a todos los interesados y resguardando la igualdad procesal con una clara imparcialidad funcional para, así, hacer

³³⁰ SENTIS MELENDO, Santiago. Op. cit., p. 19.

plenamente efectiva la tutela legal de todos los derechos³³¹.

La prueba de oficio es decretada para verificar las afirmaciones de las partes en el proceso y debe garantizar el derecho de defensa de las partes, contradicción, imparcialidad y el de congruencia, como garantías procesales de las partes.

4- Ejercicio de la actividad probatoria y su interacción con los derechos fundamentales.

La actividad probatoria dentro del proceso civil, es de suma importancia, ya que lo que las partes logren comprobar en el expediente respecto a su pretensión, es lo que el juez declarará en su decisión final.

Connotados autores de derecho probatorio resaltan el móvil que debe alentar la actividad probatoria “que no es otro que el de llevar probanzas que presten algún servicio en el proceso para la convicción del juez, de tal manera, que si una prueba que se pretende aducir no tiene este propósito, debe ser rechazada de plano por aquél”³³².

En lo que respecta al ejercicio de la actividad probatoria “en materia de los hechos, como se puede ver, no existen límites para las partes, distintos a la posibilidad de los mismos; y en materia de medios de prueba, la delimitación viene dada por la pertinencia, conducencia, utilidad y licitud de los medios de prueba utilizados por las partes”³³³. La actividad probatoria comprende cuatro fases a saber: proposición, la admisión, la práctica y la apreciación o valoración. La proposición debe ser oportuna, pertinente y formal. Es oportuna cuando la misma se presenta en los momentos o actos

³³¹ ALVARADO Velloso, Adolfo (2004). Op. cit., p. 172.

³³² PARRA Quijano, Jairo (2011). Op. cit., p. 148.

³³³ OLIVER Galé, Carlos Alberto. Op. cit., p. 30.

que corresponde, es decir, en la demanda, en la contestación, contrademanda, reconvencción, incidentes, excepciones.

La prueba debe ser auténtica, seria, lícita, oportuna, pertinente, y válida; de no ser así se convertiría en un debate privado. La prueba presentada en juicio es un acto procesal y como tal su naturaleza es pública. El Juez tiene facultades depurativas en cuanto a los medios de prueba impertinentes, prohibidos, etc.

Compete al juzgador “el examen de la utilidad y conveniencia en torno al decreto oficioso de pruebas para establecer aquella verdad, con las limitaciones que brotan de la aplicación de los principios de la pertinencia, conducencia y utilidad reflejados en que ellas deben apuntar objetivamente a constatar los hechos aducidos por las partes, lo cual no puede confundirse con que las pruebas se tengan que decretar para alguna de aquéllas en concreto (...)”³³⁴.

Si bien la actividad probatoria a la que nos hemos referido pareciera le compete a las partes en el proceso; en nuestro ordenamiento procesal civil, el juez también tiene una función debidamente establecida en la ley, es así que nuestro Código Judicial, contemple entre sus normas amplias facultades oficiosas en materia probatoria. En lo que respecta a la prueba de oficio, que es aquella de la que dispone el juez, también debe ser oportuna es decir, que se decrete “en el expediente principal y en cualquier incidencia que surja, en el período probatorio o en el momento de fallar” (artículo 793 del Código Judicial); debe ser pertinente, conducente, útil, lícita y sobre todo provenir de los hechos alegados y las fuentes de pruebas utilizadas por las partes.

Por otra parte, de concebirse la prueba como derecho fundamental, corresponde

³³⁴ Sentencia de 25 de mayo de 2004, dictada por la Sala de Casación Civil-Agraria de la Corte Suprema de Colombia.

al juez garantizar su plena y debida observancia en cada una de las actividades que se realizan en el proceso, tendientes a la proposición, admisión y práctica de las mismas, por constituir las bases fundamentales de dichas pruebas en el proceso al ser examinadas por el juez.

Es pertinente citar a Taruffo al indicar que “existen distintas regulaciones jurídicas de la prueba, también dentro de un mismo ordenamiento, en función de que nos enfrentemos a un proceso civil, penal o administrativo; e incluso en el ámbito del proceso civil, por ejemplo, en función de que nos enfrentamos al proceso ordinario o a un proceso especial. Además, debe tenerse en cuenta que la regulación jurídica de la prueba puede variar de forma muy interesante en los diversos sistemas procesales. Así, por ejemplo, las normas sobre las pruebas en el proceso del common law son muy distintas a las normas sobre la prueba en los sistemas del civil law: cambian las reglas de admisibilidad, las técnicas de asunción de los medios de prueba, las reglas de valoración de las pruebas y, en algún caso, también la configuración del órgano que valora las pruebas y decide sobre los hechos, como el caso del jury norteamericano”³³⁵.

Nos referiremos a continuación a las reglas que imperan en nuestro ordenamiento jurídico, respecto a la proposición, admisibilidad, práctica y valoración de las pruebas.

4.1. Proposición u Ofrecimiento de la Prueba.

La presentación de varios medios de prueba que realiza la parte en su demanda o el demandado en su contestación o defensas, o los que aducen en el período probatorio, requieren de un pronunciamiento del juez para su admisión o rechazo. “El ofrecimiento de prueba es el primero de los cuatro momentos en que se desenvuelve la etapa probatoria; los otros tres consecutivos son la admisión, la preparación y el

³³⁵ TARUFFO, Michele (2011). Op. cit., p. 526.

desahogo. El ofrecimiento de prueba es un acto procesal característico de la parte; y el oferente (...), debe relacionar las pruebas que haya ofrecido con los hechos de la demanda o de la contestación que pretenda confirmar o refutar”³³⁶.

En nuestro ordenamiento “sólo (sic) las partes o terceros que se han incorporado en el proceso, pueden proponer pruebas y los jueces en los supuestos que éstos las decreten de oficio. Pero, un tercero ajeno al proceso no puede aportar pruebas ni puede, sin ser citado por los sujetos procesales, apersonarse ‘*sua sponte*’ al tribunal a declarar o rendir cualquier otro medio (perito, tenedor de documentos, etc.) por su propia iniciativa”³³⁷.

En la actuación judicial surge la proposición y la admisión de pruebas; según el principio de aportación de parte, éstas tienen la carga de alegar los hechos que serán debatidos así como presentar o aducir las pruebas de tales hechos. La proposición de la prueba se da con la presentación de la demanda o en el período probatorio y “sólo (sic) las partes y terceros intervinientes (que son las partes una vez admitidos), pueden ser sujetos proponentes de la prueba y sin solicitud no es posible admitirla ni practicarla. En un sistema inquisitivo ... y en los dispositivos atenuados (como el civil venezolano), tiene esta condición el juez y las partes principales o secundarias”³³⁸. En Panamá, el juez no puede proponer pruebas, solo verificar las afirmaciones de las partes, a través de la prueba de oficio.

Ahora bien, “la exposición o la proposición de pruebas, tiene la importancia jurídica de que el juez queda obligado a tenerlas en cuenta y a pronunciarse sobre ellas, aun cuando sólo (sic) sea para declarar improcedente las pruebas presentadas”³³⁹, es

³³⁶ GÓMEZ Lara, Cipriano. Op. cit., p. 104.

³³⁷ FÁBREGA Ponce, Jorge (2004). Op. cit., p. 884.

³³⁸ DEVIS ECHANDIA, Hernando (1988). Op. cit., p. 84.

³³⁹ CHIOVENDA, Giuseppe (2001). Op. cit., p. 466.

decir, que es una obligación del juzgador pronunciarse sobre las pruebas que obran en la actuación procesal bajo análisis, aunque solo sea para desecharles o excluirles el valor probatorio que podrían tener, puesto que éste tiene un mandato legal que debe garantizar en la motivación de sus decisiones en el análisis de los medios probatorios. Por otra parte, todas las partes en el proceso deben contar con las mismas posibilidades para la presentación de sus pruebas y el al pronunciarse sobre su admisión o rechazo debe cumplir con una debida motivación, de lo contrario existiría vulneración del debido proceso.

Es importante resaltar, en este apartado, que a las partes, además de la presentación o aducción de las pruebas, también les es permitido instar al juez a que haga uso de las facultades probatorias oficiosas, sin que ello implique afectación de derechos fundamentales.

4.2. Aducción o Admisibilidad de Pruebas.

Para Devis Echandía, se trata de “un aspecto de la dirección del proceso que requiere necesariamente la facultad decisoria, puesto que se traduce en una providencia de fundamental importancia, como que define el contenido del debate probatorio con toda la trascendencia que la prueba misma tiene para el proceso. Esto demuestra que sólo (sic) el juez de la causa o su comisionado, para ciertas diligencias, le corresponde soberanamente la decisión de admitirlas u ordenarlas; también al superior que en la apelación revisa el rechazo de la práctica o admisión de una prueba por el inferior”³⁴⁰. En nuestro ordenamiento procesal civil, solo el juez titular de la causa puede admitir las pruebas, el juez comisionado puede practicar las mismas, incluso las decretadas de oficio (artículo 782 en concordancia con el artículo 203 del Código Judicial).

³⁴⁰ DEVIS ECHANDÍA, Hernando (1988). Op. cit., p. 85.

“La admisión de la prueba, como acto del tribunal, depende de que las pruebas o los medios de prueba que hayan ofrecido las partes, sean pertinentes, sean idóneos, sean congruentes. La calificación de congruencia, pertinencia, procedencia e idoneidad, desde luego, la hace el tribunal. Debe haber una congruencia, una pertinencia para que el tribunal la admita y además de esa congruencia, de esa pertinencia y procedencia, en el caso concreto, no debe olvidarse que hay una cuestión sumamente importante, ya antes mencionada, o sea, la prueba que esté directamente relacionada con los hechos que se investigan”³⁴¹.

Resulta evidente que la admisión de la prueba la realiza el juez, después de verificar la idoneidad del medio de prueba que comprueba los hechos alegados por las partes. Dependiendo del medio de prueba que se presente, el juez verifica los criterios de admisibilidad en los que debe fundamentarse. Esta es una de las garantías por las que vela el debido proceso. Así mismo, al ordenar el juez una prueba de oficio, éste debe sustentar dicho decreto en la necesidad, pertinencia, congruencia, procedencia en el caso concreto; y es así por cuanto “la voluntad del juez no es libre, sino que está sometida a la voluntad de la parte siempre que las normas procesales consientan o, como suele decirse, admitan la posibilidad de la prueba”³⁴²; nuestras normas procesales contemplan la prueba de oficio con gran amplitud.

De acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia patria, ante duda razonable sobre la admisibilidad de la prueba, ésta debe admitirse y practicarse. Corresponderá en la etapa de valoración al momento de fallar, desecharla o no. En la doctrina se dice que son requisitos de admisibilidad: la licitud, legalidad, pertinencia y la relevancia.

De conformidad con el artículo 783 del Código Judicial, antes citado, “Las pruebas deben ceñirse a la materia del proceso y son inadmisibles las que no se refieren

³⁴¹ GÓMEZ Lara, Cipriano. Op. cit., p. 106.

³⁴² ROCCO, Ugo. Op. cit., p. 337.

a los hechos discutidos, así como las legalmente ineficaces. El juez puede rechazar, de plano, aquellos medios de prueba prohibidos por la ley, notoriamente dilatorios o propuestos con el objeto de entorpecer la marcha del proceso; también puede rechazar la práctica de pruebas obviamente inconducentes o ineficaces". Vemos como esta norma determina que las pruebas deben ceñirse a la materia del proceso y por tanto, otorga al juez la facultad de inadmisión de las pruebas, sin que ello vulnere el derecho a ser oído y el derecho defensa de las partes.

Al analizar la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia, Oliver Galé afirma que el rechazo de una prueba que sea legalmente conducente constituye una violación al derecho de defensa y del debido proceso (T-055/94, T-393/94, T-006/95). En caso de existir duda sobre la conducencia o inconducencia de una prueba, debe optarse por la admisión de la prueba (T-393/94). Si bien es cierto el juez no está obligado a decretar todas las pruebas que se solicitaren, solo le es dado negarlas cuando no conduzcan a establecer la verdad sobre los hechos materia del proceso o estén legalmente prohibidas o sean ineficaces o versen sobre los hechos notoriamente impertinentes o se las considere manifiestamente superfluas (T-055/94, T-393/94, T-589/99). El rechazo de pruebas debe motivarse (T-006/95, T-589/99, SU-087/99)³⁴³.

Este estudio demuestra la necesidad de establecer un parámetro bajo el cual el juzgador debe conducirse en materia probatoria; lo cual no solo se limita en fundamentar, en debida forma, la no admisión de pruebas dentro del trámite procesal, sino también verificar que exista una correcta práctica probatoria, ya que las omisiones que se produzcan, atribuibles al juzgador, son flagrantes vulneraciones a los derechos de las partes. Proferir una decisión sin tomar en consideración las pruebas debidamente admitidas, lesiona garantías constitucionales. Seguidamente, desarrollaremos cada uno de los requisitos o presupuestos que debe observar el juez en la actividad probatoria.

³⁴³ PARRA Quijano, Jairo (2011). Op. cit., p. 115.

4.2.1. Licitud.

La prueba es lícita cuando se obtiene garantizando los derechos fundamentales de las personas. En este orden, el artículo 780 del Código Judicial establece cuáles son los medios de prueba y señala “siempre que no estén expresamente prohibidos por la ley, ni violen derechos humanos, ni sean contrarias a la moral o al orden público”. Así mismo, el artículo 783 señala, en su segundo párrafo, que “El juez puede rechazar de plano aquellos medios de prueba prohibidos por la ley (...)”, es decir, que aquellas pruebas obtenidas vulnerando los derechos humanos de las personas que han sido reconocidos en nuestra Constitución Política, constituyen pruebas prohibidas, y por lo tanto, no pueden ser valoradas por el juez, aunque hayan sido admitidas por desconocimiento de su ilicitud.

Afirma Parra Quijano,³⁴⁴ que a nivel de derecho comparado no existe uniformidad, ni en la terminología, ni en cuanto al contenido de lo que debe entenderse por prueba ilícita, así por ejemplo, en la legislación y la doctrina alemanas, este tema es denominado “de las prohibiciones de la prueba”.

El Tribunal Constitucional Español³⁴⁵ señaló que la prueba ilícita es aquella que se obtiene vulnerando los derechos fundamentales de las personas, bien haya sido para lograr la fuente de prueba o bien para lograr el medio probatorio, y su proscripción es consecuencia de la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento y de su condición inviolables.

³⁴⁴ PARRA Quijano, Jairo (2011). Op. cit., p. 20.

³⁴⁵ Sentencia 114/1984 y 127/1996 del Tribunal Constitucional Español citada por PARRA Quijano, Jairo. Manual de Derecho Probatorio, decimoctava edición, Librería ediciones del Profesional Ltda, Bogotá-Colombia, 2011, p. 20.

Parra Quijano³⁴⁶ va más allá y expresa, categóricamente, que “el equilibrio entre la verdad y la seguridad jurídica se rompe, precisamente cuando se admite, por decirlo en alguna forma, que una parte o sujeto procesal, utilice procedimientos ilícitos para procurarse una ventaja. (...) No se puede aceptar que, como prueba ilícita logre pasar a la etapa de la admisión, ya haya sido adquirida para el proceso. La adquisición debe ser de productos lícitos, de tal manera que al momento de ir a interpretar la prueba, es decir, contemplarla, es como si no estuviera y por consiguiente no se valorará. (...) El proceso no es una lucha donde el fin justifica los medios, de ninguna manera; el mecanismo del proceso es una de sus múltiples manifestaciones, es y debe ser, un valor ético. El proceso judicial es un valor ético en sí mismo, y se mancilla, cuando rompemos el equilibrio frente al respeto de los derechos y decimos: *“como usted violó la ley, cometió delito y consiguió una prueba que le da la razón, se la damos, porque el fin justifica los medios.* Este valor ético supone que no sean valoradas en el proceso dichas pruebas ilícitas, ya que debilitaría la armonía y consonancia que debe prevalecer en el proceso, puesto que el proceso es el medio para alcanzar la justicia. Darle valor a una prueba ilícita en el proceso supone alejarse de los lineamientos que inspiran un Estado de Derecho.

Indica Azula Camacho, que la inadmisibilidad de las pruebas ilícitas “determina que se haga extensivo a las pruebas lícitas que provienen de una ilícita, concepción conocida como *fruit of the poisonous tree doctrine* (doctrina del fruto envenenado). Como el árbol envenenado produce frutos igualmente envenenados, la ilicitud inicial de la prueba contamina a o se extiende a todas las que se deriven o provengan de ella”³⁴⁷.

Estos mismos principios que guían la prueba lícita son los que el juez debe tomar en cuenta para el decreto de la prueba de oficio. La prueba oficiosa no puede ser contraria a los derechos humanos, ni a la moral, ni al orden público; es imperativo que la

³⁴⁶ PARRA Quijano, Jairo (2011). Op. cit., p. 30 y 31.

³⁴⁷ AZULA Camacho, Jaime (2015). Op. cit., p.11.

prueba sea incorporada al proceso con el respaldo de las garantías procesales y constitucionales.

4.2.2. Objetividad.

Las pruebas deben ser admitidas objetivamente para el proceso. “(...) se debe tener en cuenta que en materia civil las partes saben o conocen los hechos del <problema> que discutirán en los escritos correspondientes. El juez practicará pruebas dentro de estos supuestos y en el evento de decretarlas de oficio es dentro de esos límites”³⁴⁸.

4.2.3. Relevancia y Utilidad.

Las partes del proceso tienen derecho a presentar o proponer aquellas pruebas que consideren oportunas, que favorezcan sus afirmaciones ante la pretensión debatida en juicio. Es el juez, investido de los poderes legales que le asisten, quien decidirá sobre dicha solicitud, admitiendo aquellas que sean pertinentes a los efectos juzgados e inadmitiendo aquellas otras que no tengan trascendencia sobre lo debatido, es decir, aquellas pruebas que no son relevantes ni útiles en cuanto al objeto del proceso.

Para Azula Camacho,³⁴⁹ con la prueba se establece un hecho material de la controversia que aún no se encuentra demostrada con otra, es decir, cuando el hecho que con ella se pretende demostrar ya lo está por otros medios probatorios.

No es de extrañar, entonces, que Parra Quijano exprese que “la prueba es inútil cuando sobra, por no ser idónea, no en sí misma, sino en relación con la utilidad que le

³⁴⁸ PARRA Quijano, Jairo (2011). Op. cit., p. 15.

³⁴⁹ AZULA Camacho, Jaime. Op. cit., p.73.

debe prestar al proceso, ya que éste solo puede recaudar las pruebas necesarias para el pronunciamiento del fallo. Si nos valiéramos de una metáfora, podríamos decir que el proceso debe consumir las pruebas que le sean absolutamente necesarias para pronunciar el fallo y que no puede darse el lujo de recaudar pruebas que sobren, superfluas, redundantes, corroborantes, cuando esto no sea absolutamente necesario”³⁵⁰.

En cuanto a la prueba de oficio resulta lo mismo, el juez al decretar una prueba de oficio debe hacerlo respecto de una prueba que sea útil para el proceso, que contribuya a verificar las afirmaciones de las partes para emitir una decisión en justicia, de lo contrario generaría retraso en la decisión del mismo en perjuicio de las partes, por ser ésta innecesaria para el objeto del proceso.

4.2.4. Pertinencia y conducencia.

Es pertinente la prueba cuando se relaciona con los hechos; la pertinencia “consiste en que el hecho que se pretende demostrar tenga relación con los que configuran la controversia”³⁵¹. Señala Devis Echandía que “éste representa una limitación al principio de libertad de la prueba, pero es igualmente necesario”³⁵².

Para Parra Quijano, la pertinencia es “la adecuación entre los hechos que se pretenden llevar al proceso y los hechos que son temas de la prueba en éste. En otras palabras, es la relación de facto entre los hechos que se pretenden demostrar y el tema del proceso. Así, como en nuestra vida diaria, al estar conversando con una persona sobre un determinado tema, consideramos bienvenidos a los que quieren hablar sobre lo mismo y predicamos la impertinencia de quienes introducen conversaciones sobre

³⁵⁰ PARRA Quijano, Jairo (2011). Op. cit., p. 148.

³⁵¹ AZULA Camacho, Jaime. Op. cit., p.72.

³⁵² DEVIS Echandia, Hernando (1988). Op. cit., p. 23.

otros temas, exactamente lo mismo sucede en el proceso. La sanción en nuestros diálogos para la persona que introduce temas que no tienen nada que ver con lo que se venía hablando, es el reproche y en el proceso es el rechazo *in limine* de la prueba. Sin embargo, como la pertinencia puede ser inmediata o mediata con el tema de la prueba, cuando exista duda sobre ella, es decir, que no sea tan manifiesta, se puede decretar y diferir, digamos así, su definitivo pronunciamiento, una vez se dicte sentencia o en el auto que falla el incidente, ya que la decisión inicial sobre la pertinencia no ata al juez³⁵³.

“La prueba debe ser pertinente, propuesta con arreglo a normas legales racionales, tácita”³⁵⁴. La prueba debe ceñirse a la materia del proceso y ha de ser conducente e idónea, a efecto de que los tribunales no practiquen pruebas innecesarias, en detrimento de la economía procesal.

La conducencia “es la idoneidad legal que tiene una prueba para demostrar determinado hecho; es una comparación entre el medio probatorio y la ley, a fin de saber, si el hecho se puede demostrar en el proceso, con el empleo de ese medio probatorio. En principio, las pruebas inconducentes e impertinentes son inútiles, pero puede suceder que a pesar de que la prueba sea pertinente y conducente, resulte inútil”³⁵⁵. En palabras de Azula Camacho, “la conducencia es un asunto de derecho, referente al medio probatorio, la pertinencia es cuestión de hecho, por relacionarse con lo que constituye materia del debate o la *litis*”³⁵⁶.

Por otra parte, el Juez debe procurar evitar actos probatorios irregulares, carentes de vicios o nulidades, y así no ocasionar perjuicio a las partes. Nuestro código contempla disposiciones dirigidas al saneamiento, como lo era los numerales 10 y 11 del

³⁵³ PARRA Quijano, Jairo (2011). Op. cit., p. 145.

³⁵⁴ FÁBREGA Ponce, Jorge (2004). Op. cit., p. 894.

³⁵⁵ PARRA Quijano, Jairo (2011). Op. cit., p. 145 y 148.

³⁵⁶ AZULA Camacho, Jaime. Op. cit., p.72.

artículo 199, recientemente derogado por la Ley 53 de 2015, sobre Carrera Judicial. Ahora bien, los artículos 696 y 1151 del Código Judicial, normas generales en cuanto al saneamiento del proceso y el artículo 119 de la Ley 53 de 2015, contempla el deber del juez de ejercer de oficio las funciones de saneamiento previstas en la ley. En materia probatoria, y que guarda relación con el deber oficioso del Juez, tenemos el último párrafo del artículo 793 del Código Judicial que indica: “El juez debe, en cualquier momento, ordenar de oficio la repetición o perfeccionamiento de cualquier prueba, cuando ha sido mal practicada o sea deficiente”.

En este mismo sentido, el artículo 854 del Código Judicial, preceptúa que: “sin perjuicio de las facultades de decretar pruebas de oficio, el juez podrá solicitar, antes de dictar sentencia, y cuando abrigare dudas sobre la existencia, autenticidad o fidelidad de cualquier documento público, que por secretaría se solicite al custodio del original con el fin de agregar al expediente, copia del mismo; o en su defecto practicar las diligencias necesarias o conducentes para dichos propósitos”. Y el artículo 847 *ibídem*, indica que: “cuando la ley exija inscripción de un documento en un Registro Público, la copia que se aduzca como prueba deberá llevar la certificación de haberse efectuado aquélla; en caso contrario, el juez la enviará a la oficina correspondiente para que efectúe la certificación a costa del interesado”.

Por su parte, el artículo 878 del texto legal citado, nos dice que: “cuando el juez advierta en el proceso un documento en lengua que no sea el español, ordenará su traducción conforme a lo dispuesto en el artículo anterior y a costa del proponente de la prueba. Toda traducción puede ser impugnada por error esencial por medio de incidente; las partes y el juez, nombrarán los intérpretes del mismo modo que se nombran los peritos. Los intérpretes nombrados de acuerdo con los artículos anteriores y los que hayan de intervenir en una diligencia por nombramiento del tribunal, pueden ser recusados por los mismos motivos que los testigos y peritos”. Todas estas normas se

refieren al saneamiento en la prueba documental.

En cuanto a la prueba testimonial, tenemos normas claras que permiten al Juez de manera oficiosa, el saneamiento de la misma, tal es el caso del artículo 914 del Código Judicial, que establece que: “si alguno de los testigos hace referencia a otras personas en cuanto al conocimiento de los hechos, el juez puede disponer de oficio que sean llamadas a declarar. El juez también puede disponer que sean oídos los testigos que fueren eliminados por excesivos, que se repita el examen de los ya interrogados o que se cite a cualquier persona, cuyo nombre aparece mencionado en el proceso, a fin de aclarar sus testimonios, rectificar irregularidades o deficiencias en que se hubiere incurrido, para ampliar una declaración ya prestada, para verificar las afirmaciones de las partes o para verificar pruebas que obren en el proceso”.

Respecto a la prueba de oficio, ésta también debe ser pertinente, así lo ha señalado la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de Colombia: “De esta manera el juzgador no solo está autorizado, sino que tiene el deber de decretar oficiosamente todas las pruebas que estime necesarias para esclarecer la verdad de los hechos que se debaten en un proceso, en cuanto ellos cumplan con los requisitos que establece el artículo 178, vale decir que sean pertinentes y eficaces y que no tengan el carácter de superfluas o de prohibidas por la ley”³⁵⁷.

Todo lo anterior, en estudio, implica que el Juez debe adoptar las medidas necesarias para que las pruebas sean admitidas, practicadas y valoradas de manera correcta, ya que de no ser así, se vulnera el derecho de defensa de las partes en el proceso, incurriendo en la vulneración del debido proceso como derecho fundamental de las partes.

³⁵⁷ Sentencia de 27 de abril de 1981, M.P. Dr. José María Esguerra Samper, Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de Colombia.

Este derecho fundamental a la prueba supone además de presentar todas aquellas que se estimen pertinentes, la práctica de todas aquellas admitidas en juicio, velando porque en dicha práctica se garantice el derecho de defensa, publicidad y contradicción; comprende también el derecho a su valoración, ejercicio que debe ser fundamentado o motivado; y lo más importante, este derecho fundamental contempla la prueba de oficio, “acorde al principio de razonabilidad, en cuanto es concordante con los fines del Estado Social democrático de derecho”³⁵⁸.

4.3. Recepción o Práctica de Pruebas.

Según Fábrega Ponce, “el problema preliminar, de importancia fundamental en toda la Ley procesal, que consiste en el desacuerdo entre los sistemas oral y escrito, ha sido resuelto conservando la preponderancia de la forma escrita, pero combinándola con la oralidad en ciertos supuestos, reconociendo que ambos sistemas tienen sus ventajas y sus limitaciones y que la adopción de uno u otro depende de las circunstancias particulares del país para el que se legisle. Se le ha atribuido la falta de éxito del Código italiano al hecho que, a pesar de los innumerables aciertos que contiene, continúa con un régimen escalonado, en la etapa instructora. A ello cabe agregar, aun dentro del derecho comparado, que el ideal sería un sistema tipo anglosajón en el que en la audiencia no se limita a la recepción de la prueba sino además a la presentación de alegaciones. Pero, obviamente, dadas las condiciones actuales nuestras, culturales, materiales y profesionales, tal sistema es de difícil adopción, por ahora, en los países latinoamericanos”³⁵⁹.

Para Devis Echandía la recepción de la prueba “comprende su simple agregación cuando la presente la parte, o su práctica cuando se limita a solicitarla; es, por lo tanto,

³⁵⁸ OLIVER Galé, Carlos Alberto. Op. cit., p. 120.

³⁵⁹ FÁBREGA Ponce, Jorge (2004). Op. cit., p. 904.

un término más general que el de práctica, que literalmente significa el procedimiento para llevar a cabo el medio probatorio (oír al testigo o a la parte interrogada, observar las cosas en la inspección, etc). Pero es usual identificar ambos términos dándole al primero el doble sentido indicado. Se entiende, pues, por práctica o recepción de la prueba, los actos procesales necesarios para que los diversos medios concretos aducidos o solicitados se incorporen o ejecuten en el proceso”³⁶⁰. La práctica es el recibimiento de la prueba por el juez y se vislumbra en diferentes momentos dependiendo de la clase de prueba que se práctica. Esta fase de la actividad probatoria se da mayormente en la primera instancia. El juez o tribunal de segunda instancia, solo práctica aquella que dispone la ley (artículo 1275 del Código Judicial), y la práctica del decreto de prueba de oficio para aclarar puntos oscuros o dudosos (artículo 793 ibídem).

Según Fábrega Ponce, “en la recepción de la prueba, existen dos sistemas a saber: 1). De recepción en audiencia por el Juez que falla. En el sistema de audiencia, el Juez señala una fecha en la cual concurren las partes con sus pruebas, y en el mismo acto, sin solución de continuidad, el Juez recibe las pruebas, corre traslado de ellas, conceptúa sobre su admisibilidad, resuelve sobre las mismas o desahoga (las que propongan las partes y las que de oficio decreta), desde las documentales hasta las testimoniales. Sólo (sic) en caso que quedan pruebas por practicar, se señala una nueva fecha para su continuación, en lo posible, para el día o días siguientes. La audiencia constituye una de las etapas más importantes del proceso; a ella confluye todo (...) y; 2) Sistema de recepción escalonada o difusa. Este sistema fraccionado en numerosos tractos, es en general el de nuestro proceso civil³⁶¹.

“Los Códigos latinoamericanos tradicionales derivados de la Ley española de enjuiciamiento civil (inspirada en el derecho canónico, al igual que los procesos de equity del derecho anglosajón, antes del movimiento reformista que unió los procesos

³⁶⁰ DEVIS Echandía, Hernando (1988). Op. cit., p. 96.

³⁶¹ FÁBREGA Ponce, Jorge (2004). Op. cit., p. 904.

del common law y del equity) siguen el sistema, escalonado, mediante el cual se abre la causa a prueba que, en su oportunidad se presentará (normalmente por cinco días) para que las partes la aduzcan o aporten (sólo (sic) en el proceso sumario se aducen en la demanda en la contestación)³⁶².

En nuestro ordenamiento jurídico, una vez propuesta la prueba, prosigue una etapa de contrapruebas, posteriormente, luego la fase de traslado de las mismas, se decide sobre su admisibilidad, se señala fecha para su práctica en forma escalonada para su diligenciamiento y luego se va recibiendo todo el material probatorio en un término de 8 a 30 días o 20 días, dependerá del tipo de proceso. Nuestro Código Judicial también contempla el proceso oral para algunas causas, en éste tipo de procesos la práctica de las pruebas se realiza en acto oral y público.

La práctica de prueba se circunscribe a aquellas pruebas incorporadas al proceso en las oportunidades señaladas en la ley y previamente admitidas, así lo prescribe el artículo 792 del Código Judicial. No obstante, si las pruebas incorporadas en el expediente que se hayan practicado con intervención de las partes ya vencido el término probatorio, siempre que hayan sido ordenadas por resolución ejecutoriada, serán consideradas en la decisión. Se podrán considerar en la decisión las pruebas practicadas con intervención de las partes en los casos en que se declare la nulidad de lo actuado sin que el vicio que causó la nulidad haya ocurrido en la práctica de las pruebas. Del mismo modo, podrán utilizarse en el proceso las pruebas practicadas con intervención de las partes en un proceso anulado y cuya práctica no haya incidido en la declaratoria de nulidad”.

La práctica de la prueba es una función del juez del conocimiento del proceso y en algunas ocasiones de los jueces comisionados (artículo 782 del Código Judicial). Es

³⁶² *Ibíd.*

deber del juez practicar personalmente todas las pruebas, pero si no lo pudiere hacer por razón del territorio (limitaciones geográficas), comisionará a otro para que en la misma forma las practique. Tanto el juez de la causa como el juez comisionado podrán practicar pruebas en días y horas inhábiles como una excepción en casos urgentes o cuando lo soliciten de común acuerdo las partes (artículo 803 *ibídem*). Nuestro proceso civil, contempla la posibilidad de comisionar a un juez de la misma jerarquía o de inferior jerarquía para que lleve a cabo diligencias judiciales o práctica de pruebas que deban surtirse fuera de la circunscripción del comitente, salvo lo que para casos especiales disponga la ley; el juez comisionado debe tener competencia en el lugar que realiza la diligencia judicial o práctica de pruebas. Esta posibilidad de comisionar a un juez para la práctica de pruebas, que prevé la ley en los artículos 203 a 214 del Código Judicial, nos lleva a pensar si constituye una atenuante al principio de inmediación.

El artículo 203 *ibídem* señala que “Las comisiones sólo (sic) podrán conferirse para la práctica de pruebas y de otras diligencias judiciales”. Recientemente, la Ley 75 de 18 de diciembre de 2015, adiciona un segundo párrafo a esta norma y se establece que “en el Primer Distrito Judicial, los jueces de circuito y los municipales del Primer, Segundo y Tercer Circuito Judicial de Panamá practicarán las pruebas y otras diligencias en la circunscripción del otro, sin necesidad de librar exhortos o despachos”, de tratarse de la práctica de una prueba de oficio, igual proceder tendrán los jueces antes aludidos.

Gómez Lara hace referencia al desahogo de las pruebas y señala que “los aspectos relativos a la forma, el modo, el tiempo y el lugar de desahogo de las pruebas van dándose de forma particular con cada una de las clases de prueba, ya que cada medio de prueba tiene sus propias reglas y su propia naturaleza en cuanto a su desahogo”³⁶³. Las fechas para la comparecencia a desahogar las pruebas son las señaladas por el Juez. Ahora bien, el artículo 791 del Código Judicial establece que “Si la

³⁶³ GÓMEZ Lara, Cipriano. Op. cit., p. 107.

prueba no lograre recibirse completa en la comparecencia, se señalará día y hora para una nueva. Fuera de ésta, no pueden verificarse otras comparecencias a menos que el juez estime que la parte ha sido verdaderamente diligente y que se trate de asuntos importantes por la cuantía de la cosa litigiosa o por la naturaleza del objeto del proceso, caso en el cual podrá citar, a su discreción, para una tercera comparecencia, dentro del respectivo término probatorio”.

Podría existir la necesidad de practicar pruebas en el extranjero, para lo cual el artículo 804 ibídem establece que “Cuando se pidan pruebas que deban practicarse en el extranjero, se suplicará su diligenciamiento a la autoridad judicial del respectivo Estado, que se hará sin ulterior trámite, por conducto del Ministerio de Relaciones Exteriores. También se podrá comisionar a un cónsul panameño para tales fines. Además, si las partes estuvieran de acuerdo, el tribunal podrá designar a un abogado idóneo en el extranjero para que las practique y reciba. En todos los casos, las tachas, observaciones u objeciones que formularen las partes, en el momento de practicar las diligencias comisionadas, se anotarán y serán posteriormente decididas por el tribunal de la causa. Este procedimiento se podrá aplicar en las diligencias de que trata el artículo 927. Lo anterior se aplicará sin perjuicio de lo que se estipule en tratados o convenios internacionales”.

Es en la fase de práctica de pruebas que se evacúan las pruebas aportadas por las partes y admitidas por el juez y aquella ordenada de oficio por el juez en el período probatorio. No obstante, aquella prueba decretada de oficio antes de fallar, su práctica se da con posterioridad a la práctica de pruebas dispuesta en la resolución de admisión de pruebas y que para cada proceso tiene un término establecido. Ahora bien, la resolución que ordena la prueba de oficio es notificada a las partes, dicha publicidad permite cumplir con el contradictorio.

Es importante señalar, que de conformidad con el artículo 796 ibídem, las pruebas documentales ordenadas practicar o cualquiera de las practicadas por comisión, dentro de los respectivos términos, que lleguen al tribunal transcurrido el término ordinario o extraordinario de prueba, será incorporada al proceso en cualquier tiempo, con tal que no se haya dictado sentencia. Igualmente, serán agregadas al proceso de existir sentencia, para que sean estimadas en el fallo de segunda instancia, en caso de apelación o consulta.

Respecto a la práctica de pruebas, el Primer Tribunal Superior de Justicia de Panamá, al resolver un Amparo de Garantías Constitucionales, bajo la ponencia del magistrado Nodier Jaramillo, señaló: “En el caso bajo examen, ya no estamos ante un supuesto de error en el juzgamiento que no es propio del debate constitucional como ya se dijo líneas arriba, ni de un error en el procedimiento, sino ante una omisión directa, al no practicarse una prueba que había sido admitida, lo cual es contrario al debido proceso, siendo precisamente esta vía, la del amparo de garantías, la idónea para reparar dicho agravio, concediéndolo y revocando lo actuado, para ordenar se practique la prueba de Declaración de Parte propuesta por el demandado; y es que hay que tener presente si la falta de motivación en la negación de las pruebas, viola debido proceso,- fallo del 9 de octubre de 2001- ***no hay duda, por consiguiente que la omisión en su práctica constituye una falta más grave***”³⁶⁴.

Parra Quijano³⁶⁵ cita algunas pautas establecidas por la Corte Constitucional de Colombia: La práctica de las pruebas ya decretadas de oficio o a petición de parte, no es discrecionalidad del juzgador (T-488/99, SU.087/99). Si la no práctica de la prueba es imputable a la parte o a su apoderado, no existe violación del debido proceso (SU-

³⁶⁴ Sentencia del Primer Tribunal Superior del Primer Distrito Judicial de Panamá, 2 de agosto de 2002, magistrado ponente: Nodier Jaramillo.

³⁶⁵ PARRA Quijano, Jairo (2011). Op. cit., p. 116.

087/99). La no práctica de pruebas fundamentales para la defensa, ya decretadas vulnera el derecho de defensa (T-504/98, T-589/00). También cita la jurisprudencia del Tribunal español, “que en sentencias 147/1987, 110/1995 y 50/1998 sostuvo: “En caso de que la prueba no sea practicada estaremos en presencia de una denegación tácita del mencionado derecho. El efecto de la inejecución de la prueba es o puede ser el mismo que el de su inadmisión previa, pues, objetivamente ello equivale a una inadmisión previa.

Es deber del juez practicar todas las pruebas pedidas por las partes y admitidas, al igual que la decretada de oficio; es en esta etapa de práctica de prueba que el juez recibe la prueba, es decir, que las pruebas se materializan o perfeccionan. Es deber del juez velar porque las pruebas oficiosas se practiquen; que las partes tengan conocimiento de su decreto, tomar las medidas necesarias para que las partes además de tener conocimiento de la misma, participen de su práctica.

En Colombia, “se incurre en el vicio de nulidad contemplado en el numeral 6 del artículo 140 del C. de P.C., cuando se omite el período necesario para la práctica de la prueba decretada de oficio (arts. 243, 242 C. de P.C. y 7 de la Ley 75 de 1968), que puede alegarse inmediatamente después de ocurrida en la actuación siguiente, o, en el evento en que tampoco haya existido esta oportunidad por haberse proferido ya sentencia de segunda instancia, en casación”³⁶⁶.

Es en esta fase de práctica de pruebas donde termina la participación de las partes, ya que en la siguiente etapa de valoración es una actividad que le corresponde al juez, veamos de que se trata dicha actividad.

³⁶⁶ Sentencia de 22 de mayo de 1998. M.P. Dr. Pedro Lafont Pianetta, Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de Colombia.

4.4. Valoración o Apreciación de Pruebas.

Valoración o apreciación de pruebas comprende “reconocer y estimar el mérito de las personas o de las cosas; ambos términos son sinónimos y resulta indiferente la utilización de uno u otro”³⁶⁷. Una vez admitidas y practicadas las pruebas, éstas deben ser valoradas. La valoración “es el momento solemne del proceso, para llegar a la sentencia, para construir ésta definitivamente. Sentencia viene de sentir: es lo que el juez siente ante ese fenómeno que es el proceso y en el desarrollo del cual ha ejercido su jurisdicción”³⁶⁸.

Afirma Azula Camacho que “la valoración es diferente de la asunción, aunque ésta constituye supuesto esencial para aquella. En efecto, solo una vez que el juez conoce la prueba, puede valorar. La asunción se surte tanto en la recepción, como al tomar la respectiva decisión, mientras que la valoración solo en esta oportunidad”³⁶⁹

En igual sentido se pronuncia Devis Echandía al señalar que “Cualquiera que sea el sistema legislativo que rija la naturaleza civil o penal del proceso, la prueba debe ser objeto de valoración en cuanto a su mérito para llevar la convicción al juez, sobre los hechos que interesan al proceso”³⁷⁰.

Afirma Parra Quijano³⁷¹ que en la apreciación de la prueba existen dos fases: 1) La de interpretación: mirar qué dice la prueba, qué muestra, y 2) La de valoración. Y que es el cumplimiento de esta exigencia tiene una doble finalidad, en primer lugar, explicarle al peticionario el valor dado a las pruebas, que por su iniciativa se decretaron y practicaron; y en segundo lugar, producirle tranquilidad. Este derecho se debe mostrar por el funcionario judicial, mediante el estudio analítico de cada medio probatorio. Esta

³⁶⁷ ARAZI, Roland. Op. cit., p. 141.

³⁶⁸ SENTIS Melendo, Santiago. Op. cit., p. 20 y 21.

³⁶⁹ AZULA Camacho, Jaime. Op. cit., p. 64.

³⁷⁰ DEVIS Echandía, Hernando (1988). Op. cit., p. 26.

³⁷¹ PARRA Quijano, Jairo (2011). Op. cit., p. 109 y 118.

faceta del derecho a la prueba obliga al órgano jurisdiccional, a valorar cada medio probatorio, y a exponer el mérito asignado a cada uno. Agrega que, la vulneración del derecho a la prueba regularmente aportada al proceso sea valorada ha sido considerada por la Corte Constitucional una vía de hecho por defecto fáctico en diversos pronunciamientos: <La falta de apreciación del material probatorio constituye una vía de hecho por defecto fáctico y viola el debido proceso (T-504/98). La valoración arbitraria, irracional y caprichosa del material probatorio constituye una vía de hecho por defecto fáctico y desconoce el debido proceso (T-442/94, SU-132/02, T-025/01). Existe vía de hecho por defecto fáctico cuando la decisión se toma sin haber sido practicada y en consecuencia tampoco valoradas las pruebas necesarias para desatar la litis (T-488/99).

La valoración de la prueba representa la evaluación, análisis que realiza el juez de las pruebas que constan en autos, para llegar al convencimiento o no de los hechos afirmados por las partes; busca la certeza del juez sobre los hechos discutidos en el proceso y que sirve de fundamento para la decisión del juez, ya que es sobre su resultado en dicha valoración que el juez emite su fallo.

Es así, que el artículo 990 del Código Judicial, hace referencia a que el Juez al emitir la sentencia hará una relación de los hechos que han sido comprobados, que hubieren sido alegados oportunamente y que estén enlazados con las cuestiones que hayan de resolverse. Se hará referencia a las pruebas que obran en el expediente y que hayan servido de base para estimar probados tales hechos. Esta norma establece las pautas a seguir para apreciar las pruebas al emitir la sentencia. Igualmente, los juzgados de segunda instancia tienen, al examinar los hechos de la controversia, la misma facultad que los de primera instancia en la valoración de los distintos medios probatorios existentes en el proceso.

Es pertinente señalar que de conformidad con el artículo 801 del Código Judicial,

el juez al decidir una causa, valorará las pruebas que consten en los incidentes que hayan sido promovidos con anterioridad al vencimiento del período en que se aducen pruebas; de igual forma el juez, al decidir los incidentes, apreciará las pruebas practicadas que ya existan en el expediente principal o en un cuaderno referente a otro incidente.

En el momento de emitir la sentencia, el juez debe analizar todos los medios de prueba admitidos y practicados conforme a la ley, ya que como se estudió en el primer capítulo, una vez incorporadas las pruebas al proceso, éstos constituyen una unidad y el juez debe examinarlos en conjunto. Señala Fábrega Ponce que “Todos los elementos probatorios integran una unidad y el Juez debe analizar los medios aisladamente y comprobar hasta qué punto coinciden y en qué puntos divergen y examinar la vinculación interna entre ellos y apreciarlos en conjunto”³⁷². Por su parte, nos dice Parra Quijano que “El derecho a la prueba, tiene una manifestación particularmente importante, en la obligación que tiene el funcionario judicial de explicar todos los elementos de los medios probatorios, fundamentalmente cuando utiliza la prueba indiciaria, con el fin exclusivo que el justiciable pueda ejercer el derecho de contradicción en situación normal, sin recurrir a realizar proezas para saber por ejemplo por qué existe un indicio grave”³⁷³, es decir, que el juez al valorar las pruebas debe ilustrar sobre cada uno de los medios de prueba que constan en autos y finalmente valorarlos como una unidad.

Ahora bien, nuestro ordenamiento procesal civil prevé, en el segundo párrafo del artículo 784 del Código Judicial, que “No requieren prueba los hechos afirmados por una parte y admitidos por la contraria, respecto a los cuales la ley no exige prueba específica; los hechos notorios; los que estén amparados por una presunción de derecho, y el derecho escrito que rige en la Nación o en los municipios. Los hechos claramente

³⁷² FÁBREGA Ponce, Jorge (2004). Op. cit., p. 885.

³⁷³ PARRA Quijano, Jairo (2011). Op. cit., p. 119.

reconocidos en el curso del proceso por la parte adversa, no requieren prueba”³⁷⁴. “Por lo general, los hechos jurídicos en que se fundan las pretensiones, los derechos y las obligaciones jurídicas de derecho sustancial que se debaten en el proceso, son aducidos por las partes en causa. Como son hechos pueden ser admitidos por la parte contraria, entonces no hay discusión acerca de la existencia o inexistencia de ellos; también pueden ser hechos notorios, esto es, de conocimiento común y de dominio público, y entonces tampoco puede surgir discusión acerca de la existencia o inexistencia de ellos; pero pueden en cambio, ser simplemente afirmados y alegados en el proceso, y en tal caso es necesario que la existencia o inexistencia de ellos sea probada”³⁷⁵, es decir, que aquellos hechos admitidos por la parte contraria y los hechos notorios, si bien no tienen que ser demostrados si están sujetos a ser valorados por el juez en conjunto con las demás pruebas.

Otro aspecto en la valoración probatoria es el hecho de que “el Juez le dé valor a un medio probatorio ilegalmente aportado, o desconozca o pase por alto un medio existente, o aprecie una prueba en violación de los criterios previstos en la Ley, la sentencia es censurable ante el Tribunal Superior. Si el Tribunal Superior mantuviere el error o incurriere en él, dicho fallo es impugnabile en casación, mediante la causal de error de hecho sobre la existencia de la prueba o de derecho respecto a su apreciación, según el caso. Y en relación con el recurso de casación afirma que “el Tribunal de Casación ha de aceptar los hechos conforme aparecen reconocidos en la resolución impugnada, salvo que se impugne dicha resolución por error de hecho en cuanto a la existencia o de derecho sobre su apreciación. Como lo ha enunciado la Corte: <La Corte no tiene competencia más que para conocer de la resolución recurrida en cuanto a los puntos que son materia del debate en virtud de la casación interpuesta no siéndole dado analizar y reformar otros puntos, aun cuando ellos constituyan error>. (...) La Casación controla el enjuiciamiento probatorio que hace u omite hacer el Tribunal de Segunda

³⁷⁴ FÁBREGA Ponce, Jorge (2004). Op. cit., p. 863.

³⁷⁵ ROCCO, Ugo. Op. cit., p. 340.

Instancia”³⁷⁶.

Devis Echandía manifiesta que “nada impide darle validez a las pruebas que se practiquen sin haberse señalado término para su práctica, si fueron debidamente decretadas”³⁷⁷.

En síntesis, la valoración de la prueba consiste en la interpretación, en establecer el alcance de la prueba, en determinar su eficacia y así tener certeza de los hechos alegados por las partes. Es una función del juez de la causa en el momento de emitir su sentencia. Al establecerse los hechos que se consideran probados, corresponde aplicar la norma legal pertinente a los mismos y emitir la decisión. No escapa la prueba decretada de oficio de ser interpretada y valorada rigurosamente como el resto de las pruebas que obran en autos.

Es la etapa o fase de valoración probatoria, la que concluye la actividad probatoria, compete luego al juez emitir su sentencia, culminando así la primera instancia. Desarrollaremos a continuación los sistemas que debe observar el juez en la valoración de las pruebas.

4.4.1. Sistemas de Valoración Probatoria.

Facultades o reglas que rigen para el juzgador en la apreciación o valoración de las pruebas que se llevan al proceso. “La doctrina procesal alude comúnmente a tres principios, o más bien sistemas, sobre esta materia denominándolos de la tarifa legal de pruebas o pruebas tasada, de la libre apreciación o libre convicción; de la sana

³⁷⁶ FÁBREGA Ponce, Jorge (2004). Op. cit., p. 889.

³⁷⁷ DEVIS Echandía, Hernando (1988). Op. cit., p. 96.

crítica”³⁷⁸. Algunos autores, entre éstos, Jairo Parra Quijano y Devis Echandía, manifiestan que solo existen dos sistemas. Devis Echandía, señaló que “no existe en realidad sino dos sistemas para la apreciación de las pruebas: el de la tarifa legal y el de la libre apreciación por el juez, denominación ésta que es la más aconsejable”³⁷⁹.

Nos referiremos a los tres sistemas que la doctrina procesal y las legislaciones positivas han establecido para ser utilizadas por el juez en su valoración o apreciación de los elementos de prueba aportados al proceso.

Sistemas de Valoración de la Prueba:

A) Prueba Tasada - Tarifa legal de la prueba.

El sistema de la tarifa legal de las pruebas, fue introducido por el proceso inquisitorio, que sustituyó, luego de larga lucha, al acusatorio del período primitivo posterior a la caída del imperio romano, representó un avance trascendental en la administración de justicia y en el ordenamiento jurídico general de los Estados, al excluir los medios bárbaros y fanáticos que caracterizaron aquel período³⁸⁰.

Señala Chioventa, que “aun en el curso del proceso, la investigación del juez civil no es tan libre como la del científico. Por la influencia de la prueba formal del proceso germano, se originó en nuestro proceso común el sistema de la prueba legal (...), creándose un conjunto de reglas para determinar en qué casos debía el juez considerar o no probado un hecho y debía o no atribuir fe a un testimonio; por ejemplo, en cuanto a los testigos, disponíase que todo hecho debía ser probado al menos por dos testigos; las pruebas que no alcanzaban las condiciones establecidas por la ley se dividían en

³⁷⁸ BARSALLO, Pedro. Op. cit., p. 77.

³⁷⁹ DEVIS Echandía, Hernando. Teoría General de la Prueba Judicial, Tomo I, quinta edición, Editorial Temis, S.A., Bogotá-Colombia, 2002.

³⁸⁰ COUTURE, Eduardo (2001). Op. cit., p. 305.

fracciones (por ejemplo, la prueba con un solo testigo era una *semiplena probatio*); podían sumarse varias fracciones para formar una unidad, esto es, la prueba completa. El derecho moderno ha rechazado en principio el sistema de la prueba legal y ha adoptado el de que el convencimiento del juez debe formarse libremente. Pero no debe creerse que no hayan quedado muchos vestigios de aquel sistema”³⁸¹.

El Doctor Barsallo hace referencia al Código Judicial de 1917, y señala que en éste “regía, aunque no en forma absoluta, el principio de la prueba tasada. Vemos por ejemplo, que dicho Código Judicial en varios artículos se encargaba de señalarle al juez cuando una prueba era plena, es decir, cuando debía darse por convencido y debían considerarse totalmente probados los hechos que se pretendían demostrar en los procesos. Así, en relación con la prueba de confesión (Art. 712), la prueba de testigos (Art. 799), la prueba de inspección ocular (Art. 927); el Código Judicial de 1917 se encargaba de establecer expresamente en qué condiciones constituían plena prueba y debían dar al juez total convicción de los hechos controvertidos así demostrados. Por el contrario y como excepción al principio de la prueba tasada, el artículo 854 del viejo Código Judicial permitía al tribunal hacer la apreciación o avalúo de los hechos o cosas que debían ser apreciados o estimados para decidir la controversia; establecía dicha norma que la prueba de peritos no era de por sí plena prueba, y abría el camino, en lo que a la prueba de peritos se refiere, a la libre apreciación del juez. Debe tenerse en cuenta que sólo (sic) a falta de estimación legal de una prueba, el tribunal podía darle valor según su conciencia tal como lo establecía el artículo 694 del Código Judicial, si bien no podía decirse con certeza cuáles eran estos casos en que pudiera tener aplicación el citado artículo”³⁸².

Este sistema de prueba legal es una “imputación anticipada en la norma, de una

³⁸¹ CHIOVENDA, Giuseppe (2001). Op. cit., p. 501.

³⁸² BARSALLO, Pedro. Op. cit., p. 81.

medida de eficacia”³⁸³; “es el legislador quien le señala al juez el valor que éste debe acordar a cada medio probatorio. Ese valor anticipado es impuesto al magistrado sin que importe el grado de convencimiento que le produjo en el caso concreto que debe juzgar. Constituye un antiguo sistema del que no han podido desprenderse en su totalidad las legislaciones modernas”³⁸⁴.

Enseña Barsallo que “consiste en hacer, que el juez deba someterse rigurosamente a unas normas preestablecidas que condicionan la prueba y su valoración, de tal forma que la ley le señala al juzgador si debe darse por convencido o no ante ella, si tiene fuerza de plena prueba o si el convencimiento que la misma produce es simplemente relativo. En este sistema de valoración de la prueba el ordenamiento jurídico aprecia los elementos probatorios, siendo el legislador quien de antemano manifiesta el grado de convicción respecto de cada prueba, a través de normas precisas que el juez debe conocer y respetar. Así, el contenido del sistema de la prueba tasada o tarifa legal está constituido por normas jurídicas positivas que preceptúan la fijación de los hechos y determinan, el grado de certeza que los medios de prueba han de producir en el juzgador. Se ha dicho que en este sistema, esas normas encadenan el criterio del juez, quien es su principal destinatario, al criterio severo de la ley y restringen para las partes la posibilidad de demostrar como a bien tuvieran sus derechos”³⁸⁵.

Se basa, pues, en que el valor de los medios o elementos de prueba está tasado o ligado a la ley; es el ordenamiento jurídico el que señala al juzgador si debe darse por convencido o no ante ella, si tiene fuerza de plena prueba o si el convencimiento que la misma produce es simplemente relativo o inalterable. Podríamos afirmar que este sistema tuvo su fundamento en su momento histórico y se pretende en la actualidad

³⁸³ COUTURE, Eduardo (2001). Op. cit., p. 320.

³⁸⁴ ARAZI, Roland. Op. cit., p. 142.

³⁸⁵ BARSALLO, Pedro. Op. cit., p. 78.

superarlos. No obstante, en nuestro ordenamiento jurídico aún existen normas que responden a este sistema.

Observemos como se mantiene este sistema en algunos preceptos de nuestra ley procesal civil, al darle valor a determinadas pruebas, así por ejemplo los artículos 786, 789, 867 del Código Judicial, los cuales citaremos a continuación: El artículo 786 del Código Judicial establece que:

“Toda ley, decreto ley, decreto de gabinete, acuerdo, ordenanza, reglamento, resolución, dictamen, informe, fallo, documento o acto de cualquier género, emanado de alguna autoridad o funcionario de cualquier Órgano del Estado o de un municipio de cualquier entidad autónoma, semiautónoma o descentralizada y publicado en los Anales del Órgano Legislativo, en la Gaceta Oficial, en el Registro Judicial, en el Registro de la Propiedad Industrial, en cualquier recopilación o edición de carácter oficial o de la Universidad Nacional, **hará plena prueba** en cuanto a la existencia y contenido del documento (...).

Por su parte, el artículo 789 del Código Judicial indica que “Cuando las partes en un proceso sean hábiles para transigir y se dirijan conjuntamente al juez para pedirle que dé por probado un hecho no aceptado en la contestación de la demanda o un hecho accesorio o incidental que trate de probar una parte, el juez dará por **probado plenamente** tal hecho, siempre que sea admisible la prueba de la confesión. **También dará el juez por probado plenamente** cualquier hecho que deba probar un litigante, si la parte contraria, siendo hábil para transigir, declara que lo acepta como existente y verdadero”.

El artículo 867 del Código Judicial expresa que “Cuando los documentos privados de obligación están firmados por dos testigos, si éstos declararen en la forma ordinaria que vieron firmar a la persona contra quien se aduce el documento o que ella les pidió que lo firmaran como testigos, habiendo visto al tiempo de hacerlo la firma de la parte,

harán ***plena prueba*** sobre su contenido. No es necesario el reconocimiento de los testigos cuando debe tenerse por reconocido el documento de conformidad con las disposiciones de este Capítulo”.

No obstante, a pesar de la existencia de normas dispersas en nuestra legislación con matices del sistema de tarifa legal impera en nuestro proceso civil, el sistema de la sana crítica al que nos referiremos más adelante.

B) Libre apreciación o libre convicción.

“Este sistema otorga al juez amplia libertad en materia de valoración o apreciación de los elementos de prueba. (...) En este sistema el juzgador no necesita fundamentar racionalmente sus conclusiones, por ello se ha dicho que el mismo entraña plena confianza en la actividad del juzgador”³⁸⁶.

Para Couture el principio de la libre convicción “debe ser reservado para ciertos casos en los cuales la ley permite al juez, como ocurre en el jurado criminal, juzgar los hechos sin necesidad de fundamentar racionalmente sus conclusiones, sin servirse de los elementos de convicción que aparecen en el proceso, pudiendo utilizar su saber privado, sin acudir a los medios normales de valoración de la prueba, pudiendo acudir a otros de carácter excepcional”³⁸⁷. Agrega, este autor, que “Es la remisión al convencimiento que el juez se forme de los hechos, en casos excepcionales en los cuales la prueba escapa normalmente al contralor de la justicia, por convicción adquirida por la prueba de autos, sin la prueba de autos o aun contra la prueba de autos”³⁸⁸.

En este sistema, el juzgador no se encuentra atado a lo que establece la ley para

³⁸⁶ BARSALLO, Pedro. Op. cit., p. 80.

³⁸⁷ COUTURE, Eduardo (2001). Op. cit., p. 320.

³⁸⁸ *Ibidem*.

la valoración de los elementos de prueba presentados en el proceso; el juez realiza su valoración de manera racional, de acuerdo a su conciencia, por ello se dice que este sistema le da prestancia a la actividad del juez.

Explica Devis Echandía que “sólo (sic) hay dos formas de apreciar la prueba: si fija el valor el legislador o lo establece libremente el juez. La mayor o menor motivación de la sentencia por parte del juez no justifica la inclusión de un tercer sistema”³⁸⁹. Afirma Arazi que “no hay sistema alguno que permita al juez una apreciación arbitraria y menos aún que el magistrado pueda fallar fuera de la prueba de autos o contra la prueba de autos, como expresa Couture. Es posible que la ley atenúe el deber del juez de expresar cómo llegó a la conclusión; puede eximirlo de explicar el razonamiento lógico empleado, pero ello no implica que el legislador haya supuesto que tal razonamiento no se efectuó”³⁹⁰.

Coincidimos con Azula Camacho, al exponer que “este sistema carece de individualidad, por cuanto, aunque el juez no tiene que dar razón de los fundamentos de su decisión, es incuestionable que ellos existen y para tomarla le corresponde evaluar las pruebas de acuerdo con las reglas de la sana crítica, por lo que constituye una modalidad de esta, de la cual solo difiere por la forma en que se exterioriza”³⁹¹.

C) Sana Crítica:

Las reglas de la Sana Crítica tiene su origen en España; en efecto, nos cuenta Caravantes³⁹² que existió una disposición en el reglamento de 1846 del Consejo Real

³⁸⁹ DEVIS ECHANDÍA, Hernando (2002). Op. cit., p. 86 y 288.

³⁹⁰ ARAZI, Roland. Op. cit., p. 143.

³⁹¹ AZULA Camacho, Jaime. Op. cit., p. 68.

³⁹² CARAVANTES, Tratado histórico, crítico filosófico de los procedimientos judiciales según la nueva Ley de enjuiciamiento. Imprenta Gaspar y Rioja editores, Madrid, 1856, Tomo II, No. 1003, p. 247 y 248, citado PARRA Quijano, Jairo. Manual de Derecho Probatorio, decimoctava edición, Librería ediciones

(artículos 147 y 148) que autorizaba al Consejo a calificar “según las reglas de la sana crítica” las circunstancias conducentes a corroborar o disminuir la fuerza probatoria de determinados testigos, como ascendientes, descendientes, hermanos, tíos y sobrinos por consanguinidad o afinidad de una de las partes. La frase en comentario se encuentra extendida en los códigos de muchos países iberoamericanos (hasta el punto que en el artículo 130 del Código de Procedimiento Civil Modelo para Iberoamérica, utiliza una frase que puede resultar un poco redundante, después de hablar del estudio en conjunto de la prueba agrega: “Racionalmente y de acuerdo con las reglas de la sana crítica”³⁹³).

Señala Couture, “las reglas de la sana crítica son una categoría intermedia que no tiene la rigidez propia de la prueba legal, ni la excesiva inestabilidad de la prueba de conciencia”³⁹⁴. Es una “categoría racional, inductiva-deductiva, supera todas las posibilidades anteriores. Personalmente, creo que esta característica del derecho procesal hispanoamericano, aún dentro de todas nuestras deficiencias en materia de prueba, es uno de los puntos más interesantes que podemos exhibir a la ciencia contemporánea”³⁹⁵.

Según Ariza, la sana crítica “exige un proceso lógico de razonamiento, debiendo el juez explicar dicho proceso”³⁹⁶.

Para Parra Quijano, las reglas de la sana crítica son “a. pautas que elaboramos (para juzgar), utilizando como materiales el ambiente creado por el proceso en cuestión (pequeña historia del proceso), las máximas de la experiencia y si es del caso las reglas técnicas, científicas o artísticas (prueba pericial); b. Sana (objetiva, sincera); c. Crítica:

del Profesional Ltda, Bogotá-Colombia, 2011, p. 92.

³⁹³ PARRA Quijano, Jairo (2011). Op. cit, p. 93.

³⁹⁴ COUTURE, Eduardo (2001). Op. cit., pág. 104.

³⁹⁵ *Ibidem*.

³⁹⁶ ARAZI, Roland. Op. cit., p. 143.

juzgar de conformidad con las reglas de la lógica, para lo cual se debe narrar y hacer discurso (es decir, informar)”³⁹⁷.

Las reglas de la sana crítica son máximas de la experiencia de la vida del juez y que éste aplica al realizar la valoración de las pruebas para obtener su propio convencimiento; son experiencias que no se encuentran reguladas, pero que debe quedar constancia en la motivación de la decisión.

En la Sentencia de 13 de septiembre de 1984, emitida por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, se consideró al sistema de tarifa legal como un fósil jurídico y se recomendó aplicar la fórmula moderna de la “sana crítica”, sin estar en vigencia en nuestro ordenamiento civil para la época en que se profiere el pronunciamiento.

Señaló la Corte Suprema de Justicia que si “En nuestro sistema de tarifa legal el dicho de dos testigos hábiles y contestes hace plena prueba, y lleva al juzgador irremediabilmente a la convicción, mediante un sistema aritmético, de sumas o de restas, pero es precisamente en las circunstancias que ahora se resuelven, en que el juez puede desatarse de este antiguo sistema de valoración que constituye un fósil jurídico, para sin estar atado a la rigidez de la prueba legal ni a la excesiva incertidumbre de la libre convicción, aplicar la fórmula que más se aviene con la nueva doctrina en materia de valoración de pruebas que es la sana crítica, por cuanto en esta se integran las reglas del correcto entendimiento humano basado en la lógica y la experiencia del Juez”³⁹⁸.

En el proceso civil panameño, el sistema de la sana crítica es la regla general de valoración de los elementos de prueba aportados al proceso. Citaremos algunas normas que se refieren al mismo: artículos 781, 831, 862, 868, 874, 886, 887, 893, 904, 917,

³⁹⁷ PARRA Quijano, Jairo (2011). Op. cit., p. 100.

³⁹⁸ Registro Judicial de Septiembre, Panamá, 1984, p. 17 a 20.

919, 958, 980 y 986 del Código Judicial.

El artículo 781 ibídem señala que “Las pruebas se apreciarán por el juez, según las reglas de la **sana crítica**, sin que esto excluya la solemnidad documental que la ley establezca para la existencia o validez de ciertos actos o contratos. El juez expondrá razonadamente el examen de los elementos probatorios y el mérito que les corresponde”.

En este orden, el artículo 831 de la misma excerta legal citada indica que “Quien esté interesado en que terceros rindan testimonio con el fin de presentar tal prueba en futuro proceso, lo pedirá ante el juez que fuere competente para conocer de la pretensión. La declaración será estimada como prueba en el proceso a menos que la parte contraria manifieste en el término del traslado del escrito de prueba que desea repreguntar al testigo, pues en tal caso deberá comparecer para los fines de la repregunta. En caso de que el testigo no comparezca, su declaración carecerá de valor. Sin embargo, si la omisión se debiese a incapacidad o ausencia, el juez podrá atribuirle **valor indiciario** y la apreciará en concordancia con las otras pruebas del expediente y con sujeción a **la reglas de la sana crítica**”.

En este sentido, el artículo 862 del código de procedimiento expresa que “Los documentos no firmados solo tendrán valor que corresponda si son reconocidos expresamente por la parte a quien se atribuyen, o si se demuestra que provienen de dicha parte por los medios comunes de pruebas, en concordancia con las otras pruebas del proceso y con sujeción a **las reglas de la sana crítica**. Se exceptúan los libros de comercio debidamente registrados, cuya autenticidad no necesita acreditarse”.

Por su parte, el artículo 868 del Código Judicial manifiesta que “La parte que deba servirse de un documento que, según su manifestación dada bajo la gravedad de

juramento, se halle en poder de su opositor, deberá presentar copia del mismo o, cuando menos, los datos que reconozca acerca de su contenido. Deberá, asimismo, probar que el documento lo tiene o lo ha tenido su opositor. El juez dispondrá se prevenga a la parte contraria la entrega del documento dentro de un plazo que le señalará bajo apercibimiento. Si el documento no fuere entregado y no se produjere contra información por parte del tenedor del mismo, el juez, en el momento de fallar el fondo del proceso, teniendo en cuenta las otras pruebas del expediente, podrá deducir, respecto al contenido del documento en cuestión, indicios con arreglo a las **reglas de la sana crítica**".

Asimismo, el artículo 874 del código antes citado señala que "Podrán aceptarse como prueba y serán calificados como tal, según las **reglas de la sana crítica**, los talonarios, contraseñas, cupones, etiquetas, boletos, recibos o formularios procedentes de empresas de utilidad pública, casas de préstamo o empeño, sellos u otros documentos impresos semejantes, no firmados. En la misma forma se aceptarán los periódicos, revistas, libros, guías telefónicas, folletos y otras publicaciones impresas, documentos de archivos públicos u otros que a juicio del juez puedan formar convicción. En su apreciación el juez deberá tomar en cuenta las pruebas complementarias que se rindan".

El artículo 886 del Código Judicial, establece que "Cuando obren en el proceso dos documentos, públicos o privados, contradictorios entre sí y de la misma clase, el juez los apreciará en el fallo en concordancia con las otras pruebas del expediente y según las **reglas de la sana crítica**".

Por otra parte, el artículo 887 del Código de procedimiento expresa que el juez podrá practicar cualquier diligencia a efecto de establecer la autenticidad o contenido de documentos públicos o privados que hayan sido presentados rotos, raspados,

enmendados o parcialmente destruidos y al decidir el proceso lo apreciará según las **reglas de la sana crítica**.

El artículo 893 del Código Judicial indica que “El juez, de oficio o a solicitud de parte, puede pedir a cualquier oficina pública, entidad estatal o descentralizada o a cualquier banco, empresa aseguradora o de utilidad pública, cualquiera de los siguientes elementos que estime procedente incorporar al proceso para verificar las afirmaciones de las partes: (...) El juez podrá, así mismo, solicitar de oficio o a petición de parte, informes técnicos o científicos a los profesionales o técnicos oficiales o de la Universidad de Panamá y en general a las entidades y oficinas públicas que dispongan de personal especializado, sobre hechos y circunstancias de interés para el proceso. Tales informes deberán ser motivados. El juez apreciará estos informes según las **reglas de la sana crítica**”.

Es así como el artículo 904 del Código Judicial indica que “El interrogatorio se practicará en lo conducente, con arreglo a las normas sobre prueba testimonial. El juez apreciará la declaración, tanto en lo favorable como en lo desfavorable, en concordancia con las otras pruebas del proceso y según las **reglas de la sana crítica**”.

Señala el artículo 917 del código antes citado que “El juez apreciará, según las **reglas de la sana crítica**, las circunstancias y motivos que corroboren o disminuyan la fuerza de las declaraciones”.

Expresa, el artículo 919 del Código Judicial que “Cuando las declaraciones de los testigos presentados por una misma parte o por ambas sean contradictorias entre sí, de manera que respecto de cada parte haya número plural de testigos hábiles, debe el juez tomar en cuenta la vinculación que los testigos tengan o puedan tener con alguna de las

partes y si afecta su imparcialidad; lo fundado de la razón de su dicho; el resultado del careo, si hubiere y, también, las demás circunstancias que puedan formar su convicción, conforme las **reglas de la sana crítica**".

En lo que respecta a la inspección, el artículo 958 del Código Judicial indica que "Colocado el juez en el sitio en donde va a practicarse la inspección, con asistencia de su secretario y de los testigos o peritos del caso, oirá a los interesados y hará que los peritos reconozcan la cosa y que den su dictamen fundado o les señalará día y hora para tal efecto, si así lo solicitaren. (...) De lo ocurrido en la inspección se extenderá una diligencia que firmarán los que concurrieren, la que formará una prueba más o menos completa, según la naturaleza de su contenido y la clase de afirmaciones que hagan los peritos o testigos que han intervenido en la diligencia, apreciándose de acuerdo con las **reglas de la sana crítica**".

En cuanto al dictamen pericial, el artículo 980 del Código Judicial señala que "La fuerza del dictamen pericial será estimada por el juez teniendo en consideración los principios científicos en que se funde, la relación con el material de hecho, la concordancia de su aplicación con las **reglas de la sana crítica**, la competencia de los peritos, la uniformidad o disconformidad de sus opiniones y demás pruebas y otros elementos de convicción que ofrezca el proceso".

También, el artículo 986 del Código Judicial hace referencia a la reglas de la sana crítica al expresar que "El juez apreciará los indicios en conjunto, con arreglo a **las reglas de la sana crítica**".

De conformidad con las disposiciones citadas, se observa que en nuestro ordenamiento procesal, rige el sistema de la sana crítica, que constituye las diversas

reglas que debe observar el juez en la fase de valoración de las pruebas, con el fin de emitir su decisión. Señala Devis Echandía³⁹⁹ que estas reglas no son otra cosa que el análisis racional y lógico de la prueba. Es racional, por cuanto se ajusta a la razón o al discernimiento humano. Es lógico, por tener que enmarcarse dentro de las leyes del conocimiento.

De acuerdo con Fábrega Ponce, “Al utilizar el método de la sana crítica el Juez se apoya en reglas conocidas por él fuera del proceso: la experiencia adquirida en el curso de sus actividades diarias. Si él desestima una pretensión fundada en datos derivados de un parasicólogo o en datos derivados de pruebas de un clarividente, lo hace fundado en su saber extraprocesal. El Juez que evalúa las pruebas, según la sana crítica, se vale de conocimientos derivados de la experiencia, al sopesar el valor de un testimonio, las relaciones de necesidad o causalidad respecto a los indicios, la conducta de las partes, al evaluar los peritajes, etc. Concretamente, al estimar la prueba pericial el Juez debe tener en consideración <los principios científicos en que se funde> el dictamen (Art. 967)”⁴⁰⁰.

Nos enseña Couture que “las reglas de la sana crítica son un precioso standard jurídico que abarca, todo el campo de la prueba. Su valor como tal radica en que consisten en una parte lo suficientemente precisa (las reglas de lógica formal) y en otra suficientemente **plástica** (las máximas o advertencias de la experiencia del juez) como para procurar la justicia de las situaciones particulares”⁴⁰¹.

Se culmina este apartado referente a la prueba como derecho humano, en el que analizamos también el ejercicio de la actividad probatoria; entre éstos, los sistema de valoración de la prueba, es pertinente señalar que en nuestro ordenamiento jurídico,

³⁹⁹ DEVIS Echandía, Hernando (1988). Op. cit., p. 101.

⁴⁰⁰ FÁBREGA Ponce, Jorge (2004). Op. cit., p. 896.

⁴⁰¹ COUTURE, Eduardo (2001). Op. cit., p. 322.

existen controles constitucionales y legales que ofrecen un marco de referencia para la prueba en el derecho procesal civil y en todas las demás ramas del derecho, estos controles han fortalecido, lo que en la doctrina se conoce como bloque de constitucionalidad. El bloque de constitucionalidad ha permitido ampliar la protección de los derechos humanos entre éstos la prueba como parte integrante del debido proceso y por ende un derecho fundamental, y la prueba de oficio como un medio para un verdadero reconocimiento de esos derechos humanos. De allí, la importancia de desarrollar la funcionalidad de la prueba de oficio en el proceso civil y los límites en su aplicación.

**CAPÍTULO III. FUNCIONALIDAD DE LA PRUEBA DE OFICIO EN EL
PROCESO CIVIL: LÍMITES EN SU APLICACIÓN.**

1 -Antecedentes de la Prueba de Oficio.

El papel del juez en el proceso civil ha ido evolucionando debido a diversas transformaciones de la justicia civil. La participación oficiosa del juez en los procesos civiles es un fenómeno ideológico e histórico, y su origen o antecedente más remoto lo encontramos en Las Siete Partidas, específicamente en la tercera, ya que contenía todo lo relacionado con el derecho procesal, producto de la influencia del período romano-canónico vigente en la Edad Media. En el derecho canónico, existen normas inquisitivas como el Canon 1530, “Para mejor descubrir la verdad, el juez puede interrogar a las partes, en cualquier momento, e incluso debe hacerlo en instancia de parte o para probar un hecho que interesa públicamente dejar fuera de toda duda”⁴⁰². Éstas rigieron los procesos civiles hasta la llegada del individualismo y el liberalismo en el derecho, influencia que duró durante los siglos XVIII y XIX.

Respecto al criterio individualista y privatista, era un modelo de proceso civil en donde se le negaba al Juez el ejercicio de facultades de instrucción probatoria, así como los poderes de dirección del proceso en general. El Juez debía limitarse a recibir únicamente el conjunto de elementos de convicción que le aportaban las partes al proceso; el juez era llamado a resolver esa lucha privada. Las partes eran dueñas del proceso y de sus propios derechos. “No se hablaba de reparto de facultades entre el juez y las partes, pues las partes tenían todas las facultades, careciendo el juez de ellas”⁴⁰³. El pretender la tutela judicial de un derecho era un modo de ejercitar ese derecho, ejercicio que solo podía corresponder al titular del mismo.

Frente a “un modelo liberal, propio del siglo XIX, se ha pasado a modelos

⁴⁰² Código de Derecho Canónico de <http://www.documentacatholicaomnia.eu>.

⁴⁰³ MONTERO Aroca, Juan. La Prueba de Oficio, Conferencia en el Primer Congreso Panameño de Derecho Procesal, Editorial Sibauste, S.A., Panamá, 2004, p. 268.

autoritarios en el siglo XX”⁴⁰⁴. Exactamente en las últimas décadas del siglo XX, “surge como idea opuesta, la que suele conocerse como publicización del proceso civil”⁴⁰⁵, en donde se habla de una concepción social del proceso civil, que va más allá de un interés privado y en la que se busca satisfacer intereses públicos ligados a la función de administrar justicia. De esta transformación: de un proceso civil de tipo privatista a uno publicista es de donde surgen las llamadas diligencias para mejor proveer, dándole al juez participación activa en el proceso, que le permita la verificación de las afirmaciones de las partes, teniendo como fin la búsqueda de la verdad con la cual se logre una decisión judicial justa.

Señala Joan Picó I Junoy que, “durante la segunda mitad del siglo XX, surgió otro fenómeno de especial relevancia para el derecho procesal, a saber, el de la constitucionalización de las garantías procesales ...; fenómeno que frente a la publicización del proceso ha generado en la doctrina procesal un debate que se ha concretado en dos posturas antagónicas sobre las cuál debe ser el modelo del juez civil: la de aquellos autores que centran su punto de atención sólo (sic) en las partes, a las que se les atribuye el protagonismo del debate procesal, evitando así el otorgamiento de iniciativas materiales al juez que, en opinión de estos autores, pueden suponer la ruptura del citado garantismo constitucional; y la de aquellos otros autores que buscando la máxima eficacia de la tutela judicial otorgan al juez facultades de dirección del proceso”⁴⁰⁶.

Las diligencias de mejor proveer constituyen el antecedente histórico inmediato de las facultades probatorias del juez que las legislaciones procesales otorgaron a los jueces, para que de oficio las pusiera en práctica al momento de dictar sentencia, o antes de fallar. Así pues, estas diligencias de mejor proveer encuentran su antecedente

⁴⁰⁴ MONTERO Aroca, Juan. *Proceso Civil e Ideología*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, p.27.

⁴⁰⁵ MONTERO Aroca, Juan (2004). *Op. cit.*, p.270.

⁴⁰⁶ PICÓ I JUNOY, Joan (2006). *Op. cit.*, p.111.

más remoto en las Siete Partidas, en especial las leyes 2, 3, 11, 13 y 31 de la Tercera Partida, que contemplaron en aquella época cimientos de situaciones en las que dentro del aspecto probatorio podía el juez participar.

Veamos como en “la Partida Tercera, de Alfonso X, El Sabio, Ley 11, Título IV, se puede ver un antecedente de la prueba de oficio, cuando señalaba: <La verdad es cosa que los juzgadores deben catar en los pleitos sobre las otras cosas del mundo, e por ende quando las partes contienden sobre algún pleito en juyzio, deben los juzgadores ser acuciosos en pensar de saber la verdad del pleito por cuantas maneras pudiesen>”⁴⁰⁷.

Hasta la publicación del Código Civil Español en 1881, las Siete Partidas tuvieron vigencia y a partir de allí se utilizaron como derecho supletorio. La Ley de Enjuiciamiento Española de 1855 sancionó de una forma expresa las diligencias para mejor proveer, que ya estaban admitidas en la práctica.

“En la LEC se han reforzado las facultades del órgano jurisdiccional respecto a la iniciativa probática. El carácter exceptuado del derecho a la prueba del órgano jurisdiccional surge sólo (sic) y exclusivamente de los supuestos en que la ley lo contemple (art. 282 LEC)”⁴⁰⁸, este autor hace referencia a la LEC de 2000 con su ruptura con el modelo de la LEC de 1881, no ha descubierto un nuevo modo de hacer derecho procesal cuanto más bien ha supuesto aquella ruptura al acercamiento a modelos procesales en los que la sustantividad del hecho en su alegación y prueba se justifica en la existencia de un proceso justo o debido proceso de filiación angloamericana. Afirma que el principio del proceso justo proviene del derecho angloamericano y de su mandato

⁴⁰⁷ PARRA Quijano, Jairo. La Prueba de Oficio en Materia Contenciosa, en Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, Volumen II, No 26-2000.

⁴⁰⁸ LORCA Navarrete, Antonio María. Estudio Jurisprudencial de los Poderes del Juez Civil en materia probatoria, Editorial DIJUSA, España, 2006, p. 15.

de un fair trial o también del due process of law recepcionado en nuestro país a través de las propuestas garantistas que plantea la LEC de justificación constitucional.

Cabe resaltar que la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 es el cimiento de los textos procesales de los países hispanoamericanos. De allí que en la actualidad la mayoría de los códigos de procedimiento civil de la época mantienen en su legislación la práctica de pruebas de oficio inspiradas en criterios propios y procedimientos autónomos para su obtención.

Conocido es que Panamá se independizó de España el 28 de noviembre de 1821, en ese se une voluntariamente a la Gran Colombia “al independizarse Panamá se mantuvo la Legislación Colombiana, mediante la Ley 37 de 1904, y en materia procesal, regía en Colombia el Código del Estado de Cundinamarca (Ley 147 de 1888), que lo había adoptado la Nación, cuando el gobierno del Presidente Rafael Núñez instituyó el régimen centralista en el país. El Código de Cundinamarca se había fundado sobre todo en dos códigos: en el Código de Procedimiento Civil de Chile y en la antigua Ley española de procedimiento civil de 1855. En España hubo dos ordenamientos procesales o de “enjuiciamiento”. El de 1855 y el de 1881. (Algunos autores españoles estiman que el de 1855 es superior al de 1881, que lo reemplazó)”⁴⁰⁹.

Dada la separación de Panamá de Colombia, el 3 de noviembre de 1903, después de la Guerra de los Mil Días y que trae la proclamación de la República de Panamá, rigió en nuestro país el Código del Estado de Cundinamarca hasta el año 1917, luego que en 1913 se crearan las comisiones para la elaboración de nuestro Código Judicial. El código de 1917, “adolecía de deficiencias propias de las codificaciones de la época, entre estas “AUSENCIAS DE PODERES DEL JUEZ. Juez espectador. Aun cuando advirtiera que un proceso va a terminar con un fallo inhibitorio o formal, carecía de facultad para sanearlo.

⁴⁰⁹ FÁBREGA Ponce, Jorge (T. I, 2004) Op. cit., p. 27.

Ausencia de facultades para decretar pruebas de oficio o de sanear irregularidades o nulidades procesales”⁴¹⁰.

En Panamá, rigió por siete décadas el Código Judicial de 1917, en cuyo libro segundo se contemplaron diligencias para mejor proveer, pero no de manera general, sino que limitaba las facultades del Juez al ordenar autos para mejor proveer a casos excepcionales señalados en la Ley; fuera de estos casos, el juez no podía, como lo hacían en otros Estados, iniciar investigaciones de oficio cuando tuviera dudas o deseara esclarecer cualquier material del juicio.

Señala, Fábrega Ponce⁴¹¹ que el Código Judicial de 1984, vigente a partir del 1 de abril de 1987, introduce la iniciativa oficiosa en materia probatoria en el proceso civil; contiene ciertas normas de contenido social, en contraste con el Código de 1917, que no solo ofrecía protección a la parte más débil, sino que en ocasiones le daba trato más favorable a la parte de mayores recursos. El Juez, en el código de 1984, no es, no debe ser, un mero espectador; desempeña un papel activo de asistencia: deber de protección en la dirección del proceso y en la instrucción probatoria. Esta función asistencial satisface una necesidad social y se extiende a una práctica oficiosa de pruebas. El Código Judicial vigente contiene una serie de disposiciones de contenido social: unas, de carácter directo, que confieren protección especial a personas socialmente débiles y a los incapaces; y otras, de carácter indirecto que facilitan el ejercicio de la acción y el reconocimiento de la pretensión, facilitando el acceso a los tribunales a dichas personas, en concordancia con el principio de la “neutralidad social”. Este Código procura un equilibrio entre la tesis que la finalidad del proceso es la aplicación del principio del ordenamiento jurídico y el de la tutela del derecho de las partes.

Devis Echandía dice: “Existe en la actualidad la tendencia a otorgarle al juez

⁴¹⁰ *Ibíd*em, p. 30.

⁴¹¹ *Ibíd*em, p. 48.

facultades para decretar y practicar pruebas oficiosamente, como lo demuestran las legislaciones de Alemania, Italia, México, Brasil, Argentina, Colombia, Austria, Rusia, Francia; y en forma moderada por el sistema de las providencias para mejor proveer en muchos otros países, como España y Venezuela. La generalización de aquel sistema es inevitable, aunque debe advertirse que la actividad probatoria no deja de ser fundamental en las partes, ya que solo se trata de repartirla, y no de un sistema rigurosamente inquisitivo, propio solamente del derecho penal”⁴¹².

La innovación de aquella época la constituía la posición de índole social con que se fue afirmando que las partes no tenían la disponibilidad absoluta de las pruebas en el proceso civil, sino que también iba a intervenir el juez, ya que al acercarse a la verdad para fallar correctamente y con justicia era lo que le interesaba al Estado; por esta razón se le otorgaron facultades probatorias a los jueces, al descubrirse que las mismas no eran incompatibles con el fin que el Estado perseguía.

La aplicación por parte del juez de la prueba oficiosa no desconoce garantías y principios del proceso, por el contrario dicha iniciativa probatoria propicia la búsqueda de la verdad para la realización de la justicia.

Apoyada en los tratados de derecho procesal de autores destacados, hemos desarrollado una visión general de los antecedentes de la iniciativa probatoria oficiosa del Juez en el proceso civil.

2- Concepto de la Prueba de Oficio.

La Prueba de Oficio es “la que decreta el juez sin haber sido propuesta por las

⁴¹² DEVIS Echandía, Hernando (2002). Op. cit., p.68.

partes en vista de declaraciones contradictorias o de lagunas en materia de prueba”⁴¹³. Para algunos autores la prueba de oficio puede recaer sobre hechos y pruebas que no han sido presentadas o aducidas en el proceso, de acuerdo a nuestro ordenamiento procesal civil esto no es posible.

La prueba de oficio es una Iniciativa jurídica, procesal y probatoria del juez consagrada en la ley, de disponer u ordenar la práctica de prueba en los casos que se requiera verificar, aclarar, repetir o perfeccionar la prueba para la búsqueda de la verdad, lo que conlleva emitir un fallo justo y legal.

Autores como Galé⁴¹⁴, son del criterio que la prueba de oficio lleva implícita dos momentos de relevancia, a saber: el normativo y el jurisdiccional. El primero de ellos, constituye la oportunidad en que el legislador establece tal facultad en el ordenamiento jurídico, es decir, cuando incorpora en la ley la misma y las oportunidades en que es factible su promoción. Mientras que el segundo momento, es cuando se materializa la facultad y se convierte en un deber del juzgador de aclarar o averiguar lo pertinente para resolver las pretensiones que se han pedido dilucidar.

Nuestro ordenamiento jurídico contenía como una regla de ética judicial, que el Juez, “debe ser un **investigador de la verdad**, para reconocerle a los litigantes el derecho que les asista” (numeral 21 del artículo 447 del Código Judicial), de allí la importancia de la prueba de oficio en la búsqueda de la verdad. No obstante, esta norma ha sido derogada por la Ley 53 de 27 de agosto de 2015 “Que regula la Carrera Judicial”; esta ley deroga normas de gran trascendencia en el proceso, sin ninguna fundamentación doctrinal ni legal. Ahora bien, la Ley 53 en referencia mantiene en su artículo 119 que es deber del juez “orientar su labor con los principios éticos-judiciales”. El Juez como director del proceso a través de la prueba de oficio encauza el litigio para tratar de que

⁴¹³ FÁBREGA, Jorge y CUESTAS, Carlos. Op. cit., p. 976.

⁴¹⁴ OLIVER Galé, Carlos Alberto. Op. cit., p. 30.

sus decisiones además de objetivas sean apegadas a la verdad, cumpliendo así con la función jurisdiccional a él confiada, como lo es la justicia; podríamos decir cumpliendo con un principio ético- judicial.

La prueba de oficio es una figura jurídica que se encuentra regulada en las normas procesales, específicamente en el Libro II “Procedimiento Civil”, Parte I “Reglas Generales del Procedimiento”, Título VII “Pruebas”, Capítulo I “Normas Generales, artículo 793 del Código Judicial, el cual contempla dos oportunidades en que el juez puede ordenarla, en el período probatorio o en el momento de fallar, lo anterior en atención a la facultad de director material del proceso. Debemos señalar que si bien la norma nada indica respecto al decreto de pruebas de oficio, cuando el proceso se encuentra para fallar etapa en la cual el juez cuenta con 60 días (artículo 518 del Código Judicial modificado por la Ley 76 de 18 de diciembre de 2015), cuando se trata de sentencia; consideramos que el término que tiene el juez para emitir la sentencia se interrumpe desde que se ordena la prueba de oficio hasta que finaliza su práctica.

El artículo 473 ibídem, establece que todo acto facultativo u oficioso del Juez puede ser instado por cualquiera de las partes. Sin embargo, el Juez no estará obligado a pronunciarse. También contempla el artículo 793 ibídem que la resolución que se dicte es irrecurrible, lo anterior evitando tácticas dilatorias para demorar el proceso. Por otra parte, también previene que en la segunda instancia se emitan conceptos que corresponden en otro momento procesal. Así mismo, entre las normas generales del Título XI “Medios de Impugnación y Consulta, específicamente el artículo 1128 del Código Judicial, señala que “La resolución que decreta pruebas de oficio no admite recurso alguno”.

Por su parte, el artículo 794 del Código Judicial, establece que “En todo caso en que se ordene de oficio la práctica de pruebas, el Juez observará las reglas establecidas

en el Título VII de este libro para cada medio probatorio”, es decir que dicha prueba debe cumplir con los requisitos de pertinencia, conducencia, utilidad y no deben ser prohibidos por la ley (artículo 783 del Código Judicial).

La prueba de oficio no es solo un fundamento de la prueba, sino del proceso en general; significa que el juez debe tener facultades para decretar y practicar pruebas, y que es un deber suyo ejercitarlas cuando sean necesarias o convenientes para verificar la realidad de los hechos alegados o investigados⁴¹⁵.

Al referirnos al papel de las pruebas de oficio en el proceso civil, es preciso indicar que en Panamá se presenta un sistema de carácter mixto, es decir, con rasgos del principio dispositivo e inquisitivo, de los cuales hablaremos más adelante.

3- Finalidad de la Prueba de Oficio.

La prueba de oficio atiende a los fines del Estado como lo es la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. Si bien, el fin del proceso, es la actuación de las pretensiones formuladas al órgano jurisdiccional, su fin remoto, su trascendencia última, es lograr una paz social justa⁴¹⁶. Para alcanzar ese objetivo del Estado se le exige al Juez el ejercicio de uno de sus poderes orientados a la verificación de la verdad; no debe el juez permanecer como un simple espectador del debate y es precisamente en este sentido que se atenúa el principio dispositivo adoptado en el proceso civil en atención al interés público de la justicia, es decir, que la actividad jurisdiccional se entiende realizada cuando los conflictos jurídicos se deciden con criterio de justicia y, por tal razón es necesario que el juez se dedique a la búsqueda de la verdad de los hechos que afirman y niegan las partes, como director del debate procesal.

⁴¹⁵ DEVIS Echandía, Hernando (1988). Op. cit., p. 28.

⁴¹⁶ FÀBREGA Ponce, Jorge (2004). Op. cit., p. 78.

Para Parra Quijano “El fin de todo el horizonte de la prueba, y se podría decir que de todo el proceso judicial es conseguir la verdad. Tenemos que averiguar si es cierto que K mató a J., en el proceso civil si A le prestó a B, quinientos millones de pesos”⁴¹⁷. Afirma Taruffo que “la ideología que se opone a la idea de la búsqueda de la verdad es aquella que concibe el proceso civil esencialmente como un instrumento para resolver conflictos, en particular los que asumen la forma de controversias jurídicas entre las partes”⁴¹⁸.

La búsqueda de la verdad de los hechos en el proceso civil, constituye la finalidad de la prueba de oficio, observada desde el punto de vista de que corresponde a las partes ofrecer cada una su verdad. El juez como tercero imparcial, que actúa en representación del Estado para decidir el conflicto, sin ningún interés subjetivo, sin presiones y con independencia, no ha de estar en la posición de parte, ya que no puede ser parte y juez al mismo tiempo. Al juez le compete la dirección del proceso, simplemente verifica los hechos afirmados por las partes, con los medios probatorios que aporten las mismas y respetando las reglas del procedimiento que se constituyen en garantía para las partes.

Sobre el asunto, afirma Jairo Parra Quijano⁴¹⁹ que, ese deber facultad de decretar las pruebas de oficio, para averiguar la verdad de los hechos controvertidos, ha surgido de la necesidad, como ya se dijo, de poder mostrar a la población algún criterio atendible sobre el cual se pueda afirmar que la decisión es justa, y uno de esos ingredientes, es que se construya sobre la verdad.

Oliver Galé, nos dice: “Como se puede ver, se justifica la prueba de oficio en la medida en que el destinatario de esta no son las partes del proceso, sino los jueces, a

⁴¹⁷ PARRA Quijano, Jairo (2011). Op. cit., p. 150.

⁴¹⁸ TARUFFO, Michele (2011).Op. cit., p. 37.

⁴¹⁹ PARRA Quijano, Jairo (2004). Op. cit., p. 1.

quien el legislador le atribuye una competencia que pueden ejercer para un mejor desarrollo del enjuiciamiento de los hechos, no para investigarlos, sino para comprobar su veracidad. A su vez, la utilización del poder de verificación por parte del Estado, constituye un verdadero derecho de éste para tratar de garantizar una paz social, que va inmersa en los fines estatales, independientemente de si obtiene un resultado positivo en la consecución de tal fin”⁴²⁰.

Ante el principio de aportación de parte que implica presentar o aducir pruebas al proceso, y el juez limitado a recibir las pruebas traídas por las partes para luego valorarlas, determina claramente que el juez no puede fundamentar su decisión en otro material de hecho que el aportado por las partes, son las partes las que delimitan su decisión. La iniciativa probatoria oficiosa regulada en nuestro ordenamiento procesal civil atiende a los medios de prueba existentes en el proceso por la actuación de alguna de las partes, por lo que su finalidad es la búsqueda de la verdad a través de la verificación, aclarar puntos oscuros o dudosos en el proceso. Y por ello puede en cualquier momento, ordenar la repetición o perfeccionamiento de cualquier prueba, cuando ha sido mal practicada o sea deficiente.

El fundamento de la prueba de oficio en el derecho procesal moderno, se refiere a su utilización para practicar las diligencias necesarias por motivo de orden público, para el mejor esclarecimiento de los hechos antes de decidir una causa. El Juez, “*en el proceso civil vigente, acorde con las tendencias modernas, es un sujeto activo, que tiene amplias facultades en la dirección del proceso y en la recepción oficiosa de la prueba...*”⁴²¹ Se requiere de la existencia de un juez activo para lograr la tutela judicial efectiva, conforme en la búsqueda de la verdad y así proferir una resolución justa.

Ahora bien, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de Colombia

⁴²⁰ OLIVER Galé, Carlos Alberto. Op. cit., p. 32.

⁴²¹ FÁBREGA Ponce, Jorge (T.I., 2004). Op. cit., p.29.

ve en la prueba de oficio otra utilidad o fin “completar las formalidades de que carecen algunas pruebas, así lo señaló en Sentencia de 12 de febrero de 1977 al precisar: “...las que a él (el juez) exclusivamente se le ocurran, sino también las que las partes pidieran extemporáneas o las que solicitaran sin llenar requisitos”⁴²².

4- Límites de la Iniciativa Probatoria Oficiosa.

La prueba de oficio se fundamenta o circunscribe sobre los hechos alegados y discutidos en el proceso; las partes fijan los límites de la actividad probatoria del juez, por lo que no puede el juzgador investigar de manera oficiosa hechos que no han sido alegados por las partes; la prueba de oficio está dirigida a verificar las afirmaciones de las partes, aclarar puntos oscuros y al perfeccionamiento de la prueba, solo respecto al material de hecho aportado por las partes.

Afirma Oliver Galé⁴²³ que los hechos expuestos en el libelo de demanda, es uno de los marcos de referencia o límite que tiene el juez para el decreto de pruebas de oficio y su correspondiente valoración. El Juez no puede traspasar el ámbito de las pruebas presentadas por las partes; no puede decretar pruebas ajenas a las alegadas por las partes, por lo que el decreto oficioso de practicar pruebas ha de ceñirse esencialmente en ese entorno de afirmación de las partes; y si, por equivocación, lo hiciere, al momento de proferir su fallo no puede considerar dichos elementos probatorios en su decisión. De allí, que el artículo 793 del Código especifica que la facultad oficiosa se ejerce para verificar las afirmaciones de las partes, aclarar puntos oscuros, repetir o perfeccionar la prueba.

Enseña Oliver Galé, que la “ley procesal civil, impone límites a la prueba de oficio,

⁴²² Sentencia de 12 de febrero de 1977, de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de Colombia.

⁴²³ OLIVER Galé, Carlos Alberto. Op. cit., p. 110.

al establecer que el marco de tales pruebas debe circunscribirse a la verificación de los hechos relacionados con las alegaciones de las partes, con lo cual se respeta la congruencia en lo fáctico y, específicamente, en la prueba testimonial recalca aún más que las fuentes de pruebas de oficio deben estar mencionados en actos procesales de parte”⁴²⁴.

Francisco Chamorro Bernal, “escribía antes de la Ley 1 de 2000 o Ley de Enjuiciamiento Civil Española, sobre las diligencias para mejor proveer, lo siguiente: <Si bien el TC ha declarado reiteradamente la constitucionalidad de las diligencias para mejor proveer y ello incluso, cuando no era preceptivo dar intervención a las partes, sin embargo, también ha afirmado que lo son en tanto aporten al proceso datos o pruebas sobre hechos ya alegados, por lo que sensu contrario hay que entender inconstitucional la variación del debate por la introducción de hechos nuevos a través de tales diligencias. En efecto, lo importante, desde el punto de vista constitucional, es que el órgano jurisdiccional no puede establecer hechos nuevos sobre los que las partes no hayan tenido oportunidad de efectuar alegaciones y pruebas”⁴²⁵.

Su aplicación debe cumplir con ciertos parámetros y es que el decreto de prueba de oficio debe ajustarse a los hechos controvertidos que han sido aportados por las partes; deben constar en el proceso las fuentes de prueba sobre la cual tendrá lugar la prueba de oficio; no puede el juez traer al proceso hechos nuevos no discutidos por las partes ni alterar los ya alegados, puesto que estos hechos son limitadores del proceso, lo que traería como consecuencia la vulneración del principio dispositivo, aportación de parte, imparcialidad y congruencia.

⁴²⁴ *Ibidem*, p.124.

⁴²⁵ CHAMORRO Bernal, Francisco. *La Tutela Judicial Efectiva*, editorial Bosch, Barcelona, 1994, p. 150 y 151 citado por OLIVER Galé, Carlos Alberto. *La Prueba de Oficio: Entre Activismo y Revisionismo. El Punto de Vista de un Juez*. Editorial Librería Jurídica Sánchez R. Ltda., Medellín - Colombia, 2010, p.126.

En este sentido, Carlos Lessona, al referirse a la Teoría de Mortara, expone: "... las deliberaciones que el magistrado puede adoptar de oficio las ha declarado expresamente la Ley, y ninguna disposición establece que el juez deba suplir la negligencia de los litigantes. Y si es indudable que la falta absoluta de prueba obligaría al juez a rechazar una demanda con arreglo a la instancia del demandado, también es claro que igual regla sirve para el caso de que las pruebas sean incompletas, según el criterio y la conciencia del juzgador"⁴²⁶.

La jurisprudencia patria, al tratar el tema en discusión, ha advertido que las facultades oficiosas del juzgador en materia de pruebas, no vulnera el debido proceso y no pueden suplir la inercia probatoria de una de las partes, limitándose dicha iniciativa a aquellas circunstancias en las cuales exista alguna fuente en el expediente.

Hay autores y ordenamientos jurídicos que consideran que dicha actividad probatoria del juez, aunque con sujeción a los requisitos previstos en el mismo, puede introducir como prueba de oficio nuevos medios de prueba no propuestos por las partes.

Indica, Rafael De Pina que, "El concepto tradicional de las diligencias para mejor proveer, limitado a la posibilidad de que el juez haga uso de pruebas no propuestas por las partes, para aportar las que a su juicio sean necesarias para llegar a un convencimiento seguro sobre el objeto de esta actividad, aparece notablemente ampliado en la doctrina procesal más reciente con el poder reconocido al órgano jurisdiccional de utilizar los hechos y el proceso de manera que asegure a la causa una decisión conforme a justicia"⁴²⁷.

⁴²⁶ LESSONA, Carlos. Teoría de Las Pruebas en Derecho Civil. Vol. 2, Editorial Jurídica Universitaria, México, 2001, p. 23.

⁴²⁷ DE PINA, Rafael y CASTILLO LARRAÑAGA, José. Instituciones de Derecho Procesal Civil, decimoséptima edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1985, p. 328.

Si bien fluye del Artículo 793 del Código Judicial (Art. 782 antes de la reforma de la Ley No. 23 de 2001), la obligatoriedad del juez primario para ordenar pruebas por su propia iniciativa; éstas deben surgir de algún antecedente que conste en autos. La actividad probatoria que se le concede al juzgador no debe romper el equilibrio de la neutralidad, garantía esencial en el desempeño de la función jurisdiccional. Ahora bien, “dista mucho de ser el juez que decreta pruebas de oficio, un juez autoritario o totalitario, pues éste se encuentra limitado por la congruencia, que no le permite salirse del aspecto fáctico planteado por las partes de manera soberana; por el debido proceso, el cual permite que las partes en el conflicto puedan controvertir las pruebas recaudadas de manera oficiosa”⁴²⁸.

Desde otro punto de vista, una limitación de la práctica de la prueba oficiosa la constituyen los gastos que genera, los mismos deben ser cubiertos por ambas partes, no obstante, por la falta de ese apoyo económico puede que la prueba no cumpla su finalidad o lo que es peor no se dé su práctica. Ahora bien, dichos gastos pueden reembolsarse, cuando se decida sobre las costas. Así lo contempla el artículo 793 del Código Judicial, que establece que los gastos que impliquen la práctica de estas pruebas serán de cargo de las partes, por igual, sin perjuicio de lo que se resuelva sobre costas.

Otro aspecto que debemos resaltar es el hecho de que la prueba de oficio debe darse con conocimiento y participación de las partes, cumpliendo con la publicidad y el contradictorio. También debe practicarse en el menor tiempo posible, que no entorpezca la celeridad con que debe desarrollarse el proceso en beneficio de las partes, quienes aspiran a una justicia rápida.

Una limitación la constituye “el propio ordenamiento”, así lo indica el autor colombiano, Parra Quijano al citar la Sentencia de 7 de marzo de 1994. De lo expuesto

⁴²⁸ OLIVER Galé, Carlos Alberto. Op. cit., p. 33.

vemos que los límites en su práctica están previstos en la ley.

Esa iniciativa probatoria oficiosa, se da en atención a un interés superior, como lo es la justicia y la equidad.

5- Principio Inquisitivo, Dispositivo y la Prueba de Oficio.

Estos principios desde sus diferencias determinan las facultades, deberes y las cargas de las partes y del juez en el proceso civil.

La evolución histórica del proceso civil, adopta dos grandes formas o principios: el inquisitivo y dispositivo. De acuerdo con Oliver Galé⁴²⁹ se asocia la prueba de oficio por la doctrina en general, con el denominado principio inquisitivo, más teóricamente sistema inquisitivo, rememorando la institución de la inquisición, propia de la iglesia católica. Este principio se caracterizó por una investigación pura de los hechos por parte de los órganos públicos, en procura de conocer la verdad histórica a todo trance. La investigación era secreta y se utilizaba la forma escrita y el sistema de valoración legal de la prueba.

Indica Devis Echandía que “en algunas etapas históricas del proceso ha prevalecido el sistema dispositivo, que en sentido amplio pretende dejar en manos de los particulares toda la tarea de iniciación, determinación del contenido y objeto e impulsión del proceso, además de la aportación de las pruebas; en otras en cambio, se le han otorgado al juez *facultades oficiosas* en esos diversos aspectos, lo cual caracteriza el sistema inquisitivo. Estos sistemas son fundamentales para la regulación legal de la cuestión probatoria del proceso, tanto civil como penal y, por lo tanto, para la conformación general del procedimiento, cuyo aspecto quizás más importante es el de

⁴²⁹ *Ibíd.*, p. 110 y 111.

las pruebas, ya que de ellas depende el buen éxito o el fracaso de aquél”⁴³⁰.

Nos dice Chiovenda que “Teóricamente, podemos concebir el juez investido de todos los poderes necesarios para descubrir la verdad (principio inquisitivo) o sometido en todo momento a la iniciativa de las partes (principio dispositivo). En la práctica, ni uno ni otro de estos principios se encuentra, ni puede encontrarse, realizado por completo, hasta sus últimas consecuencias, sino que aparecen los dos combinados en proporciones diversas, según las épocas y los países. Por ejemplo, si bien nuestra ley está, en general, orientada hacia el principio dispositivo, no se limita, sin embargo, a garantizar a las partes un juez lo más independiente posible y libre en su juicio y en su convicción, sino que concede a este juez, (que, como ya lo hemos visto, no puede excusarse de su obligación de juzgar con un non liquet) medios para formarse un convencimiento, aun con independencia de la voluntad de las partes ... algunos de los cuales pueden servir o no sólo (sic) como medios de declaración de hechos afirmados, sino también como medios para apreciar la existencia de hechos nuevos; y a la mejor defensa de las partes se atiende no sólo (sic) con las normas generales referentes a la representación judicial, sino autorizando al juez a limitar en el caso concreto la autodefensa de las partes”⁴³¹.

Indica Parra Quijano que “el sistema dispositivo, en el campo probatorio, significa que el funcionario sólo (sic) podrá decretar las pruebas que las partes le soliciten oportunamente, sin que pueda hacerlo oficiosamente. No parece ser este el juez que requiere la sociedad moderna; este sistema se ajusta mejor a los tiempos en que el proceso civil fue considerado un asunto privado y sin importancia para el funcionamiento general del Estado; se aviene a un Estado espectador. Por el contrario, el principio inquisitivo corresponde a un Estado intervencionista, con un órgano judicial

⁴³⁰ DEVIS Echandía, Hernando (1988). Op. cit., p. 29.

⁴³¹ CHIOVENDA, Giuseppe (2001). Op. cit., p. 430.

consecuente y por consiguiente con un juez protagonista del proceso”⁴³².

Según Chioventa “El predominio del principio dispositivo sobre la iniciativa del juez en la formación de las pruebas, esto es, en la fijación de la verdad de los hechos, se funda también en parte, lo mismo que ocurre con la selección de los hechos que hayan de ser establecidos, en la naturaleza de los pleitos civiles y de los intereses que habitualmente se ventilan en ellos; nadie es mejor juez que la propia parte acerca de la prueba de que puede disponerse, en cuanto a sus intereses individuales. Sin embargo, no cabe desconocer que el comportamiento pasivo del juez en la formación de las pruebas puede parecer menos justificado aquí que en la elección de los hechos, puesto que una vez determinados los hechos que hayan de ser establecidos, el modo de hacerlo no puede depender de la voluntad de las partes, pues no hay más que *una verdad*. Añádase que la conducta pasiva del juez está relacionada, indiscutiblemente, con las formas del proceso escrito. Por lo que se comprende entonces que en las leyes modernas, particularmente en aquellas que han adoptado de manera más amplia la oralidad del proceso, vaya señalándose una reacción contra el principio dispositivo, en favor de la iniciativa del juez”⁴³³.

Parra Quijano se refiere al “predominio que debe darse en el proceso civil al principio denominado dispositivo o al principio que se le contrapone, denominado inquisitorio: problema que no se puede resolver con criterios absolutos, de una vez para siempre, sino que hay que resolverlo históricamente, en armonía con toda la codificación de que forma parte el derecho procesal. El principio dispositivo es, en sustancia, la proyección sobre el campo procesal, de la autonomía privada en los límites señalados por la ley, que encuentra su más enérgica afirmación en la tradicional figura del derecho subjetivo; mientras la legislación reconozca (así sea para coordinarla cada vez mejor con los fines colectivos) esa autonomía, el principio dispositivo deberá

⁴³² PARRA Quijano, Jairo (2011). Op. cit., p. 186.

⁴³³ CHIOVENDA, Giuseppe (2001). Op. cit., p. 433.

coherentemente ser mantenido en el proceso civil como inevitable expresión del poder, reconocido a los particulares, de disponer de su propia esfera jurídica. De ahí que se han conservado en el código (arts. 112 y ss.), como afirmaciones de principio, los aforismos de la antigua sabiduría: *'ne procedat iudex ex officio; ne eat iudex ultra petitta partium; iudex secundum alligata et probata decidere debet'*. Suprimir tales principios hubiera significado, más que reformar el proceso, reformar el derecho privado; dar al juez el poder de iniciar de oficio una causa que los interesados querrían evitar o el de juzgar sobre los hechos que las partes no han alegado, significaría retirar en sede procesal la autonomía individual que en sede sustancial está reconocida por el derecho vigente. Con esto no se quiere excluir, naturalmente que también esa autonomía pueda ser limitada y aun suprimida cuantas veces así lo exija el interés público (...)"⁴³⁴.

Sigue explicando Parra Quijano que las mismas consideraciones que le han inducido a mantener como máxima (...) el principio dispositivo en todas las causas atinentes a relaciones disponibles, le "han inducido, por coherencia, a adoptar en más amplia medida el principio inquisitorio en todas causas que atañen a relaciones jurídicas no disponibles o, como tradicionalmente se dice, atinentes al orden público; relaciones cuyo número ha aumentado notablemente, y aumentarán más aún en la nueva legislación sustancial, en correspondencia con la influencia cada día mayor del derecho público sobre el derecho privado. En estas causas es necesario que el proceso quede ampliamente desvinculado de la iniciativa de las partes, si no se quiere que la autonomía individual, limitada o suprimida por las leyes sustanciales, resurja de sus propias cenizas a través del proceso"⁴³⁵.

Ejercer el juzgador la iniciativa probatoria ex officio respecto a los medios de pruebas aportados por las partes y por tanto que constan en el proceso, no significa el quebrantamiento del principio dispositivo, ya que son las partes las llamadas a

⁴³⁴ PARRA Quijano, Jairo (2004). Op. cit., p. 182.

⁴³⁵ Ibídem, p. 182.

establecer el objeto litigioso y mantienen la carga de la prueba respecto a los hechos alegados.

Señala Lorca Navarrete que “La imposibilidad por parte del órgano jurisdiccional de introducir hechos no alegados por las partes garantiza el respeto a los principios dispositivos y de aportación de parte y evita la actuación inquisitiva del órgano jurisdiccional que pueda desplegar en orden a la búsqueda de fuentes de prueba no intruducidas en el proceso por las partes”⁴³⁶.

Nos dice Oliver Galé que “La preocupación del sistema dispositivo, radica en la aportación de prueba por parte del juez, la cual resulta infundada (...), amén de que tal actividad del juez, tiene como límite precisamente los hechos alegados por las partes; se basa en fuentes de pruebas que constan en el proceso, pues de esta manera se evita el conocimiento privado del juez, y en todo caso debe garantizarse el derecho de contradicción de las partes, quienes pueden formular nuevas pruebas y participar en la práctica de las pruebas decretadas oficiosamente”⁴³⁷.

De acuerdo con las características expuestas por los autores antes citados, los principios dispositivo e inquisitivo, en la actualidad no pueden ser aplicados de forma pura en el proceso civil. En la regulación del proceso civil, como está consagrada en el Código Judicial, prevalece el principio dispositivo, con algunas importantes manifestaciones del inquisitivo que lo atenúan en gran medida procurando la investigación de la verdad material. Es así que el artículo 447.21 (recientemente derogado por la Ley 53 de 2015) atribuía al juez la función de investigador de la verdad material, con el fin de emitir una más adecuada administración de justicia.

El artículo 793 del Código Judicial, que regula la prueba de oficio, faculta al juez

⁴³⁶ LORCA, Antonio. Op. cit. p. 16

⁴³⁷ OLIVER Galé, Carlos Alberto. Op. cit., p. 114.

de primera instancia para ordenar la práctica de todas aquellas pruebas que estime procedentes, así como la repetición o perfeccionamiento de cualquier prueba ya practicada inadecuadamente. Señala Fábrega Ponce que “El juez, a través de este mecanismo procesal, puede indagar con mayor amplitud que la meramente formulada por las partes, en la cuestión objeto de litigio, concediéndole al mismo una libertad desconocida en otros ordenamientos jurídicos del mismo ámbito cultural. Es una importantísima facultad judicial que lastra definitivamente la vigencia del principio dispositivo, desplazando el proceso civil panameño hacia un sistema mixto en el que la intervención del juez y las partes quedan condicionadas mutuamente en virtud de las respectivas prerrogativas legales que el texto les concede”⁴³⁸.

Al respecto la Corte Suprema de Justicia mediante Fallo de 19 de mayo de 1998, señaló:

“El sistema procesal panameño está fundamentado en el principio dispositivo, en el sentido de que corresponde primordialmente a las partes proponer las pruebas que sean favorables a los derechos que sustentan sus respectivas pretensiones y afirmaciones, lo que constituye una auténtica carga procesal, en el sentido de operar en menoscabo de quien no cumple con la misma, quien soporta el riesgo de su omisión, sin que sea correcto entender que la materia probatoria corresponde a los particulares por consistir en un asunto propio que les atañe de manera directa, toda vez que esta concepción privatista del proceso se encuentra ampliamente superada como una institución de derecho público, que traduce el ejercicio de la función jurisdiccional, una de las funciones públicas medulares del Estado. Pero dicho principio dispositivo, en nuestro ordenamiento jurídico, lo mismo que ha ocurrido en otros ordenamientos procesales, es compatible con la función del juzgador, en la solución de las controversias que se han puesto a su decisión, de intervenir en la fase probatoria, no solamente responsabilizándose de su práctica y de su adecuada valoración al momento de decidir, sino también recabando pruebas de oficio que esclarezcan puntos afirmados por las partes, principio éste que tiene su sustento, entre otros, en el artículo 782 (sic) 793 del Código Judicial, con la finalidad de obtener el reconocimiento de los derechos sustanciales”⁴³⁹.

⁴³⁸ Cooperación Española y Corte Suprema de Justicia de Panamá. Op cit., p. 85.

⁴³⁹ Sentencia de 19 de mayo de 1998, dictada por la Corte Suprema de Justicia.

La Corte Constitucional de Colombia, se pronunció respecto a los principios dispositivo e inquisitivo de la siguiente manera:

“(...) es preciso señalar que en Colombia se presenta un sistema de carácter mixto. Es decir, en parte dispositivo y en parte inquisitivo. Así, por un lado, el derecho de acción, es decir, la iniciativa de acudir a la jurisdicción, recae en las partes, quienes, además, tienen la obligación de ser diligentes en el cuidado de sus asuntos y de brindar al juez todos los elementos que consideren necesarios para la prosperidad de sus pretensiones (o de sus excepciones); el juez, sin embargo, no es un simple espectador del proceso como sucede en sistemas puramente dispositivos, pues la ley le asigna, entre otras, las funciones de dirigir el proceso, de adoptar todas las medidas que considere necesarias para lograr el esclarecimiento de los hechos, de eliminar los obstáculos que le impiden llegar a decisiones de fondo, y de decretar las pruebas de oficio que considere necesarias, tanto en primera como en segunda instancia (artículos 37.1, 37.4, 179 y 180 del C.P.C.). Las funciones atribuidas al juez permiten afirmar, entonces, que el hecho de que el sistema procesal sea mixto no implica que exista algún tipo de ambigüedad sobre los fines perseguidos por el proceso. En ese sentido, la Corte ha establecido claramente que el proceso se dirige a la vigencia del derecho sustancial, la búsqueda de la verdad y la solución de controversias mediante decisiones justas”⁴⁴⁰.

En este orden, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, ha señalado que existe “(...) un adecuado equilibrio en interacción entre los principios dispositivos e inquisitivo. Por ende, la mixtura del sistema procesal civil colombiano determina que el juez emplee sus poderes, dirija el proceso, busque la verdad y se acerque a lo justo, y en fin, no incurra en esa actitud pasiva de la que tanto se ha dolido en la Corte... Pero, también corresponde a las partes invocar y probar los hechos que consideran apropiados al reconocimiento del derecho que persiguen, porque no debe perderse de vista que a pesar de otorgarle el Estado una importancia abstracta a las resultas del debate que las partes han planteado, en consideración al fin suyo de asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo (artículo 2° de la Constitución Política), no es menos cierto que esas partes primeramente, son las más

⁴⁴⁰ Sentencia T-264 de 2009, M.P. Dr. Luis Ernesto Vargas Silva, Corte Constitucional de Colombia.

interesadas en la sentencia, como que ésta define sus pretensiones o excepciones (G.J.t.CCLXI, pág.981)”⁴⁴¹.

La postura de la Corte Constitucional de Colombia expresada en la decisión bajo análisis, es similar a la adoptada por nuestra máxima corporación de Justicia, toda vez que reiteran que a pesar de que existe un evidente característica dispositiva dentro del proceso civil, no menos cierto es que la función jurisdiccional y más precisamente la labor del juez, no es de un simple espectador, sino de un director que debe verificar que se configure el ideal de justicia que sustenta la función jurisdiccional; puesto que su deber sobrepasa el ámbito privado de las partes, al ser una materialización del servicio público de administración de justicia, que es una labor exclusiva del Estado.

Afirma Oliver Galé que “los hechos expuestos en el libelo o en la resolución de acusación, es uno de los marcos de referencia o límite que tiene el juez para el decreto de pruebas de oficio y su correspondiente valoración, lo cual dista que este poder material del juzgador, venga a ser un verdadero ejercicio de una función inquisitorial, simplemente como indica Taruffo, es una función activista o como hemos expresado en otro aparte, este poder entre otros aspectos, cumple una función epistemológica surgida en el juez al tratar de reconstruir los hechos alegados por las partes”⁴⁴².

Los sistemas procesales de pruebas como el sistema dispositivo y el sistema inquisitivo guardan relación con la proposición y admisión de pruebas, no así con su apreciación o valoración. Puede concebirse un sistema inquisitivo en el que se aprecie la prueba por la sana crítica, un sistema dispositivo en el que impere la prueba tasada. No obstante, nuestro sistema procesal es mixto y la apreciación de la prueba es por la sana crítica. Lo anterior, ya que la valoración de la prueba es una etapa diferente en el

⁴⁴¹ Sentencia de 26 de julio de 2004, M.P. Julio Valencia Copete, Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Colombia.

⁴⁴² OLIVER Galé, Carlos Alberto. Op. cit., p. 110.

proceso.

En nuestro ordenamiento jurídico procesal civil, el juez es el director del proceso, impera el principio dispositivo con rasgos esenciales del principio inquisitivo, tal como, la función probatoria oficiosa del juzgador. La exclusividad de la prueba en manos de las partes propicia sentencias alejadas de la justicia y del derecho.

6- La Prueba de Oficio en la Legislación Panameña.

De la transformación de un proceso civil de tipo privatista a uno publicista es de donde surgen las facultades probatorias oficiosas, estas facultades dan al juez participación activa en el proceso, lo que permite la verificación de las afirmaciones de las partes, teniendo como fin la búsqueda de la verdad, con la cual se logra una mejor justicia.

Se evidencia como un modelo liberal propio del siglo XIX, pasó a modelos autoritarios del siglo XX. Ante las concepciones autoritarias de la verdad material surge nuestro Código Judicial de 1987, con una intervención del juez de manera activa, con funciones probatorias oficiosas, con una gran capacidad de verdadero impulsor procesal y de averiguación de la verdad material.

Nuestro sistema supone un juez con características de dos modelos de jueces, uno garantista liberal y otro autoritario y ante estas concepciones, nuestro procedimiento civil contempla normas como los artículos 784 y 793 del Código Judicial.

“Artículo 784. (773) Incumbe a las partes probar los hechos o datos que constituyen el supuesto de hecho de las normas que les son favorables...”.

“Artículo 793. (782) Además de las pruebas pedidas y sin perjuicio de lo

La práctica de la prueba oficiosa en el proceso civil panameño:
determinación de sus límites y consecuencias jurídicas.

dispuesto en otras disposiciones de este Código, el Juez de primera instancia debe ordenar, en el expediente principal y en cualquier instancia que surja, en el período probatorio o en el momento de fallar, la práctica de todas aquellas que estime procedente para verificar las afirmaciones de las partes y el de segunda practicará aquellas que sean necesarias para aclarar puntos oscuros o dudosos en el proceso.

La resolución que se dicte es irrecurrible y si se tratare de la declaración de testigos en ella expresará el Juez las razones por las cuales tuvo conocimiento de la posibilidad de dicho testimonio.

La respectiva diligencia se practicará previa notificación a las partes para que concurran a la diligencia si así lo estimare conveniente.

Los gastos que impliquen la práctica de estas pruebas serán de cargo de las partes, por igual, sin perjuicio de lo que se resuelva sobre costas.

El Juez debe, en cualquier momento, ordenar de oficio la repetición o perfeccionamiento de cualquier prueba, cuando ha sido mal practicada o sea deficiente.”.

De acuerdo con las normas citadas, la actividad probatoria responde a un interés privado, ya que por regla general las partes deben traer al proceso los hechos o datos que constituyen el supuesto hecho de las normas que les son favorables y así dictar una sentencia que le reconozca al particular su pretensión o absuelva al demandado conforme corresponda; y a la vez a un interés público que le permite al juez decretar pruebas de oficio, con la finalidad de dictar una sentencia justa que es la obligación del Estado.

Observase que, por un lado, el artículo 784 señala que la iniciativa probatoria corresponde a las partes, de modo que las pruebas se practicarán a instancia de parte y, los perjuicios derivados de la falta de aportación de prueba tiene un tratamiento concreto de conformidad con el artículo 784 ya citado. Por otro lado, el Artículo 793 dispone que, el Juez de primera instancia debe ordenar, en el expediente principal y en cualquier instancia que surja, en el período probatorio o en el momento de fallar, la práctica de todas aquellas que estime procedente para verificar las afirmaciones de las partes y el de segunda, practicará aquéllas que sean necesarias para aclarar puntos oscuros o dudosos en el proceso. En el último párrafo de la norma en referencia dispone

que el Juez debe en cualquier momento, ordenar de oficio la repetición o perfeccionamiento de cualquier prueba, cuando ha sido mal practicada o sea deficiente.

Además del artículo 793 *ibídem*, existen otras disposiciones que contienen preceptos referentes a la prueba oficiosa, entre éstas, los artículos 473, 705, 794, 847, 854, 870, 875, 878, 906, 914, 954, 981, 996, 1128, 1195, 1235, 1280, 1346 (numeral 7), 1423 (numeral 10) y 1688 todas del Código Judicial.

De conformidad con el Artículo 793 del Código Judicial, tanto el juez de primera instancia, como el juez de segunda instancia están facultados para decretar pruebas de oficio. Incluso, tal como lo dispone el artículo 1195 de la misma excerta legal citada, convertida la Corte en Tribunal de instancia, podrá decretar pruebas de oficio.

Al respecto, la Honorable Corte Suprema de Justicia señaló: "No cabe duda que es facultad de la Sala, solicitar alguna prueba de oficio, para apreciar o verificar algún hecho de relevancia en el expediente, y tal potestad viene dada por el numeral 12 del artículo 199 del Código Judicial. Es así, que la Corte, según el artículo 1195 del Código Judicial, convertida en Tribunal de instancia, podrá decretar pruebas de oficio. Por su parte, el artículo 854 de la misma excerta legal, reafirma esta prerrogativa del Tribunal al disponer que "Sin perjuicio de la facultades de decretar pruebas de oficio, el Juez podrá solicitar, antes de dictar sentencia, y cuando abrigare dudas sobre la existencia, autenticidad o fidelidad de cualquier documento público, que por Secretaría se solicite al custodio del original con el fin de agregar al expediente, copia del mismo; o en su defecto practicar las diligencias necesarias o conducentes para dichos propósitos"⁴⁴³.

Al profundizar sobre la naturaleza jurídica de la prueba de oficio, la Honorable Corte Suprema de Justicia ha señalado que "constituyen una herramienta auxiliar del

⁴⁴³ Sentencia de 16 de noviembre de 2009, dictada por la Sala Primera de lo Civil, de la Corte Suprema de Justicia de Panamá. Magistrado Ponente: Oydén Ortega.

juzgador, instituida por el derecho procesal moderno, para practicar aquellas diligencias que considere necesarias, por motivaciones de orden público, para el mejor esclarecimiento de los hechos, antes de resolver un asunto sometido a su conocimiento⁴⁴⁴, es decir, que las facultades probatorias oficiosas no pueden emplearse para introducir nuevos hechos al proceso, ni para proveer las pruebas a hechos controvertidos no probados por las partes a quien le incumbe la carga de la prueba.

Así mismo la Corte Suprema de Justicia, en Sentencia de 31 de agosto de 2000, dictada por el Pleno y bajo la ponencia del ex magistrado José A. Troyano, al decidir una Acción de Inconstitucionalidad, señaló: “ ... La norma establece que la carga probatoria le corresponde a las partes; empero ese es un principio general que tiene sus excepciones. Una de las excepciones a dicho principio es el atinente a la facultad oficiosa del Juez para practicar pruebas, y que se encuentra expuesto en el primer párrafo del artículo 782 (antes) (793 ahora) de la excerta en estudio... La norma expresa claramente la obligatoriedad del juez primario para ordenar pruebas por su propia iniciativa, “además de las pedidas”, en el período probatorio o en la etapa de fallar, las pruebas que estime convenientes para confirmar las afirmaciones de las partes...”⁴⁴⁵.

La práctica de prueba de oficio en el ordenamiento jurídico panameño ha sido claramente definida, por la Corte Suprema de Justicia, como una herramienta auxiliar de la función jurisdiccional del juez, que garantiza, bajo el parámetro del marco normativo, que se puedan acreditar en debida forma las pretensiones que se le han presentado para su decisión. Dicha corporación ha sido enfática en señalar que tal facultad no es restrictiva, a pesar de que es considerada una excepción a la labor probatoria de las partes y al principio de la carga de la prueba, sino una obligación del juez para poder

⁴⁴⁴ Sentencia de 16 de noviembre de 2009, dictada por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia de Panamá. Magistrado Ponente: Oydén Ortega.

⁴⁴⁵ Sentencia de 31 de agosto de 2000, dictada por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia de Panamá, bajo la ponencia del ex magistrado José A. Troyano.

emitir una decisión más cónsona con la realidad de las pretensiones propuestas.

Si bien surge del Artículo 793 del Código Judicial, la obligatoriedad del juez primario para ordenar pruebas por su propia iniciativa, éstas deben surgir de algún antecedente que conste en autos. La actividad probatoria que se le concede al juzgador no debe romper el equilibrio de la neutralidad, garantía esencial en el desempeño de la función jurisdiccional. Es así que nuestro código de procedimiento civil evidencia un proceso civil de carácter dispositivo con el reparto de facultades probatorias entre el juez y las partes.

Observemos que el artículo 793 *ibídem*, indica claramente los momentos o las etapas en que el juez puede hacer uso de esta iniciativa probatoria oficiosa, en el período probatorio o en el momento de fallar, es decir que solo puede hacerlo en estas etapas o fases del proceso. Ahora bien, podrá el juez decretar prueba de oficio más de una vez en el período probatorio o varias veces antes de fallar. La norma nada dice al respecto, en Panamá la práctica ha sido que el juez puede hacer uso de esta iniciativa probatoria oficiosa en una sola de las oportunidades legales antes señaladas y solo una vez. Por el contrario, la Corte Suprema de Justicia de Colombia ha señalado:

“f) Contra lo que sostiene el impugnante, la ley no prohíbe que el juez pueda señalar más de un término probatorio adicional para la práctica de pruebas que decreta de oficio. El Código de Procedimiento Civil, en materia probatoria estableció un sistema predominantemente inquisitivo, al contrario de lo que ocurría en el Código Judicial anterior. De esta suerte, el juzgador no solo está autorizado, sino que tiene el deber de decretar oficiosamente todas las pruebas que estime necesarias para esclarecer la verdad de los hechos que se debaten en un proceso, en cuanto ellas cumplan con los requisitos que establece el artículo 178, vale decir que sean pertinentes y eficaces, y que no tengan el carácter de superfluas o de prohibidas por la ley. Por consiguiente, no constituye error de derecho la circunstancia de que el Juez de primer grado hubiera decretado oficiosamente la recepción de las declaraciones de Ana Iregui de Ángel e Isabel Iregui de Aldana, aunque anteriormente hubiera hecho uso de esa

facultad”⁴⁴⁶.

7- Debido Proceso y Prueba de Oficio.

Señala el Doctor Arturo Hoyos, que “el debido proceso es una institución instrumental en virtud de la cual debe asegurarse a las partes en todo proceso-legalmente establecido y que se desarrolle sin dilaciones injustificadas-oportunidad razonable de ser oídas por un tribunal competente, predeterminado por la ley, independiente e imparcial, de pronunciarse respecto de las pretensiones y de las manifestaciones de la parte contraria, de aportar pruebas lícitas relacionadas con el objeto del proceso y de contradecir las aportadas por la contraparte, de hacer uso de los medios de impugnación consagrados por la ley contra resoluciones judiciales motivadas y conformes a derecho, de manera que las partes puedan defender efectivamente sus derechos”⁴⁴⁷. La definición que ofrecen los Doctores Hoyos, sobre la garantía del debido proceso y el artículo 32 de la Constitución Política, contienen elementos de diversas ramas del derecho, penal, laboral, civil, etc.

Oliver Galé afirma que “El debido proceso, abarca todas las garantías propias de un proceso, es por lo que, se suele considerar a este derecho fundamental, como un macro principio, omnicompreensivo de otras garantías de los justiciables”⁴⁴⁸.

Los tribunales deben velar porque se cumpla con el principio del debido proceso, como garantía constitucional consagrada en el artículo 32 de nuestra Carta Magna. “Desde un punto de vista estrictamente técnico, procesal civil, el principio debe ser enunciado mediante la máxima “nadie puede ser condenado sin dársele la posibilidad de

⁴⁴⁶ Sentencia de 27 de abril de 1981, M.P. Dr. José María Esguerra Samper, Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de Colombia.

⁴⁴⁷ HOYOS, Arturo, y HOYOS, Carlos Arturo. El Debido Proceso, primera edición, Editorial Portobelo, Panamá, 2009, p. 21.

⁴⁴⁸ OLIVER Galé, Carlos Alberto. Op. cit., p. 115.

ser oído”⁴⁴⁹.

Nuestra Constitución Política consagra el debido proceso en el artículo 32: “Nadie será juzgado sino por autoridad competente y conforme a los trámites legales, ni más de una vez por la misma causa penal, policiva o disciplinaria”. Esta norma constitucional hace referencia a causa penal, policiva o disciplinaria; la doctrina y la jurisprudencia lo han integrado como parte del proceso civil.

Es por ello, que la Honorable Corte Suprema de Justicia de Panamá, a través de diversos fallos, sentencias de 30 de junio de 1990 y 24 de mayo de 1991, entre otros, ha desarrollado la teoría del llamado bloque de constitucionalidad, al cual nos referimos en el capítulo segundo; dicho bloque de constitucionalidad, integra el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

La Convención Americana de Derechos Humanos en el numeral 1 del Artículo 8. (Garantías Judiciales), indica: “Todo persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial establecido con anterioridad por la Ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”.

Ambas normas citadas, el artículo 32 de la Constitución Política y el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, configuran el debido proceso como una garantía en el proceso civil; de la lectura de las normas antes transcritas se infiere el derecho de defensa que tiene toda persona (derecho a ser oída con las debidas garantías), a un proceso sin dilaciones (dentro de un plazo razonable) y el derecho al juez natural (por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial establecido con

⁴⁴⁹ COUTURE, Eduardo (2001). Op. cit, p. 69.

anterioridad por la Ley).

Debemos señalar que entre los mecanismos que garantizan el debido proceso a nivel constitucional tenemos, la independencia judicial (artículo 2, 210, 211 de la Constitución Política, artículo 2 del Código Judicial), garantía de estabilidad y seguridad jurídica (artículo 17 de la Constitución Política), principio de igualdad (artículo 20 de la Constitución Política), proceso sin dilaciones indebidas (artículo 41 y 201 de la Constitución Política; artículos 1, 201.5, 202 447.2, 465, 466 y 467 del Código Judicial) y el acceso a los recursos (artículo 463, 1119, 1122 del Código Judicial). Configuran el debido proceso otros principios como: legalidad, publicidad, derecho de defensa, contradicción, bilateralidad, igualdad, juez natural, imparcial e independiente; motivación de las resoluciones judiciales y celeridad. Se garantiza el debido proceso al cumplir con los presupuestos y principios constitucionales en materia procesal

Los doctores Hoyos, al referirse al debido proceso señalan que “Es evidente que se trata de un verdadero derecho fundamental, pero los derechos fundamentales pueden ser de carácter sustancial o material, y de carácter formal o instrumental. La función del debido proceso es garantizar la efectividad de los demás derechos fundamentales, especialmente los de carácter material que sea exigible judicialmente. A la vez; los elementos que integran el debido proceso, como partes de un derecho fundamental, son exigibles principalmente frente al Estado, pero también frente a la contraparte o ante los terceros que intervengan en el proceso”⁴⁵⁰.

La Corte Suprema de Justicia de Panamá se ha referido en innumerables fallos al debido proceso; así vemos la sentencia fechada 15 de diciembre de 2014, en la que señaló lo siguiente: “Este Pleno en reiteradas ocasiones, ha expresado que la garantía del debido proceso consagrada en el artículo 32 citado, comprende tres (3) derechos, a

⁴⁵⁰ HOYOS, Arturo, y HOYOS, Carlos Arturo. Op. cit., p. 22.

saber: el derecho a ser juzgado por autoridad competente; el derecho a ser juzgado conforme a los trámites legales pertinentes; y el derecho a no ser juzgado más de una vez por una misma causa penal, policiva o disciplinaria. La garantía del debido proceso que incorpora la Constitución Política en su artículo 32, tiene una consolidada existencia en nuestro Estado de Derecho, como institución fundamental garantizadora de los derechos fundamentales, en toda nuestras Cartas Constitucionales, y han sido objeto de copiosísima jurisprudencia por parte de este Pleno”⁴⁵¹.

En Sentencia de 29 de julio de 2005, manifestó:

“En este caso particular, el derecho fundamental que se alega violado es el que consagra el debido proceso, desde la vertiente de la tutela judicial efectiva, la que con arreglo a la doctrina de este Pleno forma parte de la garantía constitucional cuya infracción ha sido invocada...

El contenido esencial del debido proceso, se integra con los derechos de ser juzgado por tribunal competente independiente e imparcial preestablecido en la ley, permitir la bilateralidad y contradicción, aportar pruebas en su descargo, obtener una sentencia de fondo que satisfaga las pretensiones u oposiciones, la utilización de los medios de impugnación legalmente establecidos, y que se ejecute la decisión jurisdiccional proferida cuando ésta se encuentre ejecutoriada, y también que los derechos reclamados puedan, en el momento de dictarse la sentencia, ser efectivos. Forma también parte del núcleo de la garantía que ocupa al Pleno el derecho a que el tribunal, para proferir su decisión, satisfaga los trámites procedimentales que sean esenciales, es decir, en adición a aquellos que ya han sido destacados, lo que, en general, de restringirse de manera arbitraria o de negarse, producen en el afectado una situación de indefensión, por lesionar los principios de contradicción y bilateralidad procesales (ver resoluciones dictadas por el Pleno el 13 de septiembre de 1996, 20 de enero de 1999 y 18 de junio de 1999)”⁴⁵².

En este orden, la Corte Constitucional de Colombia, al referirse al debido proceso

⁴⁵¹ Sentencia de 15 de diciembre de 2014, dictada por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia.

⁴⁵² Sentencia de 29 de julio de 2005, dictada por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia.

señaló: “El debido proceso consagrado de manera explícita en el artículo 29 de la Constitución compendia la garantía de que todos los demás derechos reconocidos en la Carta serán rigurosamente respetados por el juez al resolver asuntos sometidos a su competencia, como única forma de asegurar, la materialización de la justicia, meta última y razón de ser del ordenamiento positivo”⁴⁵³.

Señala Couture que “Se trata, en resumen, de que nadie puede ser privado de las garantías esenciales que la constitución establece, mediante un simple procedimiento: ni por un trámite administrativo cualquiera que prive del derecho a defenderse y a disponer de la garantía que constituye el poder judicial para todos los ciudadanos. Se necesita, no un procedimiento, sino un proceso. El proceso no es un fin sino un medio; pero es el medio insuperable de la justicia misma. Privar de las garantías de la defensa en juicio, equivale, virtualmente, a privar del derecho”⁴⁵⁴.

La utilización, presentación y posibilidad de la práctica de los medios de prueba es un aspecto transcendental del derecho de defensa y éste derecho es parte integrante del debido proceso; cualquier obstáculo o limitación en la proposición o práctica de pruebas vulnera el derecho de defensa de las partes en el proceso civil; igualmente cualquier falta de notificación o una indebida notificación (derecho a ser oído) de las resoluciones judiciales que se emiten en el proceso vulnera el derecho de defensa y por ende el debido proceso. En nuestro ordenamiento, la resolución que decreta la prueba de oficio, debe ser notificada mediante edicto a las partes y éstas también deben participar de la práctica de la misma, cumpliendo con el contradictorio.

Se garantiza el debido proceso al cumplir con los presupuestos y principios constitucionales en materia probatoria. El derecho de defensa comprende la aportación y práctica de pruebas; y también contradecir las aportadas por la contraparte.

⁴⁵³ Sentencia C-251 de 2001, Corte Constitucional de Colombia, M. P. Dr. Carlos Gaviria Díaz.

⁴⁵⁴ COUTURE, Eduardo (2001). Op. cit., p. 61.

Igualmente, la prueba de oficio para la verificación de las afirmaciones de las partes y el perfeccionamiento de la prueba, constituye una garantía del derecho de defensa, ya que es un trámite procesal de carácter material, que permitirá la efectividad de las pruebas presentadas al proceso. Corresponde al juez velar porque ese material probatorio aportado al proceso, cumpla la finalidad para el cual fue presentado, deja de interesar al juez si favorecerá o no a la parte que lo presenta, ya que una vez aportado le pertenece al proceso y no a las partes; de lo contrario se estaría privando a las partes de su derecho, al no materializarse la justicia, como valor supremo.

La prueba de oficio cumple con todos los aspectos o requerimientos del debido proceso de la prueba, “resultan las pruebas de oficio, acorde al principio de razonabilidad, en cuanto buscan una decisión justa y una reconstrucción adecuada de los hechos, lo cual es concordante con los fines del Estado Social y democrático de derecho”⁴⁵⁵.

El debido proceso, a juicio de la Corte Constitucional de Colombia, es una garantía consagrada en la carta fundamental de dicho país, en su artículo 29, que al igual que los demás derechos que se tutelan, tiene el juzgador el sagrado deber de respetarlos de forma obligatoria y estricta, puesto que constituye tal acción una efectivización del ideal de justicia como fin propio del Estado de Social y democrático Derecho; de allí que la prueba de oficio se configure como un mecanismo, junto al principio de razonabilidad, que propugna por la obtención de decisiones justas y acorde al ordenamiento jurídico, es decir, que el decreto de la prueba de oficio debe atender a un criterio acucioso, sensato y flexible. Al decretar la prueba de oficio el juez debe valorar razonadamente las circunstancias del caso y la finalidad de la prueba de oficio prevista en el ordenamiento jurídico, con ello se pretende salvaguardar el debido proceso.

⁴⁵⁵ OLIVER Galé, Carlos Alberto. Op. cit., p. 120.

Es innegable que el derecho a la prueba es un elemento esencial en la garantía constitucional del debido proceso. Esa posibilidad de las personas de defender sus derechos en un proceso, descansa sobre la posibilidad de aportar pruebas al expediente, de contradecir las que la otra parte aduzca y que las mismas sean valoradas conforme a la ley (sana crítica – Art. 781). Constituye igualmente dicha garantía la facultad probatoria oficiosa del juez, regulada en la ley, que permite al juez acercarse a la verdad de los hechos, y que es posible materializarse a través del ejercicio del derecho de contradicción, es decir, “sobre la base de que todos los actos procesales deben ejecutarse con intervención de la parte contraria; esto es, que los actos del proceso se realizarán con conocimiento de las partes”⁴⁵⁶. Al decretar, el juez, una prueba de oficio lo hace con conocimiento de ambas partes y la práctica de la misma se realiza con la participación de éstas. De acuerdo con dichas normas existe relevancia constitucional del decreto de pruebas de oficio.

8- Independencia, Imparcialidad y la Prueba de Oficio.

De acuerdo con el doctor Pedro Barsallo, la Independencia Judicial “presupone de los juzgadores, en su importante tarea de declaración de los derechos en que consiste en esencia la función jurisdiccional; deben estar en condiciones de ejercer sus delicadas atribuciones sin coacción, con absoluta libertad y alejados de presiones, intereses o temores que puedan torcer o menoscabar su condición de servidor público no dependiente en una verdadera y recta administración de justicia”⁴⁵⁷.

Oliver Galé expresa una concepción relacionada a la de Barsallo, al afirmar que “El poder judicial, representado por el juez, en una situación concreta, debe ser ajeno a cualquier tipo de interferencia de los poderes, de las partes, de los medios de

⁴⁵⁶ BARSALLO, Pedro. Op. cit., p. 45.

⁴⁵⁷ Ibídem, p. 29.

comunicación, de los demás elementos privados y de los mismos miembros de la judicatura. La independencia judicial, entraña un sometimiento únicamente al ordenamiento jurídico por parte de los jueces, debiendo ser los mismos, ajenos a presiones de índole externas o internas, que le impidan ejercer adecuadamente sus funciones”⁴⁵⁸.

Al respecto, el artículo 207 de la Constitución Nacional establece: “Los Magistrados y Jueces son independientes en el ejercicio de sus funciones y no están sometidos más que a la Constitución y a la Ley”. Esta misma norma está contenida en el artículo 2 del Código Judicial que señala: “Los magistrados y jueces son independientes en el ejercicio de sus funciones y no están sometidos más que a la Constitución y a la ley. Los inferiores están obligados a acatar y cumplir las decisiones que en los procesos dicten sus superiores jerárquicos al revocar o reformar, en virtud de recursos legales o de consultas, las resoluciones emitidas por aquéllos”. Los artículos 64 y 119 de la Ley 53 de 27 de agosto de 2015, en sus numerales 1, señala como deber de los magistrados y jueces, “Cumplir y hacer cumplir la Constitución Política y la ley”; los jueces solo están sometidos a la Constitución y a la Ley.

Es determinante para la independencia judicial, o para que sea efectiva factores como el régimen de designación, remuneración, la estabilidad, ya que en algunos países se da la inamovilidad relativa, en otros impera la inamovilidad total como en Inglaterra. En Panamá los períodos de los magistrados fueron de 4 años hasta 1928, luego de 10 años hasta 1956 y hoy día es de 10 años.

Indica Couture que “La independencia del Juez es el secreto de su dignidad, pero la autoridad de que se reviste es como la clave de su eficacia. Según un aforismo clásico, los jueces sin autoridad son títeres en manos de las partes. Pero, en un sentido opuesto,

⁴⁵⁸ OLIVER Galé, Carlos Alberto. Op. cit., p. 67.

no es menos cierto que los jueces con excesiva autoridad son déspotas de la justicia. A esta altura de las cosas, el problema no consiste ya en encontrar los hombres. Éstos al fin y al cabo, andan por la calle y una buena linterna de Diógenes permitirá encontrarlos, tal como Inglaterra los ha podido hallar. Pero después de hallado el juez, es indispensable darle el mando y la autoridad, es decir, los atributos mismos de su investidura y la medida exacta de sus posibilidades materiales de realización. El problema consiste entonces en hallar el equilibrio entre dos cosas casi sagradas: la libertad y la autoridad; entre el individuo y el poder”⁴⁵⁹.

Se puede afirmar que la independencia judicial es una norma fundamental del proceso y del derecho procesal, regulada en los Convenios, Pactos y Declaraciones Internacionales, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos en su artículo 10 que establece: “Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un Tribunal *Independiente e Imparcial*, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”.

Asimismo el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 14 señala que, “Toda persona tiene derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, *independiente e imparcial*, establecido por la Ley”.

Afirma Oliver Galé que “La independencia, no es un fin en sí mismo, sino que esta viene a ser un instrumento para alcanzar la imparcialidad, para que el juez al solucionar los conflictos que se le presentan pueda ser un tercero, teniendo como único punto de referencia el ordenamiento jurídico y se encuentre ajeno a cualquier presión sea interna o externa”⁴⁶⁰.

⁴⁵⁹ COUTURE, Eduardo (2001).Op. cit., p. 46.

⁴⁶⁰ OLIVER Galé, Carlos Alberto. Op. cit., p. 68.

La Ley 53 de 2015, que regula la Carrera Judicial, en sus artículos 106, 110 a 118, establece que para garantizar la independencia judicial. Esta ley contempla una figura novedosa en nuestro país, como lo es el “Amparo a la Independencia”, acción mediante la cual, los magistrados y jueces que se consideren inquietados, perturbados en su independencia, podrán solicitar amparo al magistrado investigador de integridad y transparencia dando cuenta de los hechos que fundamenten su pretensión. Igualmente, podrá solicitar amparo al magistrado investigador de integridad y transparencia el magistrado o juez que considere que, de acuerdo al perfil de los procesos que atiende, requiere que se le brinde seguridad. Presentada la solicitud el magistrado investigador realizará las averiguaciones en defensa de la independencia judicial y si es el caso, exigirá el fiel cumplimiento de este principio a quien se le esté violentando. Para ello, la ley establece un procedimiento que contempla admisión o inadmisión, traslado, conclusión de la investigación, decisión, recursos, notificación y publicación de la decisión, una vez ésta se encuentre en firme.

Esta garantía de la independencia, reconocida ahora en la Ley de Carrera Judicial, asegura el principio de inamovilidad y el disfrute de los derechos debidos en consideración al alto fin que cumplen los jueces y magistrados. Y para garantizar dicha independencia, los magistrados y jueces son inamovibles, no podrán ser objeto de destitución, suspensión o traslados, sino en los casos y con las formalidades que disponga la Constitución Política, la ley, las normas que la desarrollan y, en especial, las contenidas en el Sistema de Evaluación del Desempeño, para los casos en que estas sean aplicables (artículo 106 de Ley 53 de 2015).

Por su parte, el artículo 203 de la Ley de Carrera Judicial, señala que los principios éticos bajo los cuales se rige la función desempeñada en el Órgano Judicial, y desarrolla en su ordinal 1, la independencia de los magistrados y jueces, como garantía del derecho de los ciudadanos a una decisión justa para evitar arbitrariedades y salvaguardar los

derechos fundamentales, cuya perturbación debe ser denunciada por los juzgadores, es decir, mediante la figura jurídica de amparo a la independencia judicial.

En nuestro país también, el Pleno de la Corte Suprema de Justicia aprueba el Acuerdo No. 523 de 4 de septiembre de 2008, modificado por el Acuerdo No. 627, de 16 de octubre de 2009, y que avala el Preámbulo y el Texto Articulado del Código de Ética Judicial Panameño, fundamentado en los lineamientos del Código de Ética Judicial Iberoamericano. Dicho acuerdo del Pleno de nuestra máxima corporación judicial, desarrolla en los artículos 3 al 10, aspectos trascendentales de la independencia judicial, veamos:

“Artículo 3. Las instituciones que, en el marco del Estado constitucional, garantizan la independencia judicial no están dirigidas a situar al Juez en una posición de privilegio. Su razón de ser es la de garantizar a los ciudadanos el derecho a ser juzgados con parámetros jurídicos, como forma de evitar la arbitrariedad y de realizar los valores constitucionales y salvaguardar los derechos fundamentales.

Artículo 4. El Juez independiente es aquel que determina desde el Derecho vigente la decisión justa, sin dejarse influir real o aparentemente por factores ajenos al Derecho mismo.

Artículo 5. El Juez, con sus actitudes y comportamientos, debe poner de manifiesto que no recibe influencias -directas o indirectas- de ninguna índole, ya sean externas o internas.

Artículo 6. La independencia judicial implica que al Juez le está éticamente vedado participar de cualquier manera en actividad política partidaria, salvo la emisión del voto en las elecciones.

Artículo 7. El Juez velará para que se le reconozcan los derechos y se le suministren los medios que posibiliten o faciliten su independencia.

Artículo 8.-El Juez tiene el derecho y el deber de denunciar cualquier intento de perturbación de su independencia.

Artículo 9. Al Juez no sólo (sic) se le exige éticamente que sea independiente sino también que no interfiera en la independencia de otros colegas. Artículo 10. El Juez debe esforzarse por lograr que el Poder Judicial sea independiente institucional, política y económicamente, debiendo institucionalizarse la estabilidad judicial, la intangibilidad salarial y un apropiado sistema de seguridad social”.

Es preciso indicar que la imparcialidad de los jueces “es una de las poderosas

razones que exigen precisamente la independencia de la autoridad judicial. Con ello se contempla y pretende, no sólo (sic) la absoluta ausencia de coacción por parte de los otros funcionarios estatales y de particulares, sino, además, lo que es más importante, la ausencia total de interés en la decisión judicial, distinto de la recta aplicación de la Ley⁴⁶¹. El principio de imparcialidad es desinterés a las partes y un trato que no implique privilegios en el proceso.

La legislación panameña regula la materia en los artículos 760 a 779 del Código Judicial, Capítulo V, las Secciones 1. “Impedimentos” y 2. “Recusaciones”. Impedimento se refiere a las causales o situaciones que de ocurrir respecto de un Juez o Magistrado, dan lugar a que deba separarse voluntariamente u oficiosamente del caso, esto es, declarar su impedimento para conocer de la causa o de lo contrario, la parte interesada tendrá derecho a promover la correspondiente recusación. Y Recusación es el mecanismo por medio del cual la parte que puede ser perjudicado por el juez al tener éste vinculación en el caso, hace la advertencia y si es cierta la vinculación se declara impedido al juez para conocer del proceso. Pueden ser causales de impedimento (artículo 760 Código Judicial) el parentesco, interés en el pleito, sociedad con alguna de las partes, ser acreedor o deudor de alguna de las partes, habitar el juez con una de las partes, la enemistad comprobada, etc.

Al respecto el numeral 5 del artículo 119 de la Ley 53 de 2015, “Carrera Judicial”, establece como deber de los magistrados y jueces “Informar de los impedimentos que le afecten para conocer de un proceso y abstenerse de tramitarlo, salvo que el mismo se declare ilegal”.

Desde el plano ético nuestro Código de Ética Judicial, señala que la imparcialidad judicial tiene su fundamento en el derecho de los justiciables a ser tratados por igual y a

⁴⁶¹ BARSALLO, Pedro. Op. cit., p. 33.

no ser discriminados en el desarrollo de la función jurisdiccional; que el Juez imparcial es aquel que persigue con objetividad y con fundamento en la prueba la verdad de los hechos, manteniendo a lo largo de todo proceso una equivalente distancia con las partes y con sus abogados, evitando todo tipo de comportamiento que pueda reflejar favoritismo, predisposición o prejuicio. Indica que el Juez está obligado a abstenerse de intervenir en aquellas causas en las que se vea comprometida su imparcialidad o en las que un observador razonable pueda entender que hay motivo para pensar así. Señala que el Juez debe evitar las situaciones que directa o indirectamente comprometan su criterio en la causa; evitar toda apariencia de trato preferencial o especial con los abogados y con los justiciables, proveniente de su propia conducta o de la de los otros integrantes del despacho judicial y debe también evitar que su persona sea asociada o relacionada con firmas o consultores jurídicos. Expresa como prohibición del Juez y a los otros miembros del despacho judicial recibir directa o indirectamente regalos o favores de los litigantes y en general de ninguna otra persona cuyos intereses pueden ser afectados por los fallos dictados o a dictarse por el mismo. Otra prohibición del juez mantener reuniones privadas con una de las partes o sus abogados, en su despacho o, con mayor razón, fuera del mismo, excepto aquella situación que un observador razonable considere justificada. Anuncia como como derecho de las partes el deber del Juez de respetar el derecho a afirmar y contradecir, en el marco del debido proceso. Es una obligación del juez generar hábitos rigurosos de honestidad intelectual y de autocrítica. Finalmente, expone que la imparcialidad es compatible con el necesario reconocimiento de la libertad de asociación de los Jueces y Magistrados para los fines y con las limitaciones que establezca la legislación vigente (artículos 11 a 21).

Señala Oliver Galé que “la imparcialidad no debe verse únicamente como el establecimiento de unas circunstancias de separación de los funcionarios judiciales por medio de causales taxativamente señaladas en la ley, denominadas impedimentos y recusaciones de carácter objetivo, sino como un comprometimiento del juzgador acorde

con los valores, principios, reglas que consagran derechos para las partes. La imparcialidad conlleva a una decisión razonada del conflicto sometido a su conocimiento, aplicando el ordenamiento jurídico exclusivamente y teniendo en cuenta la responsabilidad ética que conlleva la realización de la labor. No se puede desconocer, que la función del juez tiene una naturaleza ético política, ya que hoy no solo se aplica e interpreta la ley bajo unos parámetros formalistas y mecánicos propios del positivismo legalista, pues le toca resolver un conflicto social, bajo valores y principios que responden a la estructura básica de la sociedad y del Estado. En esta labor, el juez no actúa como un operador político, comprometido netamente con esa función”⁴⁶².

La imparcialidad también implica objetividad en la decisión. Ahora bien, “la objetividad absoluta, no se le puede exigir al juez, dada la naturaleza humana del mismo, de donde se deriva que en toda decisión, el juzgador incluye algo propio, algo de la comprensión de las normas y de los hechos. La objetividad plena solamente puede predicarse de las ciencias naturales y no de las ciencias jurídicas. Necesariamente el juez debe, al emitir sentencia, inclinar la balanza para uno u otro lado, ya que debe definir el conflicto y tal como lo entiende Gozaine, la imparcialidad supone que el juez aplique el Derecho, pero que al imponer el orden y la legalidad no se desprenda el tiempo que transita, con sus adaptaciones y angustias que lo inciden, porque hacer justicia es dar a cada uno lo suyo sabiendo y conociendo la realidad que se comprende”⁴⁶³.

Devis Echandía sostiene que la imparcialidad del juez consiste en aplicar la ley. Este citado autor considera que no debe olvidarse el interés público que hay en el resultado del proceso civil⁴⁶⁴.

Parra Quijano nos dice que el “el juez debe ser parcial en la búsqueda de la

⁴⁶² OLIVER Galé, Carlos Alberto. Op. cit., p. 70.

⁴⁶³ *Ibidem*, p. 72.

⁴⁶⁴ DEVIS ECHANDIA, Hernando (1988). Op. cit., p. 39.

verdad y, con este proceder, se hace imparcial con las partes. El sofisma de distracción, esgrimido por muchos autores, de que con las facultades oficiosas del juez se rompe el principio de la imparcialidad, es fácilmente refutable, ya que si el juez busca la verdad, obtiene la imparcialidad frente a las partes, cosa que no logra cuando, como una especie de títere, se mueve de acuerdo con la conveniencia o intereses de éstas⁴⁶⁵.

Indica Oliver Galé que desde un plano constitucional, “la imparcialidad judicial se encuentra fincada en un derecho fundamental y valor superior a la vez, como lo es la igualdad. La igualdad no se concibe al relacionarse con los demás valores como meramente formal, sino que ella implica tratar como igual a los iguales y como desigual a los desiguales. Lo anterior no implica una inclinación de la balanza por el hecho de ser una parte más débil que otra, sino que debe existir una correlación con la justicia de la decisión, de tal manera que el juez debe contar con poderes para saber en cada caso la realidad reconstructiva del hecho, para garantizar el juzgamiento adecuado del pleito⁴⁶⁶; éstos poderes son los oficiosos.

Para Taruffo, se refiere a la parcialidad del juez en el ejercicio de poderes de instrucción de oficio. Señala que una reflexión profunda sobre el concepto de imparcialidad lleva no sólo (sic) a excluir que exista contradicción entre imparcialidad y la búsqueda de la verdad, sino también a concluir que la búsqueda de la verdad es un elemento esencial de la imparcialidad del juez. Por consiguiente, si es verdad como parece indudable que la atribución al juez de poderes de instrucción autónomos responde a una clara exigencia de carácter epistemológico, es necesario excluir que esos poderes estén en conflicto con la imparcialidad del juez. Por el contrario: la búsqueda de la verdad que esos poderes hacen posible pone al juez en una posición de imparcialidad (que no equivale a neutralidad o a pasividad) en la búsqueda de la verdad de los

⁴⁶⁵ PARRA Quijano, Jairo (2011). Op. cit., p. 186.

⁴⁶⁶ OLIVER Galé, Carlos Alberto. Op. cit., p. 72.

hechos”⁴⁶⁷.

Los principios de independencia e imparcialidad deben reinar en cada juez; ahora bien, en cuanto al deber probatorio oficioso no podría ponerse en duda su independencia ni imparcialidad al cumplir con un deber que le impone la Ley. El juez en el proceso civil tiene la dirección material del proceso y las partes delimitan su actuación al aportar el material de hecho. La prueba oficiosa es un deber dentro de la dirección material del proceso que involucra la recepción y/o práctica de las pruebas logrando adquirir la certeza de los hechos. Ambos principios tanto la independencia como la imparcialidad se fundamentan en principios constitucionales, legales y éticos que debe cumplir el juez.

Veamos la posición de Oliver Galé respecto a la imparcialidad frente a la prueba de oficio:

“La imparcialidad, respecto a la prueba de oficio no puede mirarse desde una óptica tradicional, puesto que el juez solamente se encuentra sometido al ordenamiento jurídico que está compuesto por reglas, principios y valores que no compaginan con un juez que simplemente pronuncia las palabras de la ley, sino que se encuentra comprometido con esos principios, reglas y valores, de tal forma que, para el sustento de la premisa fáctica de cualquier providencia, debe resguardarlos a través de un entendimiento adecuado de los hechos y para ello puede utilizar las pruebas de oficio. El juez no conoce anticipadamente cuál va a ser el resultado de las pruebas, por ende no puede inclinar la balanza inadecuadamente, porque, entre otras cosas, las pruebas de oficio son discutidas por las partes y simplemente van en beneficio de la adecuada reconstrucción de los hechos para un adecuado juzgamiento. La imparcialidad, nunca puede equivaler a indiferencia, pues se reitera, el juez no es un simple espectador, un mero convidado de piedra, puesto que el juzgador no debe ser ajeno respecto de los hechos y la manera en que se presentan en el proceso, siendo limitante el respeto y del derecho al debido proceso y sus respectivas garantías, lo mismo que la congruencia que le impide ingresar hechos distintos a los presentados por las partes.

⁴⁶⁷ TARUFFO, Michele. *Simplemente la Verdad*. Editorial Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 202.

Surge un interrogante qué siempre he considerado trascendente en esta polémica ¿por qué si un hecho se presenta en la realidad de una manera, en el proceso debe o puede aparecer de otra manera? Es imparcial el juez según el garantismo o revisionismo si se acepta esa discrepancia, más no, si se tiene la posibilidad de levantar el velo, lo cual es una circunstancia inconcebible, si se parte de la base de que la jurisdicción se ha establecido para solucionar los conflictos y evitar la justicia por la propia mano de las partes. ¿Acaso no es fomentar la justicia privada si se le impide al Juez mirar el fondo de los hechos alegados por las partes? Con la argumentación dada en este asunto, la respuesta es afirmativa.

En el contexto de los instrumentos internacionales, estos no señalan expresamente que decretar pruebas de oficio sea una manera de desconocer la garantía de la imparcialidad, antes por el contrario, si se mira el proceso equitativo y la tutela judicial efectiva, no pueden ser respaldadas plenamente si el juez no tiene el poder de decretar pruebas de oficio. Aún más, los principios básicos de la independencia judicial anteriormente transcritos, resaltan que la imparcialidad se garantiza, fundamentándose en los hechos, los cuales debe concordarse con el derecho, sin restricción alguna. Impedir la prueba oficiosa es equivalente a restringir esa labor de concordancia que debe realizar el juez entre el derecho y los hechos.

El juez no puede ser ajeno a su tiempo, ni a las circunstancias que lo rodean, por ende no se le puede impedir tener ideologías, convicciones o religión, sin embargo, éste no puede, so pretexto de tener tales derechos, aplicar estrictamente su ideología para desconocer los derechos de las partes. En últimas, su compromiso es con el ordenamiento jurídico y en ese marco es que puede decretar pruebas de oficio.

No se puede establecer anticipadamente en un texto legal, cuando la prueba de oficio deba limitarse para evitar mejorar la prueba deficiente presentada por las partes, pues en cada caso, el juez tiene la posibilidad de mirar si decreta o no las mismas de acuerdo con las necesidades de la decisión. No he visto caso en que ante una carencia absoluta de prueba presentada por las partes, el juez las haya suplido a través de la prueba de oficio. Antes por el contrario, la prueba de oficio surge en la mayoría de los casos, de la referencia que dan las pruebas aportadas por las partes.

La presunción de imparcialidad, en cabeza del juez no ha sido desvirtuada por los garantistas o revisionistas, antes por el contrario, el activismo aporta cada vez más argumentos que sustentan tal garantía⁴⁶⁸.

⁴⁶⁸ OLIVER Galé, Carlos Alberto. Op. cit., p. 82.

La Corte Constitucional de Colombia, al referirse a una de las objeciones al decreto oficioso de pruebas, en cuanto a que se afirma que la prueba de oficio lleva a que el juez pierda su imparcialidad, sostuvo:

“(…) debe recalcar que el juez no desplaza a las partes ni asume la defensa de sus intereses privados. Desde el punto de vista de la Constitución Política, la facultad de decretar pruebas de oficio implica un compromiso del Juez con la verdad, ergo con el derecho sustancial, y no con las partes del proceso. Por ello, el decreto de pruebas no afecta la imparcialidad del juez, ya que el funcionario puede decretar pruebas que favorezcan a cualquiera de las partes siempre que le ofrezca a la otra la posibilidad de ejercer el derecho de defensa y contradicción.

El temor por la pérdida de imparcialidad del juez por el decreto oficioso de pruebas, no es diferente al temor que puede tenerse frente a cualquier actuación arbitraria del funcionario. Suponer que en el decretar pruebas el juez asume los intereses de las partes, es como suponer que este prejuzga, que pueda desviar la correcta aplicación de las normas para favorecer a alguna de las partes; o, en fin, que utiliza su poder correccional para intimidar a los litigantes o, específicamente, a uno de ellos. El Juez debe parcializarse en favor de la verdad, manteniendo enhiesta e incólume su imparcialidad en la aplicación de la ley sustancial al caso concreto.

Aquellas suposiciones repugnan el principio de buena fe y a una de sus manifestaciones más importantes, la lealtad procesal. Si el juez realiza conductas ajenas a su misión constitucional, puede que sea llevado al terreno del derecho sancionatorio, en sus distintas modalidades, pero esto no ocurre por la atribución de una facultad determinada, sino por efectuar un uso inadecuado, irregular o ilegal de la misma”⁴⁶⁹.

En este orden, al Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, manifestó: En este evento, frente a la incertidumbre de un hecho, en cuanto las pruebas existentes no lo disipan, el juez no rebasa sus facultades si, para superar la duda razonable, actúa de manera oficiosa (...). Así las cosas, cuando el juez ordena incorporar una prueba oficiosamente, materializa el derecho fundamental a la prueba como exigencia de la investigación judicial y ejerce una potestad-deber, que no puede ser interpretada como parcialización, sobre todo cuando procura hallar la verdad”⁴⁷⁰.

⁴⁶⁹ Sentencia T-264 de 2009, M.P. Dr. Luis Ernesto Vargas Silva, Corte Constitucional de Colombia.

⁴⁷⁰ Sentencia de 18 de julio de 2014, M.P. Luis Armando Tolosa Villabona. Sala de Casación Civil de la

Sobre las críticas que ha sido objeto la práctica de pruebas de oficio, conviene resaltar el planteamiento de la Corte Constitucional de Colombia, que es claro al señalar que el juez no asume la carga de la prueba, por el contrario, exterioriza el deber que le impone la carta magna de buscar la verdad, lo que no puede ser considerado como un atentado a la imparcialidad que le reviste; ya que tal facultad es amplia al no circunscribirse a la práctica de prueba de una sola de las partes, sino de ambas. Equipara la referida entidad, dicho temor a la pérdida de imparcialidad con el de realizar actuaciones arbitrarias, indicando que el juez solo le debe parcialidad a la verdad y a la ley sustancial; por lo que tales señalamientos son vulnerantes de principios como la buena fe y la lealtad procesal, el cual evidentemente presenta límites sabiamente impuestos por el legislador para evitar irregularidades e ilicitudes; de allí que no es válido avalarlos. En esencia, tal planteamiento lo recoge también la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de dicho país, en el sentido de que esta facultad es la materialización de los derechos humanos y la búsqueda de la verdad como pilar fundamental de la labor del juzgador.

En el proceso civil, la iniciativa probatoria ex officio no implica la quiebra del principio de imparcialidad, el juez ante dicha iniciativa no averigua sobre hechos que no hayan sido alegados por las partes, ni trae al proceso pruebas que no fueron aducidas o presentadas por los actores del proceso, sino que se concreta a través de este deber a verificar las afirmaciones de las partes y así cumplir de manera eficiente con su deber de juzgar. Y es que ante los elementos recabados para acreditar la existencia de los hechos, el juez manifiesta su convencimiento en total independencia e imparcialidad. Además, como principio ético, es independiente el juez que determina desde el Derecho vigente la decisión justa; emitir un fallo justo, implica la búsqueda de la verdad para lograr su convencimiento. Una decisión en apego a la justicia no solo es trascendental para las partes, sino para la sociedad en general, pero sobre todo para ese juzgador que sentirá la

paz que solo su conciencia puede ofrecerle.

9- Prueba de Oficio y la Carga de la Prueba.

El término carga tiene un significado propio en el lenguaje jurídico y es la traducción que en español se acepta de la voz latina *onus*. Antes de que la expresión carga fuera adoptada y aceptada por todos los juristas, el *onus* latino o el *onere* italiano eran traducidos como peso; por ello en algunas traducciones de libros italianos leemos peso de la prueba. Actualmente, y más allá de lo que indiquen los diccionarios de la lengua, carga es un vocablo que tiene su propio significado dentro de la teoría general del derecho. La carga señala la conveniencia para el sujeto de obrar de determinada manera a fin de no exponerse a las consecuencias que podría ocasionar su omisión⁴⁷¹.

Señala Fábrega Ponce que “El concepto de carga de la prueba comprende dos aspectos: 1) Carga de la gestión probatoria. Cada parte asume la carga: a). Acompañar, aducir o proponer las pruebas de que desea valerse (Testigos, prueba documental, inspección judicial, peritaje, etc.); b) Gestionar la citación de los testigos, el diligenciamiento de la inspección judicial, cubrir los gastos, etc.; y 2) Carga de la comprobación. Cada parte asume la carga de comprobar los supuestos de hecho de las normas que le es favorable”⁴⁷².

Devis Echandía al definir la carga de la prueba señala que “es una noción procesal, que contiene la regla de juicio por medio de la cual se le indica al juez cómo debe fallar, cuando no encuentra en el proceso pruebas que le den certeza sobre los hechos que deben fundamentar su decisión, e indirectamente establecer a cuál de las partes le interesa la prueba de tales hechos, para evitar las consecuencias desfavorables

⁴⁷¹ ARAZI, Roland. Op. cit., p. 87.

⁴⁷² FÁBREGA Ponce, Jorge (T.II, 2004). Op. cit., p. 863.

a ella o favorables a la otra parte”⁴⁷³.

Para Parra Quijano, la carga de la prueba “es una noción procesal que consiste en una regla de juicio, que le indica a las partes la autorresponsabilidad que tienen para que los hechos que sirven de sustento a las normas jurídicas cuya aplicación reclaman aparezcan demostrados y que, además, le indica al juez como debe fallar cuando no aparezcan probados tales hechos. Utilizamos la palabra autorresponsabilidad para significar que no es la carga una obligación ni un deber, por no existir sujeto o entidad legitimada para exigir su cumplimiento. Tiene necesidad que aparezca probado el hecho la parte que soporta la carga, pero su prueba puede lograrse por la actividad oficiosa del juez o de la contraparte. (...) El juez debe procurar, con el decreto oficioso de pruebas, investigar los hechos; pero si ello no es posible, por inercia de la parte a quien le interesaba que el hecho apareciera demostrado, debe utilizar el sucedáneo de prueba y aplicar la regla de la carga”⁴⁷⁴.

Señala Couture que los criterios de la carga de la prueba son rígidos y surge como solución la sana crítica como sistema de valoración de la prueba y viene a “conciliar las virtudes de las dos soluciones. Da, por una parte, un criterio suficientemente estable, cuando determina cómo debe distribuirse entre el actor y el demandado la carga de la prueba: uno y otro, la demostración de sus respectivas proposiciones de hecho”⁴⁷⁵.

Por su parte, Arazi señala que la carga de la prueba “importa la conveniencia para las partes de producir determinada prueba, y su inobservancia puede conducir al pronunciamiento de una sentencia desfavorable, excepto que dicha prueba haya sido

⁴⁷³ DEVIS Echandía, Hernando (1988). Op. cit., p. 149.

⁴⁷⁴ PARRA Quijano, Jairo (2011). Op. cit., p. 232.

⁴⁷⁵ COUTURE, Eduardo (2001). Op. cit., p. 320.

producida por iniciativa de la otra parte o del juez"⁴⁷⁶.

La regla de la carga de la prueba proviene del Código Procesal colombiano, en su artículo 177, que establece que "Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba".

Por su parte, el procesalista colombiano HERNANDO DEVIS ECHANDÍA (q.e.p.d.) respecto a la carga de la prueba ha señalado que:

"a). *Contenido de la regla.* No se trata de fijar quién debe llevar la prueba, sino quién asume el riesgo de que falte. Por consiguiente, si el adversario o el juez llevan la prueba del hecho, queda satisfecha a cabalidad la carga, exactamente como si la parte gravada con ella la hubiera suministrado.

En consecuencia, no es correcto decir que la parte gravada con la carga debe suministrar la prueba o que a ella le corresponde llevarla; es mejor decir que a esa parte le corresponde el interés de que tal hecho resulte probado o de evitar que se quede sin prueba y, por consiguiente, el riesgo de que falte (el cual se traduce en una decisión adversa).

... c). *Regla general para su distribución.* Conocido cuál debe ser el criterio para elaborar esta regla general, resulta muy sencillo enunciarla como lo hicimos en el t. V, dentro de nuestro *Tratado* (Ed.1967): *a cada parte le corresponde la carga de probar los hechos que sirven de presupuesto a la norma que consagra el efecto jurídico perseguido por ella, cualquiera que sea su posición procesal.* Es decir, esa parte soporta el riesgo de la falta de tal prueba, el cual se traduce en una decisión desfavorable, que en lo penal será adversa a la pretensión punitiva del Estado a cuyo cargo está la prueba de la responsabilidad del procesado (in dubio pro reo; pero este principio es más amplio, pues comprende también la duda en materia de derecho sustancial penal y de cualquier norma de procedimiento)"⁴⁷⁷.

Es importante indicar que "el tema de la carga de la prueba no es exclusivo del sistema dispositivo, ni tampoco es indiferente en las legislaciones donde se otorgan amplios poderes al juez para esclarecer los hechos controvertidos. A pesar de esos

⁴⁷⁶ ARAZI, Roland. Op. cit., p. 92.

⁴⁷⁷ DEVIS Echandía, Hernando (1988). Op. cit., p. 160-161.

poderes puede ser que el juez no ordene la producción de la prueba en forma oficiosa, porque desconoce la existencia de la fuente o por cualquier otro motivo: siempre la falta de acreditación de los hechos perjudicará a la parte que tenía la carga respectiva”⁴⁷⁸.

Nuestro Código Judicial en el artículo 784 impone a las partes la carga de probar los hechos o datos que constituyen el supuesto de hecho de las normas que le son favorables, por lo que si estamos frente a un precepto legal que obliga a las partes a probar sus hechos, podríamos pensar entonces que no debe existir ninguna limitación para tales pruebas.

Existe una “atenuación al principio de la carga de la prueba, lo constituye el deber impuesto al Juez de practicar pruebas de oficio, de orientar sus indagaciones instructorias dentro del marco general de la controversia. Rige así, dentro de esas limitaciones, el principio de la comprobación de la verdad material”⁴⁷⁹.

En este sentido, se pronunció la Corte Suprema de Justicia, en Sentencia de 31 de agosto de 2000, dictada por el Pleno y bajo la ponencia del ex magistrado José A. Troyano, al decidir una Acción de Inconstitucionalidad, señaló: “ ... La norma establece que la carga probatoria le corresponde a las partes; empero ese es un principio general que tiene sus excepciones. Una de las excepciones a dicho principio es el atinente a la facultad oficiosa del Juez para practicar pruebas y que se encuentra expuesto en el primer párrafo del artículo 782 de la excerta en estudio... La norma expresa, claramente, la obligatoriedad del juez primario para ordenar pruebas por su propia iniciativa, “además de las pedidas”, en el período probatorio o en la etapa de fallar, las pruebas que estime convenientes para confirmar las afirmaciones de las partes...”⁴⁸⁰.

⁴⁷⁸ ARAZI, Roland. Op. cit., p. 93.

⁴⁷⁹ FÁBREGA Ponce, Jorge (TI, 2004) Op. cit., p. 881.

⁴⁸⁰ Sentencia de 31 de agosto de 2000, dictada por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, bajo la ponencia del ex magistrado José A. Troyano.

Indica Oliver Galé que “Tampoco la prueba de oficio desconoce la institución de la carga de la prueba, pues esta se analiza en el momento de dictar sentencia y ante la insuficiencia probatoria, en cambio la prueba de oficio se decreta antes de dictar la misma o al comienzo del período probatorio o durante el período probatorio”⁴⁸¹.

Según Arazi, “antes de decidir que existe falta de prueba el juez deberá ordenar las medidas de esclarecimiento que considere necesarias para llegar al convencimiento sobre la realidad de los hechos; en caso de persistir su duda fallará en contra de la parte que tenía la carga de probar el hecho”⁴⁸².

Ahora bien, respecto a la carga de la prueba y la prueba de oficio, de acuerdo con fallos de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil, “El juez, ante la falta de pruebas, no debe aplicar sin más el principio de la carga de la prueba (Sentencia de 11 de noviembre de 1999. Reiterado en sentencia de 16 de agosto de 2000). <Si bien es cierto, estos dos principios (carga de la prueba y decreto oficioso de prueba) actúan en el proceso, es el juez, en su discreta autonomía, quien debe darle a cada uno la importancia concreta, el peso específico que debe tener uno de ellos en la resolución del debate. A pesar de este aserto, no podrá concluirse, como antaño solía hacerse, que ante la falta de pruebas se deba aplicar sin más el principio de la carga de la prueba, porque entonces de nada serviría directrices normativas que el Código de Procedimiento Civil, particularmente el 37 numeral 4, normas todas enderezadas a lograr un fallo basado en verdades objetivas”⁴⁸³.

De lo antes expuesto, podemos afirmar que el juez es llamado al emitir una sentencia, a aplicar el principio de la carga de la prueba, es decir, la máxima de que

⁴⁸¹ OLIVER Galé, Carlos Alberto. Op. cit., p. 82.

⁴⁸² ARAZI, Roland. Op. cit., p. 94.

⁴⁸³ Sentencia de 11 de noviembre de 1999. M.P. Dr. Jorge Santos Ballesteros, Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de Colombia.

incumbe a las partes probar los hechos o datos que constituyen el supuesto de hecho de las normas que le son favorables (artículo 784 del Código Judicial); igualmente debe hacer uso de las reglas de la lógica y la experiencia (sana crítica- artículo 781 del Código Judicial) y tiene el deber de ordenar la práctica de todas aquellas pruebas que estime procedentes para verificar las afirmaciones de las partes o practicar aquéllas que sean necesarias para aclarar puntos oscuros o dudosos en el proceso, incluso en cualquier momento, puede ordenar de oficio la repetición o perfeccionamiento de cualquier prueba, cuando ha sido mal practicada o sea deficiente (artículo 793 ibídem). Si bien corresponde a las partes probar su dicho; al juez le compete la dirección del proceso respecto a cada una de las partes, realiza una valoración de acuerdo con el sistema de la sana crítica y luego vigila que las pruebas estén completas, que cumplan su cometido respecto a la afirmación de las partes, que no exista duda. El juez conserva en nuestro ordenamiento procesal civil, el poder probatorio oficioso, que le permite el esclarecimiento de la verdad y así emitir una sentencia más justa.

10- La Motivación frente a la Prueba de Oficio.

Refiere Ureta que “En la antigüedad y parte de la edad media los jueces no peroraban ni argumentaban en sus sentencias, iban directo al grano. Solo en el renacimiento las técnicas retóricas empiezan a influir en la redacción judicial para ser aborrecidas por el culto de la sencillez y precisión que dominó en el siglo XVIII y XIX. A pesar de todas las huellas de la retórica no se pudieron borrar en la práctica forense. Este período está muy poco estudiado y recientemente ha llamado la atención sobre el mismo”⁴⁸⁴.

⁴⁸⁴ URETA G., Juan. Teoría de la Argumentación Jurídica: Material de Lectura, p. 17, Recuperado de <http://www.monografias.com>.

Afirma Baez Silva que, “la actividad judicial es el mejor campo para la aplicación, el desarrollo y el cultivo de la argumentación jurídica. Es ahí donde la teoría se pone a prueba y desde donde se retroalimenta; por ello para quienes tenemos la tarea diaria de tomar decisiones de esa índole a través de casos concretos esta disciplina se convierte en un insumo necesario”⁴⁸⁵.

Respecto a la labor del juez al justificar su decisión “son muchas y variadas las causas que han incidido sobre un estilo tanto desafortunado en la redacción de las sentencias. Cuestiones históricas, legislativas y una capacitación poco idónea de los jueces en materia lingüística parecen aliarse en contra de una presentación adecuada de los fundamentos normativos y fácticos, como así también de la parte dispositiva, de tales documentos oficiales”⁴⁸⁶.

En la elaboración de la sentencia civil, casi siempre el juez utiliza un lenguaje forense, especializado; “el uso de términos técnicos por parte del juez puede dar origen a una situación de indefensión de alguna de las partes en un litigio, sobre todo en aquellos procesos donde no es necesaria la presencia de letrados... Si durante el procedimiento, el juez no explica adecuadamente con términos sencillos y comprensibles qué derechos acoge a los litigantes para defender mejor sus posiciones y se limita a pronunciar frases técnicas incomprensibles para ellos puede terminar creando dicho estado de indefensión...; el lenguaje del derecho, y el uso que de él se hace en sede judicial, no sólo (sic) posee términos técnicos, sino que admite en su seno palabras y frases arcaicas y rituales, permite el uso de fórmulas inapropiadas, acepta la utilización excesiva en ocasiones de siglas y facilita que se haga una traslación mecánica de las

⁴⁸⁵ BAEZ Silva, Carlos y otros (coordinadores). Interpretación, Argumentación y Trabajo Judicial., Editorial Porrúa México, primera edición, México, 2009, p.127.

⁴⁸⁶ MALEM, Jorge. El Lenguaje de Las Sentencias del libro Op. Cit., BAEZ Silva, Carlos y otros (coordinadores). Interpretación, Argumentación y Trabajo Judicial., Editorial Porrúa México, primera edición, México, 2009, p.112.

formulaciones legislativas que no siempre resultan adecuadas”⁴⁸⁷.

Compete al poder judicial, dirimir los conflictos que surjan entre las personas de la sociedad por medio de la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico civil, de manera adecuada, en términos sencillos, elementales y claros para evitar indefensión a alguna de las parte; labor que se materializa al dictar las resoluciones judiciales en cada caso en particular.

Nuestro sistema jurídico establece la forma en que serán elaboradas o redactadas las resoluciones judiciales, qué requisitos deben reunir y que necesariamente deben atenderse. Se indica que se expresará sucintamente la pretensión formulada y los puntos materia de la controversia, es necesario la fecha de la resolución, enunciar las partes del proceso, el tipo de proceso, el tribunal que dicta la resolución judicial, pero sobre todo se exige la motivación, justificar su decisión.

Al respecto, el artículo 199 del Código Judicial, recientemente derogado por la Ley 53 de 27 de agosto de 2015, establecía que, son deberes en general de los Magistrados y Jueces, motivar las sentencias y los autos. La Ley de Carrera Judicial que deroga dicho artículo mantiene en su normativa el mismo precepto. Es así que el artículo 119 de la Ley 53 de 2015 señala que son deberes de los magistrados y jueces “Motivar las sentencias y autos”.

Los artículos 989 y 990 del Código Judicial, respecto a la motivación o fundamento de los autos y sentencias establecen:

“Artículo 989 ...

Los autos serán motivados y expresarán los fundamentos jurídicos pertinentes con cita de las disposiciones legales aplicables al caso...”.

⁴⁸⁷ Ibídem, p.114, 115.

Artículo 990. Las sentencias se dictarán de conformidad con las reglas siguientes:

1...

2. En párrafos separados se hará una relación de los hechos que han sido comprobados, que hubieron sido alegados oportunamente y que estén enlazados con las cuestiones que hayan de resolverse. Se hará referencia a las pruebas que obran en el expediente y que hayan servido de base al Juez para estimar probados tales hechos;

3. Enseguida, se darán las razones y fundamentos legales que se estimen pertinentes y se citarán las disposiciones legales o doctrinas que se consideren aplicables al caso...”.

En efecto, nuestro código de procedimiento civil, desarrolla en sus normas como el juez debe apoyar su decisión, le indica cómo llegar a una conclusión a través de un conjunto de razonamientos de hecho y de derecho, apreciación, valoración y análisis de cada prueba y aplicación del derecho que le permitirá dar a conocer a las partes del sistema judicial, por qué llegó a ese resultado en una determinada decisión, es decir, dar una razón, justificar su decisión ante el usuario, buscando el entendimiento del mismo; ya que a él está dirigida la resolución judicial.

La motivación, también tiene un fundamento ético, es así que nuestro Código de Ética Judicial, en sus artículos 22 a 31, establecen que la motivación es una obligación que permite y orienta la legitimidad del Juez, el buen funcionamiento de un sistema de impugnaciones procesales, el adecuado control del poder del que los jueces son titulares y, en último término, la justicia de las resoluciones judiciales. Esta normativa señala que motivar supone expresar, de manera ordenada y clara, razones jurídicamente válidas, aptas para justificar la decisión y explica que la falta de motivación es, en principio, una decisión arbitraria, solo tolerable en la medida en que una expresa disposición jurídica razonable lo permita. Estas disposiciones conciben la motivación como un deber que

adquiere una intensidad máxima en relación con decisiones privativas o restrictivas de derechos, o cuando el Juez ejerza un poder discrecional, tanto en materia de hechos como de Derecho. Dichos preceptos señalan además que, en materia de hechos, el Juez debe proceder con rigor analítico en el tratamiento del cuadro probatorio. El juez debe mostrar en concreto lo que aporta cada medio de prueba, para luego efectuar una apreciación en su conjunto; en cambio en materia de Derecho no puede limitarse a invocar las normas aplicables, especialmente en las resoluciones sobre el fondo de los asuntos. Indica este Código de Ética que la motivación debe extenderse a todas las alegaciones de las partes, o a las razones producidas por los jueces que hayan conocido antes del asunto, siempre que sean relevantes para la decisión. Este principio ético supone que en los tribunales colegiados, la deliberación debe tener lugar y la motivación, expresarse en términos respetuosos y dentro de los márgenes de la buena fe. El derecho de cada Juez a disentir de la opinión mayoritaria debe ejercerse con moderación. Finaliza este apartado del Código de Ética en que las motivaciones deben estar expresadas en un estilo claro y preciso, sin recurrir a tecnicismos innecesarios y con la concisión que sea compatible con la completa comprensión de las razones expuestas.

Para demostrar su postura respecto a la motivación de la sentencia, la Honorable Corte Suprema de Justicia, en Sentencia de 31 de agosto de 2009, dictada por la Sala Primera de lo Civil y bajo la ponencia del magistrado Harley J. Mitchell D., señaló:

“Ahora, lo anterior no es óbice para que se abstenga la Sala de hacerle un llamado de atención al tribunal ad-quem por la falta ostensible de motivación respecto de la valoración de la prueba documental de foja 494-496 en la que basa su decisión, ya que **no explica el referido tribunal, en la forma de una argumentación jurídica**, la inferencia que a partir del citado medio probatorio realiza. Siendo **que la motivación fáctica y jurídica de la sentencia constituye un derecho fundamental**, que no sólo (sic) incide en el ejercicio del derecho de defensa de las partes en las instancias siguientes, sino también en la confianza de los asociados en la administración de justicia, **han de realizar los operadores de justicia un especial esfuerzo en la motivación de sus decisiones**, de manera que puedan ejercer un mejor control endo y

extra procesal de las mismas”⁴⁸⁸.

Por su parte, el Primer Tribunal Superior del Primer Distrito Judicial, mediante fallo de 11 de octubre de 2000, al resolver un Amparo de Garantías Constitucionales, bajo la ponencia de la magistrada Eva Cal, señaló: “La jurisprudencia extranjera y una que otra jurisprudencia nuestra, han venido reconociendo que **la motivación de las decisiones es esencial y que también constituye parte integrante del debido proceso el que exista motivación...** Si bien es cierto que la orden no está contenida en una sentencia, conceptúa esta Colegiatura que tal requisito debe alcanzar también cualquier tipo de orden, es decir que cualquier orden debe estar fundamentada y motivada. El que expide una orden debe tener razones o motivos para expedirla y expresarlas al emitir la orden”⁴⁸⁹, es así, que no solo la sentencia debe ser motivada, nuestro ordenamiento procesal civil es claro en señalar que es deber del juez motivar las sentencias y autos.

La obligación de motivación de las decisiones jurisdiccionales como una parte integral del debido proceso, ha sido reconocido en diversas esferas jurisdiccionales del país, como se aprecia en fallo de 11 de octubre de 2011, proferido por el Primer Tribunal Superior del Primer Distrito Judicial, el cual reitera que las órdenes que se emitan en el ejercicio de las funciones del juez deben expresar sus razones o motivos y no limitarse a describir lo que se dispone realizar.

Por su parte, el Pleno de la Corte Suprema de Justicia de Panamá, al decidir un amparo de garantías constitucionales, se refiere a la motivación de las decisiones sobre pruebas, en este sentido:

“...La Corte considera que la resolución que rechaza un medio probatorio no puede limitarse a citar el fundamento de derecho de las

⁴⁸⁸ Sentencia de 31 de agosto de 2009, dictada por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia de Panamá. Magistrado Ponente: Harley J. Mitchell D.

⁴⁸⁹ Sentencia del Primer Tribunal Superior del Primer Distrito Judicial de Panamá, 11 de octubre de 2000, magistrada ponente: Eva Cal.

mismas, ya que el juez se encuentra en el deber de explicar, razonablemente, los motivos que dan lugar a su decisión. La falta de motivación razonable ocasiona que la parte a quien se le niega el uso del medio probatorio, quede en indefensión.

Para el Pleno es evidente que si una parte dentro de un proceso solicita una prueba de informe es porque quiere incorporar información que no figura en el expediente, por lo cual el argumento del Tribunal Superior del Tercer Distrito Judicial resulta precario a efectos de sustentar la restricción que realiza al derecho del proponente de la prueba de allegarla al proceso, por los medios que ha establecido la Ley para esa finalidad.

...De allí que, tratándose de una prueba de informe anunciada y propuesta oportunamente, no existía impedimento formal para su admisión y si se quería inadmitir habría que darse un argumento de peso...". (Cfr. Sentencia del Pleno de 1° de junio de 2010)⁴⁹⁰.

Oliver Galé, autor Colombiano señaló que es indudable que el sistema jurídico en Colombia "la motivación de las sentencias por parte de los jueces, es una obligación de estos que busca, entre otros aspectos, darle legitimidad al poder judicial, permite a las partes ejercer su derecho de defensa cuando ejercen los recursos, permite controlar cualquier decisión caprichosa, evitando de paso la arbitrariedad de los administradores de justicia. En efecto, la motivación permite el control de las decisiones por parte de la opinión pública; busca convencer a las partes; hace que los recursos sean efectivos y finalmente muestra la vinculación del juez a la Ley, al ordenamiento jurídico"⁴⁹¹.

Explica Tron que "El sistema jurídico ha evolucionado y no porque se hayan modificado necesariamente las leyes, sino porque ha cambiado la forma de resolver los jueces. No quiere decir que ya acabamos, falta todavía mucho por hacer... Los jueces tenemos que aprender que nuestro trabajo no es solamente aplicar tal o cual artículo, o aplicar tal o cual jurisprudencia, sino atender cuáles son los valores, cuáles son los

⁴⁹⁰ Sentencia de 8 de noviembre de 2013, dictada por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia de Panamá, Magistrado Ponente: Jerónimo Mejía.

⁴⁹¹ OLIVER Galé, Carlos Alberto. Op. cit., p. 129.

principios que la sociedad está requiriendo para que ese derecho que está originalmente diseñado para favorecerla, realmente funcione, y no como lo dijo el Ministro Azula, no el actual, sino su padre, en su discurso cuando concluye en su cargo como ministro de la Corte que palabras más o palabras menos, decía arrepentirse por que durante años había hecho un alto uso de la técnica, porque la “técnica” en lugar de que haya servido para impartir justicia, para resolver problemas, la hemos usado para denegarla. Esta es una frase muy fuerte y trascendente para tomarla en cuenta”⁴⁹².

Al respecto, Arturo Hoyos ha señalado que, "es necesario que el juzgador explique detalladamente en la sentencia las razones que tiene para resolver el caso en uno u otro sentido pues ésta es la única forma en que la parte que se crea afectada pueda impugnar efectivamente la sentencia mediante la utilización de los recursos legales que tenga a su disposición"⁴⁹³.

En la elaboración de una resolución judicial, el juez interpreta el derecho para aplicarlo, y es lo que conlleva o lleva implícita la motivación de la resolución. “Las decisiones judiciales requieren ser justificadas a fin de hacerlas aceptables, amén de que efectivamente, justificar una decisión implica algo más que efectuar una operación deductiva extrayendo conclusiones a partir de premisas”⁴⁹⁴.

Lo anterior tiene su razón, puesto que efectivamente, “una cosa es llegar a una conclusión y otra el justificar tal conclusión, y como señala Atienza, una cosa es sostener una decisión judicial partiendo de bases ideológicas, sociales, etcétera, y otra muy distinta resolver en base a preceptos jurídicos, es decir, no es lo mismo explicar la

⁴⁹² TRON Petit, Jean Claude. ¿Cómo argumentan los jueces Mexicanos?, del libro: Op. Cit., BAEZ, Carlos, p. 199, 200.

⁴⁹³ HOYOS, Arturo "La Garantía Constitucional del Debido Proceso Legal", Revista Lex No. 2, enero-junio, 1986, Colegio Nacional de Abogados de Panamá, p. 106.

⁴⁹⁴ LERMA, Héctor. La Argumentación Jurídica a la luz del maestro Manuel Atienza. Recuperado de <http://www.tfjfa.gob.mx/investigaciones/argumentacionjuridica.html>, p.18.

resolución que justificarla, pero atendiendo a nuestra naturaleza de Estado de Derecho, los jueces no deben concretarse a explicar sus resoluciones judiciales, sino justificarlas, puesto que las razones explicatorias quedan identificadas con los motivos de la conducta y por su parte, las razones de justificación de la resolución están comprendidas dentro del marco de valoración, es decir, si es buena o mala según diversos puntos de vista, lo cual comprende una valoración a la luz de los preceptos jurídicos aplicables al caso”⁴⁹⁵.

Es un deber de los jueces motivar la resolución judicial, realizar un razonamiento jurídico conforme a la argumentación, estar comprometidos con la actividad interpretativa más rigurosa, apoyados en un adecuado estudio y en los principios que guían la interpretación, aunado a la necesidad de la actualización del juez en el conocimiento del derecho y en la argumentación. Logrando así tener la formación apropiada para emitir decisiones judiciales en una forma sistemática, analítica y con la debida motivación.

No es válido para un juzgador, al dictar una resolución judicial, dejar en el ánimo del usuario del Órgano Judicial, la sensación de desconocimiento, de injusticia, de inseguridad jurídica, porque ha resuelto de acuerdo a prejuicios o ideologías, no así con fundamento en las disposiciones jurídicas y su valor. Lo acertado de las razones, de la justificación, del análisis y la valoración que realice el juez en su fallo, garantiza el equilibrio e igualdad de las partes en el proceso.

En un Estado de Derecho la argumentación es algo necesario e ineludible en la actitud del juzgador. Los jueces tienen la obligación de razonar y justificar la resolución judicial. La argumentación en la función de los jueces es inevitable, el juzgador en su sentencia debe explicar, razonar, defender los criterios en que fundamenta su decisión, cumpliendo con los enunciados de una mejor y válida administración de justicia. Es un

⁴⁹⁵ LERMA, Héctor. Op cit., p.18.

deber que está íntimamente ligado con el principio del debido proceso y de acceso a la justicia. Además denota transparencia, certeza, seguridad jurídica y le otorga legitimidad a la decisión lo que redundará en la confianza del ciudadano en la administración de justicia.

Señala Couture que “la sentencia no es una operación de pura lógica jurídica, ni el juez es una máquina de razonar. La sentencia es una operación humana, con todos sus riesgos y todas sus excelencias, y su valor como tal dependerá siempre, en último término, de lo que valga el juez como hombre y como ciudadano. A cada paso, el derecho debe remitirse a operaciones de estimativa jurídica, cuya determinación corresponde al magistrado. En estos instantes, el derecho es el juez; el único derecho que el orden jurídico conoce. La virtud del juez es, en consecuencia, necesariamente, la virtud del derecho”⁴⁹⁶.

Ahora bien, los jueces son seres humanos y como tal con derecho a equivocarse, a tener criterios disímiles, etc; por tanto, ante ello, surgen los medios de impugnación como un remedio procesal, lo importante es que sea consciente de que al emitir una decisión debe motivar la misma. Es necesario que los jueces expliquen y expongan sus razonamientos jurídicos, realicen un examen crítico y análisis de las pruebas, que lo lleven a tomar una decisión.

En cuanto al tema de la prueba de oficio y la motivación, la interrelación hecha por Marina Gascón Abellán, con respecto a la opinión de Reichenbach sobre el científico y su aplicación al Juez se señaló: “... el juez no es una especie de profeta que conoce la verdad, pero tampoco alguien que opera sin fundamento; es más bien un jugador racional que hace una apuesta (la declaración de hechos de la sentencia) conociendo bien las leyes de la probabilidad. Por eso debe poder demostrar que ésta es la mejor

⁴⁹⁶ COUTURE, Eduardo (2001). Op. cit., p. 322.

apuesta, que eso es lo mejor que puede hacer; porque <si un hombre hace lo mejor que puede hacer, ¿qué mas se le puede pedir?>”⁴⁹⁷.

Indica Oliver Galé que “En efecto, el juez debe en la sentencia, analizar todas las pruebas individualmente y en conjunto y con ello reconstruir los hechos que fundan la sentencia, él no es un profeta o adivino, muchas veces esa reconstrucción trae problemas, de percepción o de interpretación, sea que provenga del mismo juez o de las fuentes de prueba. Si se le exige que motive su decisión y en especial, trate de acertar en tal reconstrucción fáctica, debe permitirsele que decrete oficiosamente todas aquellas pruebas que le permitan que la reconstrucción de la premisa fáctica sea la mejor apuesta. Las partes plantean sus hechos, muchas veces a su manera, a su conveniencia, en forma oscura, es ahí donde el juez sin salirse del marco de la congruencia y garantizando el derecho de defensa de las partes, puede entrar a decretar pruebas de oficio, insisto, que le pueden dar una claridad sobre el hecho debatido”⁴⁹⁸.

Taruffo señala que, si “la motivación de los hechos existe efectivamente, es completa y coherente, entonces se puede decir que la narración de los hechos construida por el juez cuenta con una válida justificación racional, en la medida que resulta confirmada por el análisis crítico de todas las pruebas disponibles”⁴⁹⁹, construcción que es posible con el decreto de la prueba de oficio.

En palabras de Oliver Galé, “muchas veces se utiliza la ciencia en el proceso y el juez tiene la obligación de motivar sobre dictámenes emitidos por científicos, expertos, o peritos, lo cual de por sí resulta problemático, verbigracia si sobre el punto existen divergencias en la comunidad científica, en cuyo caso no se puede adoptar la ley

⁴⁹⁷ GASCÓN Abellán, Marina. Los Hechos en el Derecho, bases argumentales de la prueba, editorial Marcial Pons, Madrid, 1999, pág. 196, citado Op cit OLIVER Galé, Carlos Alberto, p. 129.

⁴⁹⁸ OLIVER Galé, Carlos Alberto. Op. cit., p. 132.

⁴⁹⁹ TARUFFO, Michele (2010). Op. cit., p. 274.

científica como una regla universal. Aquí surge una interrogante para todo tipo de proceso incluido el penal, donde la controversia del dictamen se centra en el interrogatorio al o a los peritos ¿por qué no permitirle al juez que es a quién va dirigida la prueba, qué conozca otra opinión científica sobre el tema?. Obsérvese que en algunos casos, la prueba de oficio no puede dar la última palabra, pero llenará de razones al juez para poder motivar en una situación problemática como la que se plantea. ¿Cómo distinguir, la verdadera ciencia de la denominada por algún autor ciencia chatarra, si las partes en un interrogatorio están cerradas exclusivamente en demostrar sus afirmaciones y en dónde el deber de motivar? Insisto, la prueba de oficio no es la última palabra, pero puede ser un mecanismo epistemológico de gran ayuda para el fallador, convirtiéndose en algunos casos elemento de mayor confirmación o constatación de un hecho afirmado por alguna de las partes, ora puede construir un elemento de refutación de algún hecho, también afirmado por las partes. Motivar no es solo relacionar hechos, sino exponer razones por parte del fallador que lo han llevado a declarar la existencia de unos determinados hechos, por ende, para tal motivación en cualquier tipo de proceso, el juez debe contar con la herramienta de la prueba de oficio. El juez no solo está obligado a relacionar y apreciar las pruebas que confirman una hipótesis, sino que debe indicar las razones por las cuales descarta la contraria, amén de precisar por qué descarta las pruebas a su favor, ello corrobora aún más el poder oficioso en la práctica de pruebas”⁵⁰⁰.

Concluye Oliver Galé, que “el juez no puede, ni en el caso de la prueba científica ni de cualquier otra prueba, desatender su obligación de motivar su decisión sobre los hechos y si, para ello, requiere de pruebas que le permitan ahondar en la verdad sobre el material fáctico, debe utilizar dicho poder material, con el fin de reconstruir adecuadamente los hechos y de esta manera tratar de emitir una decisión ajustada a la

⁵⁰⁰ OLIVER Galé, Carlos Alberto. Op. cit., p. 133.

verdad posible y de paso preferir sentencias justas”⁵⁰¹.

El deber de motivación del juez no se circunscribe a sus propios dichos, sino también debe alcanzar aquellas opiniones y dictámenes de expertos, científicos o peritos en que sustenta su decisión; para lo cual el juez debe detallar las razones de aquellos para justificar su postura. Lo que resulta interesante es cuando no existe un consenso dentro de la disciplina, ciencia o arte de la cual se emite el dictamen, que el juez debe considerar y si la labor de las partes en la práctica de la prueba y el consiguiente interrogatorio y conainterrogatorio ha sido deficiente, debe el juez a través de la prueba de oficio subsanar tal situación para garantizar que su decisión revista mayor grado de certeza.

La prueba de oficio no solo apoya al juez a una debida motivación de la sentencia, sino que permite razonamientos apegados a los derechos fundamentales que son la base de un sistema democrático de derecho. Por otra parte, es trascendental que la resolución que dispone el decreto de pruebas de oficio cuando se estime conveniente la misma, debe el Juez motivar, sustentar, argumentar sobre la necesidad de dicha prueba; de esta manera le otorga legitimidad a su decisión y confianza a las partes y a la sociedad. Igualmente, la omisión en el decreto oficioso en materia probatoria también debe estar debidamente motivada en la resolución. Vemos como existe una íntima relación entre la prueba de oficio y la motivación.

11- Poderes de Instrucción del Juez con relación a la Iniciativa Probatoria en el Proceso Civil.

Alvarado Velloso⁵⁰², identifica el vocablo “juez” con el de “oficio judicial”,

⁵⁰¹ *Ibidem*, p. 136.

⁵⁰² ALVARADO Velloso, Adolfo. *El Juez (sus deberes y facultades)*, primera edición, Editorial Depalma,

entendiendo a éste como la función que cumple cualquier juez superior o inferior, unipersonal o pluripersonal, al realizar la tarea jurisdiccional. Indica que es preciso recordar que los jueces son hombres, y es esa humanidad (riesgo de falibilidad o de inconducta) la que engendra la necesidad de normar sus facultades y deberes.

Para Parra Quijano, el juez, “es el órgano a quien encomienda el Estado el cometido esencial de aplicar la ley por medio del procedimiento. En el fondo de la cuestión, está el renovado concepto de dignidad y de autoridad del Estado fascista y de su órgano, en virtud del cual no sería concebible que el juez asistiera a él como espectador impasible, e impotente a veces, cual si fuese el árbitro en un campo gimnástico que se limita a marcar los puntos y a controlar que se observen las reglas del juego, para una lucha que compromete en cambio, directamente, la más celosa y la más elevada función y responsabilidad del Estado. Es, pues, necesario que el juez tenga una precisa dirección del proceso, una posición preeminente y reguladora”⁵⁰³.

La doctrina no es uniforme respecto de la clasificación de los deberes y facultades del juez ni sobre los modelos de los jueces.

García Amado identifica diez modelos de jueces “el juez autoridad, considera las decisiones y las sentencias como manifestación de la voluntad incuestionable del soberano, actuando por voluntad de éste y llega en muchos casos a no tener que fundamentar sus decisiones; el juez salomónico, equivale al juez que se le pide que haga justicia en el caso concreto; el juez máquina, propio del positivismo formalista del siglo XIX, el que pronuncia las palabras de la ley; el juez humano, es la otra cara del juez máquina, el derecho está más en mano de los jueces, no es un ser mítico, no hay más derecho que lo que los jueces dicen; el juez científico social, debe saber de economía, psicología, sociología, que posea una buena formación ética, etc.; el juez virtuoso, aquel

Buenos Aires, 1982, p. 3.

⁵⁰³ PARRA Quijano, Jairo (2004). Op. cit., p. 180.

que hipotéticamente conoce todas las circunstancias de los hechos, todas las normas aplicables, todas las normas de la moral social y con ello puede hallar la única decisión correcta; el juez político, quien toma conciencia del carácter político de la actividad judicial, creando derecho, para contribuir a gobernar y encauzar la vida social; el juez filósofo, quien pretende dar respuesta al irracionalismo, capaz de respaldar su decisión en la mejor teoría ética, en la mejor teoría política, etc; y finalmente, el juez engranaje, quien tiene sustento en las ideas de Luhmann, bajo el cual el progreso social es posible por cuanto todo sistema global está articulado”⁵⁰⁴.

Señala Oliver Galé que “El modelo de juez que adopte un determinado sistema jurídico, que se acoja en una determinada época, incide de manera trascendental en los poderes que poseen los juzgadores, sea en lo normativo o en lo fáctico. Muchos modelos se han identificado, pero quizás con preponderancia hacia lo normativo, descuidando tanto el legislador como la doctrina, la construcción de un modelo de juez relacionado con los hechos. Los jueces son primordiales en un Estado Social y democrático de derecho, para que los valores inmersos en el mismo sean realizados, mostrando que los jueces representan en verdad un equilibrio respecto de los demás poderes públicos, en su relación con la sociedad. En un primer modelo, el juez cumple una función de encontrar el derecho y aplicarlo a los casos que se someten a su juzgamiento; un segundo modelo, indica que el juez crea el derecho, cumpliendo una función, más allá de la mera aplicación del derecho. Los extremos resultan peligrosos, siendo preferible un modelo intermedio. También puede mirarse un juez indiferente a la búsqueda de la verdad o un juez, más activo en la búsqueda de la verdad y con ello no quedarnos en lo meramente normativo, sino mostrar que el juez se puede analizar desde lo fáctico”⁵⁰⁵.

⁵⁰⁴ GARCÍA Amado, Juan Antonio, Citado por Gozaine, Osvaldo Alfredo. Derecho Procesal Constitucional, El Debido Proceso, Rubinzal Culzoni, Editores, Santa Fe, Argentina, 2004, p. 333 a 336 y citado también por Op cit. OLIVER Galé, Carlos Alberto, p.137.

⁵⁰⁵ OLIVER Galé, Carlos Alberto. Op. cit., p. 137 y 144.

El anteproyecto del Código Procesal Civil para Iberoamérica⁵⁰⁶ indica en su exposición de motivos, que hay una clara tendencia al aumento de las facultades del Tribunal, sin que ello altere el principio dispositivo que continua rigiendo con atenuantes. Se indica, en lo que respecta a los poderes del juez, que el mismo debe fallar según lo alegado “secundum allegata”, mas no, según lo probado “secundum probata”; y que el juez debe ser imparcial respecto a la relación de fondo planteada en el proceso, pero no respecto al proceso mismo y a la averiguación jurídica de la verdad de los hechos alegados.

Afirma Parra Quijano que “reforzar los poderes del juez en el proceso civil, proviene de dos distintas corrientes de pensamiento, que solo en parte concluyen: de una parte, proviene de consideraciones de carácter exclusivamente procesal, atinentes al carácter de función pública que tiene en todo caso la jurisdicción aun cuando se la ejerce sobre controversias de derecho privado; y por otro, de consideraciones atinentes a las transformaciones ocurridas en el derecho sustancial aun cuando se la ejerce sobre controversias de derecho privado; y por otro, de consideraciones atinentes a las transformaciones ocurridas en el derecho sustancial, en el que se asiste a una constante irrupción del derecho público en campos hasta ahora reservados a la libre disposición de los particulares. El primer orden de consideraciones lleva a esta conclusión: que el juez, también en el proceso civil, debe estar en todo caso provisto de los poderes indispensables para administrar activa, rápida y provechosamente la justicia. Aunque la controversia concierna a relaciones del derecho privado de que las partes hubieran podido fuera del proceso disponer a su antojo, ello no significaba que el proceso, una vez iniciado, se pueda considerar como asunto particular cuya suerte pueda abandonarse al interés individual de los contendientes. Aun en los procesos mismos sobre controversias de derecho privado, entra en juego, apenas se invoca la intervención del juez, el interés eminentemente público que es el de la recta y solícita aplicación de la

⁵⁰⁶ Anteproyecto del Código Procesal Civil para Iberoamérica, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, Montevideo, 1988, p. 26 y 27.

ley al caso concreto; no debe pues, permitirse a los particulares que invoquen la justicia para hacerla servir a finalidades en contradicción con ella, ni que abrumen los tribunales con sus escaramuzas dilatorias a las que esté constreñido a asistir el juez inerte, mientras les plazca a ellos hacerlas durar. El juez, aunque la relación controvertida sea de puro derecho privado, debe estar provisto de todos los poderes ordenatorios y disciplinarios indispensables para que el proceso no detenga el paso ni se desvíe, de ser su director y propulsor, vigilante, solícito y sagaz. Libres serán las partes para proponer el *tema decidendum*; pero los medios y el ritmo para decidir pronto y bien, sobre el tema propuesto, es al juez a quien corresponde determinarlos”⁵⁰⁷.

Sigue señalando este autor que “esta dirección efectiva del proceso encomendada al juez, esta posición activa y dominante que está él llamado a asumir aun en la fase instructoria, no es inconciliable con la autonomía negocial que conservan las partes sobre la relación controvertida, dentro de los límites en que esa autonomía está mantenida por las normas de orden público. En todo caso, pues, y como quiera que se manifieste la autonomía de las partes, el juez debe estar provisto de los medios indispensables para impedir que el proceso se convierta en un fraude o en una befa organizada por el litigante de mala fe en daño de la justicia”⁵⁰⁸.

El juez en el proceso civil panameño goza de amplias facultades de recepción y dirección en la práctica de cualquier prueba, el Código de procedimiento civil prevé el alcance de este deber-facultad en cada medio de prueba, la forma de controlar dicha práctica. Veamos las normas que guardan relación con este deber probatorio oficioso.

Entre los poderes de Instrucción del Juez tenemos:

11.1. Prueba de Oficio. Uno de los poderes de Instrucción del Juez es decretar

⁵⁰⁷ PARRA Quijano, Jairo (2004). Op. cit., p. 181.

⁵⁰⁸ PARRA Quijano, Jairo (2004). Op. cit., p. 181.

pruebas de oficio, así lo establecen los artículos 793 y 794 del Código Judicial, antes citados.

11.2. Saneamiento oficioso en materia probatoria. El juez en el ordenamiento procesal civil panameño puede decretar el saneamiento oficioso en materia probatoria, así lo prescriben los artículos 793, 847, 854, 878 y 914 del Código Judicial.

11.3. Solicitar de oficio al Registro Público certificación respecto a la inscripción de determinado documento.

Según el artículo 847 del Código Judicial “Cuando la ley exija inscripción de un documento en un Registro Público, la copia que se aduzca como prueba deberá llevar la certificación de haberse efectuado aquélla; en caso contrario, el juez la enviará a la oficina correspondiente para que efectúe la certificación a costa del interesado”, es decir que de manera oficiosa dispone se realice la certificación.

11.4. Prueba Documental.

11.4.1. Documentos públicos.

En lo concerniente a la prueba documental, podemos afirmar que documento es “todo objeto producto, directo o indirecto, de la voluntad humana y que contiene una declaración o representación de un hecho”⁵⁰⁹. Para Carnelutti el documento “no es solo una cosa, sino una cosa representativa, o sea capaz de representar un hecho”⁵¹⁰. Los documentos pueden ser públicos o privados. El documento público es el otorgado por funcionarios que ejercen un cargo por autoridad pública, en lo que se refiere al ejercicio de sus funciones (artículo 834 del C.J.); entre estos podemos mencionar todos los documentos que conforman un expediente; es así que si se adujere como prueba, solamente parte de un expediente, actuación o documento, deberá adicionarse lo que la parte contraria señalare si tuviere relación o fuere conducente, sin perjuicio de que el objetante aduzca también, o **el juez de oficio** ordene que se agregue, la totalidad del

⁵⁰⁹ AZULA Camacho, Jaime. Op. cit., p. 218.

⁵¹⁰ CARNELUTTI, Francesco. Op. cit., p. 156.

documento en cuestión (artículo 846 ibídem). Por otra parte, cuando la ley exija inscripción de un documento en un Registro Público, la copia que se aduzca como prueba deberá llevar la certificación de haberse efectuado aquélla; en caso contrario, **el juez la enviará a la oficina correspondiente para que efectúe la certificación a costa del interesado** (artículo 847 ibídem). Así mismo, sin perjuicio de las facultades de **decretar pruebas de oficio**, el juez podrá solicitar, antes de dictar sentencia, y cuando abrigare dudas sobre la existencia, autenticidad o fidelidad de cualquier documento público, que por secretaría se solicite al custodio del original con el fin de agregar al expediente, copia del mismo; o en su defecto practicar las diligencias necesarias o conducentes para dichos propósitos (artículo 854 del mismo texto legal antes citado).

11.4.2. Documentos Privados.

En este orden, respecto a los documentos privados, debemos entender que son aquellos que no reúnen los requisitos para ser documento público (artículo 856 del C.J.). El juez, a solicitud de parte o **de oficio**, puede disponer que se intime a terceros la entrega de las piezas originales, copias fotostáticas o transcripción certificada por notario, de documentos que se hallen en su poder y de interés para el proceso. Lo anterior es sin perjuicio de que la parte interesada pueda acudir a la diligencia exhibitoria (artículo 870 del C.J.).

11.4.3. También para acreditar hechos o circunstancias que tengan relación con el proceso que se ventile, pueden las partes presentar fotografías, copias fotostáticas, cintas cinematográficas y cualesquiera otras reproducciones fotográficas o por cualquier otro medio técnico o científico. Estas pruebas serán apreciadas por el juez. Como medio de prueba deben admitirse también los registros dactiloscópicos, fonográficos y demás elementos que produzcan convicción en el ánimo del juez. La parte que presente estos medios de prueba deberá suministrar al tribunal los aparatos o elementos necesarios para que pueda apreciarse el valor de los registros y reproducirse

los sonidos o imágenes. Estas pruebas pueden también ser **decretadas de oficio por el juez**, aisladamente o con ocasión de una inspección o de otra diligencia cualquiera.

Los escritos y notas taquigráficas pueden presentarse por vía de prueba, siempre que se acompañen su transcripción, especificando el sistema taquigráfico empleado.

Y respecto a la tacha de documentos, se indica que si para probar la falsedad se pidiere cotejo de letras o firmas se procederá conforme a lo dispuesto en el artículo 880 y tanto en este caso como en cualquier otro para el cual se hayan nombrado peritos que deban examinar y dictaminar sobre la autenticidad de un documento, se pondrán a su disposición todos los antecedentes y medios de examen y comparación que se juzgan necesarios, con la salvedad de documentos que estén en poder de particulares (artículo 883 en concordancia con el artículo 793 del C.J.) .

11.5. Ordenar de oficio la traducción de un documento en lengua que no sea el español. Esta instrucción oficiosa probatoria la observamos en el artículo 878 ibídem al indicar que cuando el juez advierta en el proceso un documento en lengua que no sea el español, ordenará su traducción y a costa del proponente de la prueba.

11.6. Informes. En cuanto a la prueba de informe, ésta consiste en “dar noticia o comunicar algo, lo que significa que la materia sobre la cual recae es conocida por quien lo suministra, por haberle llegado directamente o por encontrarse en documentos que obran en su poder”⁵¹¹. Según nuestro ordenamiento procesal civil, **el juez de oficio** o a solicitud de parte, puede pedir a cualquier oficina pública, entidad estatal o descentralizada o a cualquier banco, empresa aseguradora o de utilidad pública, cualquier elemento que estime procedente incorporar al proceso **para verificar las afirmaciones de las partes**, dicha norma lista a que elementos se refiere.

El juez podrá asimismo solicitar **de oficio** o a petición de parte, informes técnicos o

⁵¹¹ AZULA Camacho, Jaime. Op. cit., p. 381.

científicos a los profesionales o técnicos oficiales o de la Universidad de Panamá y en general a las entidades y oficinas públicas que dispongan de personal especializado, sobre hechos y circunstancias de interés para el proceso. Tales informes deberán ser motivados (artículo 893 del C.J.).

11.7. Incidentes. El Juez podrá ejercer las facultades de decretar la práctica de pruebas de oficio en los incidentes. Estos son cuestiones o controversias accidentales que la ley dispone que se debatan en el curso de los procesos y que requieren de decisión especial (artículo 697 del C.J.). Si lo que se discute en el incidente puede afectar el fondo de la controversia. El Juez podrá ejercer las facultades de decretar la práctica de pruebas de oficio, en el propio incidente o en el momento de fallar el proceso principal, según estime conveniente (artículo 705 del C.J.).

11.8. Declaración de Parte. También existe la posibilidad de decretar pruebas de oficio cuando se trata de la declaración de parte, que no es más que “la solemne y expresa provocación del contrario a responder sobre hechos relativos a la causa”⁵¹² El artículo 906 indica que cuando el juez estime que la prueba que existe en el proceso no sea suficiente o sea contradictoria o que la explicación de las partes pueda aclarar cuestiones dudosas o que dicha explicación sea de importancia en el proceso, debe **decretar prueba de oficio** y practicar el interrogatorio personal de las partes. Podrá hacerlo también cuando lo juzgue necesario o conveniente para aclarar las afirmaciones de las partes.

Indica Fábrega que “en los códigos modernos el Juez está facultado para decretar y practicar oficiosamente el interrogatorio respecto de cualquiera de las partes. Este interrogatorio se lleva a cabo cuando el Juez, al momento de decidir la controversia, desee verificar las afirmaciones de las partes en el proceso o las pruebas que obren en

⁵¹² CHIOVENDA, Giuseppe (2001). Op. cit., p. 506.

autos o en un incidente o excepciones. Cuando el Juez estime que el hecho es conocido por las dos partes interrogará a ambas. ... Consideramos que debe permitirse que la propia parte declare mediante su propia iniciativa y no sólo (sic) cuando lo requiera la parte contraria. Nadie mejor familiarizado con los hechos que la propia parte y si bien es cierto que tiene interés en la causa, no menos cierto es que el Juez tiene facultad, en ejercicio de la sana crítica, de valorar dicho interés”⁵¹³.

11.9. Testimonios. Disponer de oficio que determinadas personas sean llamadas a declarar, se repita o amplíe la declaración de los ya interrogados. El testimonio es un “medio de prueba que consiste en relato que un tercero le hace al juez sobre el conocimiento que tiene de hechos en general⁵¹⁴; y que para esa persona constituye dicho llamado una obligación que debe realizar bajo el juramento de no faltar a la verdad. Es así que si alguno de los testigos hace referencia a otras personas en cuanto al conocimiento de los hechos, **el juez puede disponer de oficio** que sean llamadas a declarar. Éste también puede disponer que sean oídos los testigos que fueren eliminados por excesivos o que se repita el examen de los ya interrogados o que se cite a cualquier persona cuyo nombre aparece mencionado en el proceso, a fin de aclarar sus testimonios, rectificar irregularidades o deficiencias en que se hubiere incurrido para ampliar una declaración ya prestada, verificar las afirmaciones de las partes o pruebas que obren en el proceso (artículo 914 ibídem).

11.10. Careos. Respecto a los careos, el artículo 953 de la misma excerta legal establece que los testigos cuyas declaraciones sean contradictorias, podrán ser **careados entre sí a juicio del juez**. El juez dispondrá la forma de practicar esta diligencia.

11.11. Inspección Judicial y Reconstrucciones. Otro poder oficioso del juez en materia probatoria, se enmarca en la inspección judicial y reconstrucciones. La

⁵¹³ FÁBREGA Ponce, Jorge (2004).Op. cit., p. 879.

⁵¹⁴ PARRA Quijano, Jairo (2011). Op. cit., p. 267.

inspección judicial puede definirse como “una actuación procesal que realiza el funcionario, mediante el examen y observación, por sus propios sentidos, de hechos que interesan al proceso”⁵¹⁵. La diligencia de inspección judicial puede practicarse a solicitud de parte o de oficio. El **juez puede ordenar se verifiquen inspecciones o reconocimientos de lugares, cosas, documentos, bienes muebles o inmuebles, semovientes o de personas** (artículo 954 del Código Judicial).

Indica Parra Quijano que “(...) esa inspección judicial, practicada por un tercero, será valorada por el juez de conformidad con las reglas de la sana crítica; obviamente manteniendo siempre sus poderes oficiosos en materia probatoria”⁵¹⁶.

Existe la prueba oficiosa en la prueba de reconstrucción de los hechos, la cual **puede decretarse de oficio** o a solicitud de parte y con arreglo a las disposiciones que la regulan para que se practique aislada o conjuntamente con la inspección judicial, la reconstrucción de un hecho para establecer si pudo realizarse o se realizó de determinado modo. De la misma forma podrá ordenarse que se hagan planos, calcos, reproducciones o copias fotográficas de un lugar u objeto de interés para el proceso, utilizando los medios técnicos de captación de imágenes y sonidos. En el curso de la inspección judicial podrá recibirse, **de oficio** o a solicitud de parte, declaración de testigos o de parte, si ello fuere necesario para esclarecer los puntos objeto de la diligencia (artículo 960 del C.J.).

11.12. Prueba Pericial. En lo que respecta a la prueba pericial, nos enseña Chiovenda⁵¹⁷ que cuanto más técnica sea la cuestión de hecho sometida al juez, tanto mayor será la utilidad de la prueba pericial. Los peritos son personas llamadas a exponer al juez no solo las observaciones de sus sentidos y sus impresiones personales acerca de

⁵¹⁵ AZULA Camacho, Jaime (2015). Op. cit., p. 334.

⁵¹⁶ PARRA Quijano, Jairo (2011). Op. cit., p. 12.

⁵¹⁷ CHIOVENDA, Giuseppe (2001).Op. cit., p. 516.

los hechos observados, sino también las inducciones que deban sacarse objetivamente de los hechos observados y de aquellos que se les den por existentes; por lo que deben contar con determinados conocimientos. **El juez aunque no lo pidan las partes**, puede hacerse asistir por uno o más peritos cuando no esté en condiciones de apreciar por sí mismo los puntos de la diligencia, cuestión, acto o litigio (artículo 966 del C.J.). En este mismo orden, el artículo 976 *ibídem*, señala que “En los casos en que se **ordene de oficio la práctica de una prueba pericial**, el Juez formulará en el mismo auto el cuestionario que deba ser absuelto por el perito”.

En cuanto a la prueba pericial Parra Quijano señala que “debe desde ahora anotarse, que de ninguna manera estos informes vinculan al juez, quien debe valorarlos de conformidad con los criterios que se explicarán en la prueba pericial y eventualmente, decretar el juez uno de oficio si el informe presentado no lo convence, de conformidad con la valoración que haga. No puede haber pacto de las partes que obligue al juez a darse por convencido frente al aporte de un informe”⁵¹⁸.

11.13. Dictámenes especiales. En nuestro ordenamiento procesal civil, también procede de oficio pruebas que requieren dictámenes especiales, así lo prevé el artículo 981 del Código Judicial, al señalar que “**De oficio** o a petición de parte, el juez podrá ordenar:

1. Ejecución de planos, reproducciones fotográficas, cinematográficas u otras de carácter técnico o científico, de objetos, documentos o lugares, con empleo de medios o instrumentos mecánicos;
 2. Los exámenes científicos necesarios para verificar las afirmaciones de las partes o la verdad material.
- Cuando se trate de examen hematológico, bacteriológico o examen de identificación personal mediante el A.D.N., o de naturaleza análoga, sobre la persona, su práctica será obligatoria respetando siempre su dignidad e integridad.

⁵¹⁸ PARRA Quijano, Jairo (2011). Op. cit., p. 11.

En estos casos, el juez pedirá al perito que efectúe la extracción, la examine y presente un informe sobre los resultados, así como una conclusión.

El informe debe indicar si la identidad de la persona cuya sangre ha sido examinada, fue debidamente verificada e indicar el tipo de método utilizado para llevar a cabo el examen;

3. La reconstrucción de hechos, para comprobar si se han producido o pudieren realizarse de una manera determinada. A estos efectos, podrá disponer que comparezcan los peritos y testigos;

4. La entrega de informes o dictámenes, a corporaciones, academias, institutos, colegios, cámaras, laboratorios o entidades públicas o privadas, de carácter científico, técnico o artístico, cuando el asunto requiere operaciones o conocimiento de alta especialización.

A pedido de las entidades privadas, se fijará la retribución que les corresponda percibir. Si el juez estima conveniente, ordenará a la parte o a las partes que deben correr con dicha retribución, que las consignen en el tribunal por adelantado”.

11.14. En la liquidación de condena en abstracto, el **juez decretará prueba de oficio** cuando aplicando los principios de la lógica y de la experiencia, encuentra que la liquidación presentada o las pruebas aportadas, no reflejen fielmente la realidad, aun en los casos en que la liquidación no haya sido objetada (artículo 996 del C.J.).

Mediante sentencia proferida por la Sala Primera de lo Civil, de la Corte Suprema de Justicia⁵¹⁹, en un Proceso Ordinario de Mayor Cuantía en estado de liquidación de condena en abstracto, consideró que el Tribunal de Segunda Instancia violó la regla de procedimiento que ordena al juez la obligación de decretar pruebas de oficio cuando aplicando los principios de la lógica y la experiencia encuentre que a liquidación presentada o las pruebas aportadas no reflejan la realidad de los hechos de la liquidación (artículo 996 del Código Judicial), al no decretar pruebas de oficio, a fin de determinar si la liquidación presentada corresponde a la realidad de su derecho material. Por lo tanto, en dicho proceso Casa la resolución dictada por el tribunal ad quem y señaló que lo que corresponde en derecho es decretar pruebas de oficio.

⁵¹⁹ Sentencia de 22 de agosto de 2014, dictada por la Sala Primera de lo Civil de la de la Corte Suprema de Justicia de Panamá. Magistrado Ponente: Harley J. Mitchell D.

Fundamenta su decisión en el artículo 199 (recientemente derogado por la Ley 53 de 2015 que regula la Carrera Judicial), artículo 469 y 996 del Código Judicial.

11.15. El juez podrá hacer las averiguaciones que desee para verificar la existencia o contenido de: toda ley, decreto ley, decreto de gabinete, acuerdo, ordenanza, reglamento, resolución, dictamen, informe, fallo, documento o acto de cualquier género, emanado de alguna autoridad o funcionario de cualquier Órgano del Estado o de un municipio de cualquier entidad autónoma, semiautónoma o descentralizada y publicado en los Anales del Órgano Legislativo, en la Gaceta Oficial, en el Registro Judicial, en el Registro de la Propiedad Industrial, en cualquier recopilación o edición de carácter oficial o de la Universidad Nacional. Si bien estos documentos hacen plena prueba en cuanto a la existencia y contenido del documento y se presume que los jueces tienen conocimiento de los actos o documentos oficiales así publicados y valdrán en demandas, peticiones, alegatos y otras afirmaciones de las partes, sin necesidad de que consten en el proceso, **el juez podrá hacer las averiguaciones que desee para verificar la existencia o contenido de tales actos.** Las partes podrán, no obstante, aportar el respectivo documento o acto, si así lo desearan. Exceptuase el caso en que el acto en cuestión sea objeto de la demanda, en el cual se aportará conforme a las normas comunes (Artículo 786 del Código Judicial).

11.16. Procesos Ordinarios de Menor Cuantía. En cuanto a los Procesos Ordinarios de menor cuantía, por valores que exceden de doscientos cincuenta balboas sin pasar de mil balboas, el artículo 1235 del Código Judicial, establece que en los procesos ordinarios cuya cuantía exceda de doscientos cincuenta balboas (B/.250.00) y no sea superior a mil balboas (B/.1,000.00), el tribunal hará comparecer a las partes, oír sus razones y procurará avenirlas amigablemente. Si no lo consigue, examinará los testigos y los documentos que las partes presenten y escuchará sus alegaciones sucintas. Seguidamente, el juez en la misma audiencia decidirá lo que corresponda y la decisión se

notificará a las partes, **sin perjuicio de ejercer la potestad que le confiere el artículo 793 de este Código**. Si el juez lo estima necesario, decretará un receso por dos días para preparar la resolución que corresponda, en cuyo caso procederá su notificación por edicto.

11.17. Procesos Sumarios. En las normas generales del proceso sumario también se consagra la potestad del juez de decretar pruebas de oficio, el numeral 7 del artículo 1346 *ibídem* expresa que el juez tiene seis días para fallar, pero antes de hacerlo **deberá decretar de oficio las pruebas que estime necesarias o convenientes para verificar las afirmaciones de las partes o aclarar dudas**.

11.18. Procesos No Contenciosos. Igualmente, en las normas generales de los procesos no contenciosos, nuestro Código Judicial, contempla amplios poderes oficiosos al juez, así el numeral 10 del artículo 1423 *ibídem*, indica que el juez tiene amplias facultades de dirección del proceso y no está obligado por los hechos alegados por las partes. Debe tomar en cuenta todas las circunstancias esenciales de hecho para la decisión y **debe asimismo practicar cualquier diligencia que estime conveniente o aconsejable**. Cuando por razón de su cargo tenga conocimiento de hechos de interés para el proceso, **podrá ordenar la práctica de las pruebas que estime convenientes**.

11.19. En los Procesos de Deslinde y Amojonamiento, el juez de oficio puede disponer se reciban declaraciones a los interesados en el mismo (artículo 1474 del C.J.).

11.20. En las excepciones en los Procesos Ejecutivos también se contempla la prueba de oficio, una vez concluido el término para alegar el **juez decretará pruebas de oficio, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 793** (artículo 1688 del C.J.).

11.21. Todos los Procesos Civiles. El juez puede hacer uso de la prueba oficiosa en

todos los procesos civiles, por cuanto se trata de una norma general en materia de pruebas aplicable en todos los procedimientos.

11.22. Jurisdicciones Especiales. Es pertinente señalar que en nuestro país, en las jurisdicciones: niñez y adolescencia, familia, laboral y protección al consumidor, se consagra la práctica de pruebas de oficio y al igual que en el proceso civil, la prueba de oficio está limitada a las afirmaciones de las partes. Es así, que en la jurisdicción de Familia y la Jurisdicción de Menores, en las disposiciones generales del procedimiento el artículo 764 del Código de la Familia y del Menor señala que en primera instancia en cualquier estado del proceso o de la actuación, los Jueces podrán ordenar las diligencias que consideren convenientes con prevalencia del interés superior del menor para mejor proveer. Las resoluciones que así dispongan son inapelables. En la segunda instancia, el artículo 786 *ibídem*, establece que el juez decretará pruebas de oficio para esclarecer puntos oscuros o dudosos, las cuales decretará en resolución motivada e inapelable. Por su parte, el artículo 828 *ibídem*, indica que cualquier situación no prevista en este libro, se procederá de conformidad con las disposiciones análogas del Código Judicial que sean congruentes con el Código de la Familia y del Menor.

En la jurisdicción laboral, en el artículo 740 perteneciente al capítulo sobre normas generales establece que:

“Además de las pruebas pedidas, y sin perjuicio de lo dispuesto en otras disposiciones de este Código, el Juez de primera instancia debe ordenar en la audiencia o en el momento de fallar, sin limitación ni restricción alguna, la práctica de todas aquellas que estime procedentes para verificar las afirmaciones de las partes y la autenticidad y exactitud de cualquier documento público o privado en el proceso; y el de segunda instancia, practicará aquellas que sean necesarias para aclarar puntos oscuros o dudosos del proceso.

No obstante, para decretar de oficio la declaración de testigos, será necesario que éstos aparezcan en otras pruebas o en cualquier acto procesal de las partes.

El Juez debe, en cualquier momento, ordenar de oficio la repetición o

perfeccionamiento de cualquier prueba, cuando ha sido mal practicada o sea deficiente.

Los gastos que implique la práctica de estas pruebas serán de cargo de las partes por igual, sin perjuicio de lo que resuelva sobre costas”.

En los procesos comunes en materia laboral, el artículo 969 (primera instancia) y el artículo 973 (segunda instancia) del Código de Trabajo, prescriben también la prueba de oficio, de existir duda razonable y si a prudente arbitrio se consideren necesarias, la cual debe ser decretada en resolución motivada y de carácter irrecurrible.

La Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia de Panamá, al resolver recurso de casación laboral mediante fallo de 21 de abril de 2015, señaló:

“Como vemos, se trata de la norma adjetiva, que permite la prueba de oficio por parte del Tribunal, mediante los denominados autos de mejor proveer, con los que se establece un claro poder de "probar" en haber del operador judicial, a efecto de averiguar la denominada verdad material dentro del proceso. Ha sido configurada a nivel legal con carácter imperativo puesto que la disposición expresa esa competencia como un *deber* del Juzgador. Lo reseñado no es sino producto del rol director que asiste al Tribunal y no de mero espectador dentro del proceso. (Cfr. Sentencia de 9 de septiembre de 2004)

Sin embargo, esta norma ha sido calificada por la jurisprudencia en otras ocasiones, como norma adjetiva o de procedimiento, la cual tiene como objetivo principal el recabar pruebas para aclararle dudas al Tribunal de conocimiento, siendo una potestad privativa del juzgador, si a su criterio, encuentra que no cuenta con los elementos probatorios suficientes al momento de tomar una decisión; por lo que la misma no puede ser objeto de confrontación por este medio extraordinario.

Es propicio señalar que la misma, pese a establecer la prueba oficiosa como un deber del juzgador en determinados casos, no puede ser utilizada de manera antojadiza o indiscriminada, pues el tribunal siempre debe garantizar el equilibrio desde su posición de tercero imparcial, y esa responsabilidad de prueba oficiosa debe ejercerse de manera razonable, sin suplir las omisiones o deficiencias injustificadas de alguna de las partes, aún cuando ésta sea la más débil en el proceso, como es el caso

del trabajador.

Es el caso que durante la audiencia oral celebrada el día 10 de diciembre de 2012, acto en el cual las partes tenían la oportunidad de presentar sus pruebas y hacer las solicitudes que estimasen convenientes para la mejor defensa de sus intereses, la parte demandante no se presentó, pese a encontrarse debidamente notificada por el Tribunal, con lo cual le quedó vedada esa posibilidad probatoria, que ahora pretende que sea suplida por el Tribunal en un acto que, de concederse, podría ser catalogado como contrario a la lealtad y probidad procesal.

Lo cierto es que, aún cuando se trate de un deber, la facultad oficiosa que tiene el tribunal conforme al artículo 969 del Código de Trabajo, no puede ser utilizada al libre arbitrio del juez en apoyo de una parte que no cumplió con su deber procesal de probar, y desmedro de otra que sí se presentó al acto de audiencia para enfrentar la demanda en su contra. Hacerlo así sería un revés al principio de tutela judicial efectiva que exige de tribunales y jueces imparciales en sus causas y de igualdad procesal en todo momento. Incluso, el proceso laboral cuenta con algunos mecanismos para procurar esa igualdad procesal entre el trabajador y su empleador, mediante el establecimiento de presunciones *iuris tantum*, a favor del trabajador como parte más débil en la relación laboral.

Por ende, mal podría requerirse la aplicación de esta norma, cuando se trata de una exigencia que surge en virtud de la negligencia de la propia parte que no aprovechó su momento procesal para presentar o solicitar las pruebas que eran necesarias para la afirmación de los hechos que demandaba.

Lo expuesto es a manera de reflexión, pues reiteramos, la norma invocada no puede ser objeto de análisis a través de este recurso extraordinario⁵²⁰.

En lo que respecta a los procesos de protección al consumidor, el juez en la misma audiencia ordinaria, dictará sentencia con fundamento en las pruebas que se hubieren aducido o acompañado a la demanda y a la contestación y en las que el tribunal de oficio considere agregar, para verificar las afirmaciones de las partes.

⁵²⁰ Sentencia de 21 de abril de 2015, Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia de Panamá, Magistrado Ponente: Abel Augusto Zamorano.

Igualmente, el numeral 5 del artículo 128 de la Ley No. 45 de 31 de octubre de 2007, “Que dicta normas sobre protección al consumidor y defensa de la competencia y otra disposición”, señala que “El juez podrá decretar pruebas de oficio y, en todos los casos, deberá citar a las partes para que fiscalicen en contradictorio, de acuerdo con las normas del Código Judicial”, es decir, que en esta jurisdicción especial se aplica el artículo 793 del Código Judicial como norma supletoria, así lo dispone el artículo 191 de la misma Ley, al indicar que sin perjuicio de las disposiciones contenidas en leyes especiales, igualmente le son aplicables a la presente Ley las normas del Código Judicial siempre que se refieran a materia no regulada en ella. Observemos que el juez al hacer uso de la prueba de oficio debe emitir una resolución y citar a las partes dando cumplimiento al contradictorio, además la norma remite al artículo 793 del Código de procedimiento civil, es decir, que dicha prueba debe ser decretada en los términos que estipula dicha norma, y en el Proceso Civil la resolución que decreta prueba oficiosa es notificada por edicto.

Aspectos en los cuales coinciden estos procesos especiales: 1. Al tratarse de Procesos Especiales su regulación contiene normas supletorias que los remite al artículo 793 del Código Judicial, con excepción del Código de Trabajo que consagra dicho poder probatorio oficioso en su propia normativa y el numeral 4 y 5 del artículo 128 de la Ley Ley No. 45 de 2007; 2. La protección constitucional y legal que tienen los trabajadores, consumidores y el interés superior de los menores. Y en el proceso civil se decreta en atención al interés superior y prevalente como lo es la justicia. 3. La resolución que dispone de la práctica de prueba de oficio debe ser motivada y es irrecurrible. 4. Podrá decretarse pruebas de oficio para la verificación de las afirmaciones de las partes, aclarar puntos oscuros o dudosos en el proceso, repetición o perfeccionamiento de cualquier prueba, cuando ha sido mal practicada o sea deficiente. 5. La resolución que dispone la prueba de oficio es notificada a las partes mediante edicto.

En todas las posibilidades aquí desarrolladas y en las que es permitido el decreto de pruebas de oficio, se garantiza el debido proceso, ya que la resolución a través de la cual se dispone la misma es notificada a las partes, cumpliendo con el principio de publicidad, el contradictorio y la motivación.

En este último apartado del capítulo tercero, hemos listado y desarrollado las situaciones en que es posible el decreto de pruebas de oficio y que se encuentran reguladas de manera expresa por el Código Judicial, sin entrar a profundizar sobre cada medio de prueba o proceso en especial.

Finalmente, establecida la funcionalidad, finalidad, límites de la prueba de oficio y los casos especiales en los que es aplicable, expondremos en el capítulo cuarto las consecuencias procesales de la inaplicación de la misma en los supuestos de procedencia.

**CAPÍTULO IV. CONSECUENCIAS PROCESALES DE LA INAPLICACIÓN EN
LA PRÁCTICA DE LA PRUEBA DE OFICIO EN LOS SUPUESTOS DE
PROCEDENCIA.**

1- Prueba de oficio.

El estudio de la figura de la prueba de oficio es amplio, complicado y complejo; es por ello que en esta investigación quizás no se logre abarcar todo. En nuestro ordenamiento procesal civil la prueba de oficio implica el deber de verificación, aclaración, de repetición o perfeccionamiento de cualquier prueba, siempre que esta haya sido mal practicada o resulte defectuosa (artículo 793 del C.J.), pero dicha prueba debe surgir de los antecedentes que consten en auto, es decir, que debe surgir de las pruebas que han sido aducidas o presentadas por las partes, admitida y ordenada su práctica por el tribunal.

Afirma Taruffo, que “la presencia de amplios poderes de instrucción del juez no afecta de ningún modo la vigencia del principio dispositivo ni la efectividad de la garantía del derecho a la prueba y del principio del contradictorio. En realidad, la existencia de poderes probatorios del juez no entra en conflicto con los derechos de las partes, sino con otra cosa, esto es, con el monopolio exclusivo de las partes sobre las iniciativas probatorias. Por otra parte, este monopolio no está establecido por ningún principio general del proceso, ni es objeto de ninguna garantía constitucional. Se trata solamente de un aspecto de una ideología específica del proceso que tuvo gran difusión en Europa en el siglo XIX, pero que, por diversas razones, ha sido superada por la historia y parece difícilmente recuperable en el ámbito de la justicia civil moderna”⁵²¹.

Expuestas estas breves consideraciones sobre la prueba de oficio, desarrollaremos algunas reflexiones críticas en la doctrina sobre la iniciativa probatoria oficiosa del juez, y además diferentes criterios doctrinales a favor de la prueba oficiosa.

2- Reflexiones críticas en la doctrina sobre la iniciativa probatoria

⁵²¹ TARUFFO, Michele. *Simplemente la Verdad*. Editorial Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 203.

oficiosa del juez.

Existe consenso en la doctrina sobre algunos aspectos procesales del proceso civil. Sin embargo, respecto a la función probatoria oficiosa del juez, algunos autores se encuentran en desacuerdo con esta facultad oficiosa de los Magistrados y Jueces.

Autores como Franco Cipriani y Girolamo Monteleone (italianos), Adolfo Alvarado Velloso y Omar Abel Benabentos (argentinos), entre otros, se encuentran en desacuerdo con los amplios poderes probatorios del juez.

Franco Cipriani⁵²² manifiesta que ha luchado por un nuevo Código Procesal Civil, que prescinda de las ideas publicistas y este en línea con los valores de la Constitución republicana y que pretende encontrar el equilibrio entre eficiencia y garantías; que su batalla por la reforma del proceso civil italiano tiende a racionalizar lo existente.

El italiano Girolamo Monteleone mantiene una postura frente a la **imparcialidad** y la prueba de oficio, señala que “La parte, en efecto, actúa y se defiende en juicio frente al adversario, no del juez, por lo que cuando entra en el ruedo, introduciendo a su discreción pruebas sobre hechos deducidos en la litis, altera profundamente el contradictorio y pierde su calidad más esencial y genética de tercero imparcial. De tal modo, no sólo (sic) se corrompe irremediabilmente la jurisdicción y el proceso, sino que se abre el camino a la arbitrariedad y a la injusticia”⁵²³.

Por su parte, el autor argentino, Adolfo Alvarado Velloso, al hacer referencia al principio de **imparcialidad** del juzgador dice: “... que el tercero que actúa en calidad de

⁵²² CIPRIANI, Franco. El Proceso Civil entre viejas Ideologías y nuevos Eslóganes, de libro: Op cit. MONTERO AROCA, Juan (coordinador) y Otros, p.94 y 95.

⁵²³ MONTELEONE, Girolamo. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, año V-No. 7, Buenos Aires, 2005, página 240.

autoridad para procesar y sentenciar el litigio debe ostentar claramente ese carácter; para ello, no ha de estar situado en la posición de parte (imparcialidad), ya que nadie puede ser actor o acusador y juez al mismo tiempo; debe carecer de todo interés subjetivo en la solución del litigio (imparcialidad) y debe poder actuar sin subordinación jerárquica ante las dos partes (independencia)⁵²⁴. Señala, además, que la iniciativa probatoria del juez rompe el principio de la carga de la prueba, pues el juez al emitir su fallo debe cumplir con la aplicación de las **reglas de la carga de la prueba**.

Omar Abel Benabentos, afirma que “un modo de cerrar nuestras conclusiones sobre los poderes probatorios de los jueces es abordar el tema de las medidas para mejor proveer, por ser expresivas de una gruesa antinomia: en tanto que constitucionalmente a lo largo y ancho de América Latina se robustece cada vez más la figura del juez auténticamente imparcial (potenciada por las prescripciones contenidas en las normas fundamentales de los distintos Estados y por los pactos supranacionales que ponen énfasis en este aspecto). Por otra parte, en abierta contradicción los códigos procesales civiles admiten complacientemente y sin ningún condicionamiento (y allí está el quid de la cuestión) la entronización normativa de las pruebas de oficio y de las llamadas medidas de mejor proveer, o para mejor sentenciar, como otros la denominan, la alteración de las reglas de la carga de la prueba, la supresión del contradictorio, provocando el fenómeno de que normas procesales de inferior jerarquía jurídica, al conceder este rosario de facultades, generen un alzamiento contra las prescripciones constitucionales del juez imparcial y la debida igualdad de las partes en el proceso”⁵²⁵.

Los citados autores consideran que el proceso está regulado conforme al principio de contradicción y se fundamenta en la verdad de cada una de las partes y en la existencia de un juez imparcial, quien no es un investigador de los hechos existentes,

⁵²⁴ ALVARADO Velloso, Adolfo. Op. cit., p.146.

⁵²⁵ BENABENTOS, Omar Abel. Teoría General Unitaria del Derecho Procesal, segunda edición, editorial Temis, Bogotá, 2001, p. 89.

sino que simplemente verifica los hechos afirmados por las partes, con los medios probatorios que proponen y respetando las reglas del procedimiento que se constituyen en garantías para las partes. Sostienen que el proceso civil se rige por el principio dispositivo, en el cual corresponde a las partes la carga de la prueba asignada por la ley, sin poder el juez realizar en forma alguna la función probatoria propia de las partes.

3- Doctrina procesal a favor de la Prueba Oficiosa.

Autores como Michelle Taruffo (italiano), Hernando Devis Echandía (colombiano), Jairo Parra Quijano (colombiano), Carlos Alberto Oliver Galé (colombiano), Joan Pico I Junoy (español), Augusto Mario Morello (argentino), Juan Manuel Converset (argentino), Eugenia Ariano Deho (peruana), Jorge Fábrega (panameño), entre otros, se muestran a favor de la facultad probatoria oficiosa del juez en el proceso civil, y fundamentan su criterio al establecer que la prueba de oficio atiende a los fines del Estado como lo es la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo, ya que el fin del proceso civil es el establecimiento de la verdad de los hechos; para alcanzar ese objetivo del Estado se le exige al Juez el ejercicio de uno de sus poderes orientados a la verificación de esa verdad; no debe el juez permanecer como un simple espectador del debate y es precisamente en este sentido que se atenúa el principio dispositivo adoptado en el proceso civil en atención al interés público de la justicia.

Afirma Eugenia Ariano Deho⁵²⁶ (peruana) que la única limitación del juez es no modificar el objeto del proceso y que las facultades en orden a la introducción y prueba de hechos no supone la pérdida de la imparcialidad. Solo queda preservada la imparcialidad del juzgador si éste asume una posición impasible y alejada del objeto del proceso, del que pudiera terminar siendo mero ordenador procedimental.

⁵²⁶ ARMENTA Deu, Teresa. Principio Acusatorio y Derecho Penal, J.M. Bosch editor, S.A., Barcelona, 1995, p. 50 y 51.

Taruffo⁵²⁷, señala que es obvio que el juez disponga de poderes de instrucción autónomos, ya que carecería de sentido que el juez, quien es llamado a descubrir la verdad de un hecho este limitado a utilizar todos los medios de que dispone para obtener y seleccionar las informaciones necesarias para obtener la verdad y que el proceso concluya con una decisión verdadera. Indica además que las interferencias de las opciones ideológicas están relacionadas con las concepciones sobre el proceso y sus finalidades, entre éstas que el proceso civil es un asunto privado entre las partes y que, por consiguiente, éste no está de ningún modo dirigido a la búsqueda de la verdad (el juez debe tener un rol pasivo), ideología que ha sido desechada por la mayoría de las legislaciones procesales modernas. Otra ideología es la que se refiere a que el juez al disponer de la prueba de oficio, manifiesta parcialidad en favor de una parte, lo cual no puede ser cierto y sustenta su criterio señalando como ejemplo un historiador que decidiera estudiar ciertos documentos o que un biólogo que decidiera realizar cierto experimento perderían, por esta única razón, su equilibrio mental y dejarían de estar en condiciones de valorar objetivamente los resultados de sus investigaciones. Si, como parece evidente, esto no es así; entonces no se entiende por qué razón un juez que dispusiera la exhibición de un documento, o el examen de un testigo, por esa misma razón dejaría de estar en condiciones de interpretar correctamente el contenido de ese documento o de valorar racionalmente la credibilidad de ese testigo.

De acuerdo a Devis Echandía⁵²⁸, la facultad probatoria oficiosa es el fundamento de la prueba y del proceso. Indica además que es un deber del juzgador ejercitarla cuando lo considere necesario para verificar los hechos alegados por las partes, sólo (sic) así se garantiza la igualdad de las partes. Afirma que la prueba de oficio no supone imparcialidad, ya que el resultado del proceso civil tiene un interés público.

Sobre el asunto, afirma Jairo Parra Quijano que, “El poder-deber de decretar

⁵²⁷ TARUFFO, Michele (2010). Op. cit., p. 196 a 203.

⁵²⁸ DEVIS Echandía, Hernando (1988). Op. cit., p. 28 y 39.

pruebas de oficio, para averiguar la verdad de los hechos controvertidos, si bien es una ideología, ha surgido de la necesidad, como ya se dijo, de poder mostrar a la población algún criterio atendible sobre el cual se pueda afirmar que la decisión es justa, y uno de esos ingredientes es que se construya sobre la verdad”⁵²⁹. Este autor también es del criterio que “el juez debe ser parcial en la búsqueda de la verdad y, con este proceder se hace imparcial con las partes. El sofisma de distracción, esgrimido por muchos autores, de que con las facultades oficiosas del juez se rompe el principio de imparcialidad, es fácilmente refutable, ya que si el juez busca la verdad, obtiene la imparcialidad frente a las partes, cosa que no logra cuando, como una especie de títere, se mueve de acuerdo con la conveniencia o intereses de éstas”⁵³⁰.

Por su parte, el doctor Jorge Fábrega Ponce, manifestó: “Existe cierta tendencia doctrinal, cuyos extremos sostienen de que las facultades oficiosas en materia probatoria otorgada a los jueces generan un desequilibrio y constituyen una violación al principio garantista. Consideramos que tal criterio no se justifica y que todos los países con modernos sistemas procesales, consagran el sistema de pruebas oficiosas con base en que no vulneran el debido proceso, ya que por ministerio de las respectivas leyes, esas pruebas se practican en contradictorio y responden a un interés superior cual es el de comprobar las afirmaciones de las partes por un organismo sin interés personal en el proceso”⁵³¹.

Oliver Galé, nos dice que, “se justifica la prueba de oficio en la medida en que el destinatario de esta no son las partes del proceso, sino los jueces, a quien el legislador le atribuye una competencia que pueden ejercer para un mejor desarrollo del enjuiciamiento de los hechos, no para investigarlos, sino para comprobar su veracidad. A

⁵²⁹ PARRA Quijano, Jairo. (2004). Op. cit., p. 1.

⁵³⁰ PARRA Quijano, Jairo (2011). Op. cit., p. 150.

⁵³¹ FÁBREGA Ponce, Jorge. Teoría General de la Prueba, tercera edición, Editorial Jurídica Iberoamericana, S.A., Panamá, 2006, p. 182.

su vez, la utilización del poder de verificación por parte del Estado, constituye un verdadero derecho de éste para tratar de garantizar una paz social, que va inmersa en los fines estatales, independientemente de si obtiene un resultado positivo en la consecución de tal fin⁵³². Afirma este autor⁵³³ que los autores garantistas o revisionistas aportan cada vez más argumentos que sustentan la necesidad de la prueba de oficio en el proceso.

Joan Pico I Junoy, en su artículo “El Derecho Procesal entre el Garantismo y la Eficacia: Un Debate Mal Planteado”, mantiene una posición intermedia pero se inclina por una iniciativa probatoria del juez con los límites que desarrolla en su estudio. Indicó: “La postura radical de la doctrina “revisionista”, negando todo tipo de iniciativa material del juez, supone restar eficacia al proceso como instrumento del Estado para la justa tutela de los intereses litigiosos”⁵³⁴. Afirma este autor que cuando el órgano jurisdiccional decide llevar a cabo la actividad probatoria, no se decanta a favor o en contra de una de las partes, infringiendo de esta manera su deber de imparcialidad, pues antes de la práctica de la prueba no sabe a quién puede beneficiar o perjudicar, sino que su único objetivo es poder cumplir eficazmente la función de tutela judicial que la Constitución le asigna.

Enseña Morello que “de un juez activo y no sólo (sic) en la primera instancia, pues ello también pasa como deber de los cuerpos colegiados intermedios y aún de la propia C. Suprema no neutral en los poderes de esclarecimiento y en la búsqueda de la verdad objetiva, que debe recabar al máximo (hasta donde pueda sin colisionar con otros valores superiores) las cargas de parte y su cooperación funcional para el resultado de la justicia; de ello depende el fin valioso de la jurisdicción. Que no puede quedar

⁵³² OLIVER Galé, Carlos Alberto. Op. cit., p. 32.

⁵³³ *Ibidem*, p. 82.

⁵³⁴ PICÓ I JUNOY, Joan. El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: Un debate mal planteado, del libro: Op cit., Montero Aroca, Juan (coordinador entre doce autores y otros), p. 126.

conformada negativamente con una producción formalmente impecable pero intrínsecamente divorciada de las circunstancias que tienen que comprobarse en la causa para que el derecho que las rija se acompañe con el norte de la misión judicial, que es hacer justicia, según la sabia y vigente lección de nuestro más Alto Tribunal.

Señala el autor Argentino Juan Manuel Converset, que “es hasta cierto punto ilógico que el Juez carezca del poder indispensable para guiar hacia la verdad cualquier hecho en el que él haya percibido la necesidad de una prueba más adecuada. La sentencia debe ser siempre la expresión de la verdad y de la justicia; si la primera no se ha esclarecido en el juicio, fatalmente la sentencia será injusta. Cuando el Juez dispone hacer uso de aquellos deberes, buscando algún medio de información para completar su conocimiento sobre los hechos de la causa, lo ideal es que éste desconozca incluso a la parte a quién va a beneficiar a través de su actividad. Ahora bien, si los hechos aducidos por las partes no logran la convicción del juez, éste puede de oficio ordenar algún medio probatorio. Para ello, sin embargo, es menester que haya en los autos algún antecedente, alguna presunción de verdad en favor del hecho que debe ser establecido, alguna prueba, aunque insuficiente que sirva en el sentido indicado. Así, podemos decir que una de las más grandes excepciones a la pasividad del Juez se encuentra consagrada en la institución de las medidas para mejor proveer o iniciativa probatoria del juez. Esta iniciativa probatoria constituye una intervención de oficio del órgano jurisdiccional, prevista por la ley para los casos en que la prueba rendida por la iniciativa de los litigantes sea, en concepto del Juez, insuficiente o deficiente, en su conjunto, o en relación con un medio de prueba determinado. ¿No le señala la norma –al Juez– con enfática y precisa traducción semántica que debe "ordenar las diligencias necesarias para esclarecer la verdad" y acaso el exacto verbo "ESCLARECER" no significa "poner en claro, iluminar, dilucidar una cosa (los hechos)? Por ello, el juez debe disponer las diligencias razonables y necesarias para poner en claro "la verdad" de los hechos

controvertidos, respetando, obviamente, el derecho de defensa de las partes”⁵³⁵.

En nuestro ordenamiento jurídico procesal civil, el juez es el director del proceso, impera el principio dispositivo con rasgos esenciales del principio inquisitivo, tal como, la función probatoria oficiosa del juzgador. El fundamento de la prueba de oficio en el derecho procesal moderno, se refiere a su utilización para practicar las diligencias necesarias por motivo de orden público, para el mejor esclarecimiento de los hechos antes de decidir una causa. Se requiere de la existencia de un juez activo para lograr la tutela judicial efectiva, conforme en la búsqueda de la verdad material y así proferir una resolución justa.

Destaca el Doctor Jorge Fábrega, “... cabe agregar la experiencia del derecho comparado: ningún informe recibido de otros países (Italia, Brasil, Argentina, México, Colombia, Uruguay, etc.), ha revelado la necesidad de suprimir las facultades oficiosas. Ni la experiencia nuestra en materia civil, laboral o en materia marítima ha revelado abuso de las facultades por los Jueces. (Más bien el problema ha sido que el Juez no utiliza dichos poderes)”⁵³⁶. Coincidimos con el Doctor Jorge Fábrega, en el sentido de que el problema radica en que el juez no hace uso de dichas facultades probatorias oficiosas.

De acuerdo con Taruffo “el problema de los poderes de instrucción del juez se puede sintetizar entonces en estos términos: la atribución de estos poderes y su efectivo ejercicio con riguroso respeto, naturalmente, a los derechos procesales de las partes, corresponde a una necesidad epistémica, tratándose de instrumentos dirigidos a obtener el fin de la determinación de la verdad. Viceversa, la oposición a un rol activo

⁵³⁵ CONVERSE, Juan Manuel. Los Poderes del Juez en el Proceso Civil, La Razón/ La Gaceta Jurídica. Abogado y profesor Argentino, 08 de mayo de 2012 de <http://www.la-razon.com>.

⁵³⁶ FÁBREGA Ponce, Jorge (2006) Op. cit., p. 223.

del juez en la adquisición de las pruebas parece motivada exclusivamente por opciones ideológicas: estas opciones, aparte de resultar histórica y políticamente infundadas, se configuran en términos claramente anti epistémicos”⁵³⁷.

El proceso civil en un sistema democrático de derecho, si bien los hechos sobre los cuales se fundamenta la decisión judicial deben estar demostrados con pruebas aportadas al proceso por las partes, como actos fundamentales de las mismas, esto no impide que el juez haga uso de las medidas excepcionales que prevé la Ley, como la prueba de oficio, para una justa aplicación de justicia. La no utilización por parte del juez, del deber probatorio oficioso, trae como consecuencia una impartición de justicia injusta.

Expuestas las reflexiones críticas y a favor de la prueba de oficio, pasamos a estudiar la figura jurídica procesal de la prueba oficiosa en el derecho comparado.

4- La Prueba de Oficio en el Derecho Comparado.

El derecho comparado es “la comparación del espíritu o estilo de diferentes sistemas jurídicos, o de instituciones jurídicas comparables, o de soluciones otorgadas a problemas legales comparables en diferentes sistemas jurídicos”; así lo conciben los juristas alemanes Konrad y Hein Kotz, citados por Arturo Hoyos⁵³⁸.

Realizaremos una comparación de algunos ordenamientos jurídicos respecto a la prueba de oficio en el proceso civil. Entre los países a analizar tenemos: Colombia, Costa Rica, Argentina, Uruguay, Ecuador, México, Perú, Chile y España.

⁵³⁷ TARUFFO, Michele (2010). Op. cit., p. 204.

⁵³⁸ HOYOS, Arturo. El Control Judicial y Bloque de Constitucionalidad en Panamá, Revista de Derecho Comparado, p. 790 y 791 de <http://www.biblio.juridicas.unam.mx>.

Al igual que la legislación panameña, el Código Procesal Civil Colombiano permite la facultad probatoria oficiosa y tales pruebas pueden ser decretadas en los términos probatorios de las instancias, de los incidentes y posteriormente antes de fallar. Incluso fuera de estas oportunidades puede el juez fijar una audiencia para tal fin (Artículos. 37.4, 179 y 180 C.P.C.). En casación “antes de dictar la sentencia de instancia, la Sala podrá decretar pruebas de oficio, si lo estima necesario” (Artículo 357 ibídem).

El Código de Procedimiento Civil de Colombia en su Título IV “De los Deberes, Poderes y Responsabilidades de los Jueces Civiles, en su artículo 37 numeral 4 indica que son deberes del juez “4. Emplear los poderes que este Código le concede en materia de pruebas, siempre que lo considere conveniente para verificar los hechos alegados por las partes y evitar nulidades y providencias inhibitorias”.

En este orden, el artículo 179 del mismo Código citado señala: “Las pruebas pueden ser decretadas a petición de parte, o de oficio cuando el magistrado o juez las considere útiles para la verificación de los hechos relacionados con las alegaciones de las partes. Sin embargo, para decretar de oficio la declaración de testigos, será necesario que éstos aparezcan mencionados en otras pruebas o en cualquier acto procesal de las partes. Las providencias que decreten pruebas de oficio no admiten recurso alguno. Los gastos que impliquen su práctica serán de cargo de las partes, por igual, sin perjuicio de lo que se resuelva sobre costas”.

Por su parte, el artículo 180 ibídem establece que: “Podrán decretarse pruebas de oficio, en los términos probatorios de las instancias y de los incidentes y posteriormente antes de fallar. Cuando no sea posible practicar estas pruebas dentro de las oportunidades de que disponen las partes, el juez señalará para tal fin una audiencia o un término que no podrá exceder del que se adiciona, según fuere el caso”.

Pronunciamientos de la jurisprudencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, respecto a la prueba de oficio⁵³⁹. La Corte se refirió inicialmente a dichos poderes oficiosos mediante la sentencia de 7 de septiembre de 1978; para luego hablar del deber poder de decretar pruebas de oficio (sentencia de 12 de septiembre de 1994); igualmente se habló de sistema predominantemente inquisitivo (sentencia de 27 de abril de 1981). Sobre la oportunidad procesal para decretar pruebas de oficio, la Jurisprudencia ha expresado por regla general que no está circunscrito a una sola oportunidad (sentencia de 26 de octubre de 1988). Excepcionalmente, ha reprochado la práctica de pruebas escalonadas, a efecto de evitar que el verdadero móvil de juez sea dilatar el proferimiento de la sentencia (GJ CXCI). Se ha considerado útil la prueba de oficio para la efectividad de la administración de justicia (sentencia de 21 de marzo de 1991); para la validez del proceso, para la eficiencia de los demás medios de prueba; para regularizar o convalidar los demás medios de prueba (casación 7 de septiembre de 1978. La Sala Civil de la Corte, también ha considerado que el juez puede decretar pruebas de oficio respecto a pruebas que las partes pidieron extemporáneamente (12 de febrero de 1977); se ha hablado de pruebas de oficio pertinentes y eficaces (casación de 27 de abril de 1981); igualmente frente a la prueba pericial, puede decretar pruebas de oficio (7 de marzo de 1994); y que omisión de la prueba de oficio puede configurar error de hecho en casación (sentencia de 12 de septiembre de 1994, 4 de marzo de 1988 y 11 de noviembre de 1999); se ha afirmado que el juez que decreta prueba de oficio le incumbe el deber de ejecutarla, adoptando medidas para que todos los intervinientes conozcan su existencia, oportunidad para su práctica (22 de mayo de 1998); se establece que existe nulidad cuando se omite el período necesario para la práctica de la prueba de oficio (22 de mayo de 1998); se ha sostenido que no existe irregularidad cuando el juez no se atiene a la prueba ya practicada a pesar de que las decretadas oficiosamente resultan contrarias a aquellas (10 de diciembre de 1999).

⁵³⁹ OLIVER Galé, Carlos Alberto. Op. cit., p. 150.

Costa Rica también prevé en su ordenamiento la prueba de oficio y permite la prueba de mejor proveer, la cual según la jurisprudencia de dicho país tiende a eliminar la duda del juez cuando la prueba producida por las partes no sea suficientemente clara, y ya el proceso esté en estado de dictar sentencia.

El artículo 316 del Código de Procedimiento Civil de Costa Rica, señala que “Fracasada la conciliación y saneado el proceso, el juez ordenará recibir las pruebas ofrecidas que sean procedentes, y las que de oficio considere necesarias (...)”. Y el artículo 331 *ibídem* se refiere a las pruebas para mejor proveer, así:

“Listo el proceso para la sentencia, y antes de dictarse ésta, los tribunales podrán acordar, para mejor proveer, la práctica de cualquier medio probatorio de los previstos en este Código, o la ampliación de los recibidos; también podrán tener a la vista cualquier actuación, de lo cual se dejará constancia si fuera de influencia en la decisión.

La prueba para mejor podrá comprender probanzas enteramente nuevas o que hayan sido declaradas inevaluables o nulas, o rechazadas por extemporáneas o inadmisibles, o que se refieran a hechos tenidos como ciertos en rebeldía del demandado, siempre que se consideren influencia decisiva en el resultado del proceso.

En la misma resolución se fijará el plazo dentro del cual deberá ejecutarse lo ordenado, y si no fuere posible determinarlo, el juez o el tribunal procurarán que se ejecute sin demora.

Lo dicho en este artículo será aplicable a todo tipo de proceso.

Es deber de las partes que tengan interés en la recepción de las pruebas, suplir las expensas del caso y activar la práctica de esas pruebas. Si no lo hicieran así, el tribunal podrá prescindir, en cualquier momento, de la prueba ordenada sin necesidad de resolución que así lo decrete, y procederá a dictar sentencia.

La prueba para mejor proveer se ordenará en un único auto, salvo que la evacuada en esa forma exigiere una nueva prueba de esa clase; no interrumpirá el plazo para fallar, sino que lo suspenderá, o sea, que continuará corriendo el día siguiente de evacuada la prueba.

Contra la resolución en que se ordene prueba para mejor proveer no se dará recurso alguno, y las partes sólo (sic) podrán intervenir en su ejecución en la medida en que el tribunal expresamente así lo disponga”.

El Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina (Ley 17454), modificado por la Ley 25488 (Boletín Oficial 22 de noviembre de 2001) que entró en vigencia el día 25 de mayo de 2002, establece en el numeral 4 del artículo 36 que aun sin requerimiento de parte, los jueces y tribunales deberán ordenar las diligencias necesarias para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos, respetando el derecho de defensa de las partes. Y a este efecto podrán: a) Disponer en cualquier momento, la comparecencia personal de las partes para requerir las explicaciones que estimen necesarias al objeto del pleito. b) Decidir en cualquier estado de la causa la comparecencia de testigos con arreglo a lo que dispone el artículo 452, peritos y consultores técnicos, para interrogarlos acerca de lo que creyeren necesario. c) Mandar, con las formalidades prescritas en este Código, que se agreguen documentos existentes en poder de las partes o de terceros, en los términos de los artículos 387 a 389 ...”.

Y el artículo 378 de dicho Código Argentino, señala que “La prueba deberá producirse por los medios previstos expresamente por la ley y por lo que el juez disponga, a pedido de parte o de oficio, siempre que no afecten la moral, la libertad personal de los litigantes o de terceros que no estén expresamente prohibidos para el caso. Los medios de prueba no previstos se diligenciarán aplicando por analogía las disposiciones de los que sean semejantes o, en su defecto, en la forma que establezca el juez”.

Igual disposición se encuentra recogida en Uruguay en el Código General del Proceso (Ley 15.982 de 18 de octubre de 1988), mediante la cual se recoge el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica en su artículo 24, referente a las facultades del Tribunal; es decir, que puede ordenar las diligencias necesarias para el esclarecimiento de la verdad de los hechos controvertidos, respetando el derecho de defensa de las partes. Establece, además, que la omisión en el cumplimiento de este deber le hará incurrir en responsabilidad. El artículo 139 del Código General del Proceso, dispuso

sobre la carga de la prueba, la regla general. Pero agregó un inciso indicando que la distribución de la carga de la prueba no obsta a la iniciativa del tribunal ni a su apreciación, conforme a las reglas de la sana crítica (Ley 15982).

El artículo 193 que se refiere a pruebas posteriores a la conclusión de la causa dispone:

“193.1 Concluida la audiencia y al retirarse el tribunal para considerar su decisión (artículo 343.7) no se admitirá ninguna otra prueba en la instancia.

193.2 El tribunal podrá disponer, en el mismo acto en que efectúense anuncio, diligencias para mejor proveer, debiendo dejar expresa constancia de las razones por las cuales no dispuso su diligenciamiento de oficio, durante el trámite del proceso.

Las partes podrán solicitar, a modo de contraprueba, diligencias complementarias de las dispuestas por el tribunal, el cual resolverá sin otro trámite y sin perjuicio del recurso de apelación diferida, si se violan las garantías del contradictorio y del derecho de defensa.

El tribunal de segunda instancia, si considera que mediante dicha prueba se ha alterado gravemente el principio de igualdad de las partes en el proceso, podrá disponer las medidas complementarias que entienda adecuadas para asegurar el respeto de dicha igualdad y del derecho de defensa en juicio”.

Por su parte, el artículo 194 *ibídem*, establece “efectos de las diligencias para mejor proveer sobre los plazos para dictar sentencia.

194.1 En todo caso, la audiencia para dictar sentencia no podrá ser postergada por más de treinta días, aun cuando no se haya diligenciado la prueba requerida para mejor proveer o la solicitada por las partes a título de complemento de aquélla.

194.2 El tribunal deberá disponer todo lo necesario a efectos de posibilitar que la producción de las probanzas dispuestas para mejor proveer sean incorporadas con la debida antelación a la audiencia final.

En dicha audiencia, se diligenciará la prueba que fuere recibida en la misma, se oír a cada parte por diez minutos improrrogables, como máximo y, retirado el tribunal para considerar su decisión, deberá seguidamente pronunciar la sentencia acompañada de sus fundamentos sin admitirse ninguna prórroga”.

El Código de Procedimiento Civil de Ecuador – 1987 señala en su artículo 122 que “Los jueces pueden ordenar de oficio las pruebas que juzguen necesarias para el esclarecimiento de la verdad, en cualquier estado de la causa, antes de la sentencia. Exceptuase la prueba de testigos, que no puede ordenarse de oficio; pero si podrá el juez repreguntar o pedir explicaciones a los testigos que ya hubiesen declarado legalmente. Esta facultad se ejercerá en todas las instancias antes de sentencia o auto definitivo, sea cual fuere la naturaleza de la causa”.

La legislación mexicana consagra en el Código de Procedimiento Civil para el Distrito Federal, las pruebas de oficio en los artículos 278 y 279 así:

“Artículo 278. Para conocer la verdad sobre los puntos controvertidos puede el juzgador valerse de cualquier persona, sea parte o tercero, y de cualquier cosa o documento, ya sea que pertenezca a las partes o a un tercero; sin más limitación que la de que las pruebas no están prohibidas por la ley ni sean contrarias a la moral.

Artículo 279. Los tribunales podrán decretar en todo tiempo, sea cual fuere la naturaleza del negocio, la práctica o ampliación de cualquier diligencia probatoria, siempre que sea conducente para el conocimiento de la verdad sobre los puntos cuestionados. En la práctica de estas diligencias, el juez obrará como estime procedente para obtener el mejor resultado de ellas, sin lesionar el derecho de las partes, oyéndolas y procurando en todo su igualdad”.

Vemos con que amplitud el ordenamiento procesal civil de México tiene por objeto de la prueba de oficio conocer la verdad sobre los puntos controvertidos; las cuales se decretarán sin más limitación, siempre que no estén prohibidas por la ley y no sean contrarias a la moral. Tampoco existe limitación en cuanto al momento procesal en que debe ser decretada; pero se advierte que se debe garantizar la igualdad.

El Código Procesal Civil de Perú, entrado en vigencia el 28 de julio de 1993, establece en su artículo 194 que,

“Excepcionalmente, cuando los medios probatorios ofrecidos por las partes sean insuficientes para formar convicción el Juez de Primera o de Segunda Instancia, ordenará la actuación de los medios probatorios adicionales y pertinentes que considere necesarios para formar convicción y resolver la controversia, siempre que la fuente de prueba haya sido citada por las partes en el proceso. Con esta actuación probatoria el Juez cuidará de no reemplazar a las partes en su carga probatoria, y deberá asegurarles el derecho de contradicción de la prueba. La resolución que ordena las pruebas de oficio debe estar debidamente motivada, bajo sanción de nulidad, siendo esta resolución inimpugnable, siempre que se ajuste a los límites establecidos en este artículo.

En ninguna instancia o grado se declarará la nulidad de la sentencia por no haberse ordenado la actuación de las pruebas de oficio.

El Juez puede ordenar de manera excepcional la comparecencia de un menor de edad con discernimiento a la audiencia de pruebas o a una especial.”

La norma señala de manera expresa la obligatoriedad de que la decisión que dispone la prueba de oficio sea motivada y que es inimpugnable.

Por su parte, el Código Procesal Civil de Chile que data de 1903, consagra la concepción de que el juez es un mero observador hasta el momento de dictar la sentencia.

En Chile, se presenta un proyecto de Ley de un Nuevo Código Procesal Civil. Ingresó a la Cámara de Diputados del Congreso Nacional, el martes 16 de junio de 2009 con el Boletín No. 6567-07 para su discusión parlamentaria en primer trámite. Este proyecto fue retirado, habiéndose presentado un nuevo proyecto a la Cámara de Diputados con fecha martes 13 de marzo de 2012 y Boletín No. 8197-07 para su discusión parlamentaria en primer trámite y a la fecha se encuentra el trámite legislativo para su aprobación. Dicho proyecto introduce la oralidad en los procedimientos con la subsecuente intermediación del juez, con las partes y con el material probatorio; entre

otros aspectos. Comprende el cambio de paradigma en la concepción del rol y poderes del juez, respecto al proceso. Se le confiere al juez un nuevo protagonismo, dotándolo de la facultad de decretar hasta la audiencia preliminar, diligencias de prueba para el esclarecimiento de la verdad de los hechos controvertidos, pero respetando siempre el derecho de defensa de las partes (Art. 288). Por su parte, el Artículo 289, establece que el juez a petición de alguna de las partes después de escuchar a la contraria podrá ordenar la recepción de pruebas no ofrecida oportunamente; también podrá ordenar la presentación de nuevas pruebas destinadas a esclarecer esos puntos (Art. 290). Según la exposición de motivos, se ha estimado que la determinación de la verdad de los hechos, sometidos a juzgamiento, es un presupuesto indispensable de una sentencia que resuelva el conflicto en forma justa y, por ello, no cabe escatimar a ese respecto la intervención del Juez. Al siete (7) de mayo de 2014, y de acuerdo a los avances que ha tenido el proyecto de Nuevo Código Procesal Civil en Chile, mantiene las iniciativas probatorias oficiosas, es así que los artículos 288, 289 y 290 del Capítulo 5º “De la Audiencia de Juicio”, Párrafo 2º “Disposiciones Generales Acerca de la Prueba establece:

Artículo 288.- Iniciativa probatoria. Las partes podrán ofrecer los medios de prueba de que dispongan y solicitar al juez que ordene, además, la generación u obtención de otros de que tengan conocimiento y que no dependan de ellas, sino de un órgano o servicio público, de terceras personas o de la contraparte, tales como documentos, certificaciones u otros medios aptos para producir fe sobre un hecho determinado. Hasta antes del término de la audiencia preliminar, el tribunal, de oficio, podrá ordenar las diligencias probatorias que estime necesarias para el esclarecimiento de la verdad de los hechos controvertidos, respetando el derecho de defensa de las partes. En ejercicio de este derecho, las partes podrán solicitar, en el mismo acto, una contraprueba a la solicitada por el tribunal, conforme a lo previsto en el artículo 290.

El Artículo 289. Se refiere a la prueba no ofrecida oportunamente. A petición de alguna de las partes, el tribunal, después de escuchar a la contraria, podrá ordenar la recepción de pruebas que aquella no hubiere ofrecido oportunamente, cuando justificare no haber podido ni debido conocer su existencia sino hasta ese momento y siempre que el juez

considere que resultan esenciales para la resolución del asunto.

Artículo 290.- Contraprueba. Excepcionalmente, si con ocasión de la rendición de una prueba determinante se suscitare alguna cuestión relacionada con su autenticidad, veracidad, integridad o validez, que no hubiere sido posible prever con anterioridad, 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.

Como se aprecia de las normas citadas, este nuevo Código Procesal Civil en Chile mantiene en la oralidad la iniciativa probatoria oficiosa.

En España, con la promulgación de la Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1 de 7 de enero de 2000) al igual que en Panamá, se evidencia un proceso civil de carácter dispositivo; ya que otorga la iniciativa probatoria a las partes, pero establece la prueba de oficio, es decir, existe un reparto de facultades probatorias entre el juez y las partes. Mantiene en las diligencias finales las medidas para mejor proveer.

Es así, que el artículo 282, indica: “Las pruebas se practicarán a instancia de parte. 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”. El segundo párrafo del numeral 1 del artículo 429, por su parte, indica entre otras cosas que si el Tribunal considera que las pruebas propuestas por las partes son insuficientes para el esclarecimiento de los hechos controvertidos, lo pondrá de manifiesto a las mismas indicando el hecho o los hechos que podrían verse afectados por la insuficiencia probatoria e incluso podrá señalar también la prueba o las pruebas, cuya práctica considere conveniente.

En este orden, el numeral 2 del artículo 429 señala que, excepcionalmente,

puede el Tribunal acordar de oficio o a instancia de parte que se practiquen nuevas pruebas sobre los hechos relevantes que hubiesen sido alegados, si las pruebas anteriores no hubiesen resultado conducentes, siempre que exista motivos para creer que las nuevas actuaciones permitirían adquirir certeza sobre aquellos hechos.

De acuerdo con Lorca Navarrete, según la Ley de Enjuiciamiento Civil del 2000, el órgano jurisdiccional “en modo alguno, podrá ordenar la práctica de actividad probatoria cuando esa práctica surja extrarradio de las fuentes probatorias que consten ya indicadas en el proceso sin que, en ningún caso, pueda introducir hechos no alegados por las partes en orden a la práctica probatoria que desee acordar cuando la ley se lo permita. Pero, al mismo tiempo, es un compromiso del órgano jurisdiccional respetuoso con los principios de audiencia y contradicción que pueden y deben desplegar las partes afectadas por la prueba que el órgano jurisdiccional pueda acordar de oficio”⁵⁴⁰, la actividad probatoria.

En palabras de María Eugenia Jiménez⁵⁴¹, nos referiremos a la prueba de oficio en el proceso civil en países como Alemania, Austria, Suiza, Francia, Inglaterra y Brasil. En Alemania con la reforma de 2001, se amplían las facultades del juez en la esfera probatoria. La Ordenanza Procesal Civil (ZPO) de 1895 que aun hoy se mantiene vigente, pese a adquirir diversos formatos, de la que devino el aire innovador y saca al juez de su posición pasiva en cuanto a la averiguación de los hechos, dando margen a la actividad probatoria oficiosa. Suiza en 1947, el 4 de diciembre, la ley federal Suiza que regla el proceso civil federal, mediante su art. 37 dispone que: “... el juez no es vinculado por el ofrecimiento de pruebas de las partes ... puede ordenar las pruebas que las partes no han ofrecido”. En Francia, el predominio de las partes era muy marcado en cuanto a la iniciativa de instrucción probatoria, pero posteriormente los artículos 16 y 143 del nuevo

⁵⁴⁰ LORCA Navarrete, Antonio María. Op. cit., p. 16.

⁵⁴¹ JIMÉNEZ, María Eugenia. Poderes Instructorios del Juez y sus Límites. Forma parte del Libro Tratado de la Prueba, Coordinador: Midón Marcelo, editorial Librería de La Paz, Argentina, 2007, 322 y 323.

Code de Procedure Civile, de 1975 deviene transformador de los viejos conceptos, estableciendo: “Artículo 16: El juez tiene el poder de ordenar de oficio todas las medidas de instrucción legalmente admisibles”; y el “Artículo 143: Los hechos de los cuales depende la solución del litigio pueden, a petición de parte o de oficio, ser el objeto de toda la medida de instrucción legalmente admisible”. Inglaterra al igual que Francia mutó su criterio, y paso de confiar a las partes la exclusividad de la actividad probatoria, a posibilitar el juez asuma un rol activo, son las Civil Procedure Rules las que en 1998 otorgan poderes de instructorios al juez ejercibles de oficio. Por último Brasil, en la Ley del 26 de octubre de 1995, Ley 9.099 las incluyó en el artículo 5to y el ya existente artículo 130 se refiere al supuesto, de ellos se infiere, el artículo 130, autoriza al órgano judicial, de oficio a requerimiento de parte, a ordenar las pruebas necesarias para la instrucción del proceso; y el artículo 5 indica que “el juez dirigirá el proceso con libertad para determinar las pruebas a ser producidas, para apreciarlas, y para dar especial valor a las reglas de experiencia común o técnica”.

Evidentemente, las legislaciones procesales estudiadas, han otorgado al juez un papel activo en la búsqueda de la verdad de los hechos; concediendo al juez la confianza de aplicar adecuada y racionalmente esa facultad probatoria oficiosa. En países como Bélgica, Alemania, Austria, Italia, Inglaterra, Francia, Suiza, Portugal y Brasil, el juez civil tiene una intervención activa en la práctica de pruebas de los medios de prueba que considere necesario pero que consten en autos. No obstante, no han cesado las críticas y oposiciones a las facultades probatorias oficiosas del juez.

Concluimos este apartado con las palabras de Sentis Melendo, “lo que el juez <puede> o <podrá> está escrito en la ley; y lo está con algún motivo y con alguna finalidad. No se trata, como he dicho, de una posibilidad sino de un poder, de una potestad; pero esa indicación es, como algunos han querido, una sugerencia, pero también una invitación, un estímulo, el señalamiento de un camino. Ha de seguirse

cuando ello pueda redundar en beneficio de la justicia; y no de ese poder, que un día puso en manos del juez el art. 21 de la Ley Argentina 14.237 y hoy, aunque limitado, el art. 36 del Código, y siempre las bien modestas providencias para mejor proveer, es convertirse en un Juez Magnaud del Derecho Procesal. No, el Presidente del Tribunal de Chateau-Thierry fue mucho más allá de las normas procesales, y se movió en el campo del derecho sustantivo, especialmente del penal. Habrá merecido muchas censuras y fuertes críticas, se le habrá atribuido un <impresionismo anárquico, tendencias desatinadas, sentimentales y simplísticas>, pero lo cierto es que ha quedado en la historia del Derecho; y que en ella están algunas de sus sentencias, aunque en otras haya que olvidarse. La justicia y el derecho acaso avanzan más con los disconformes que con los excesivamente conformistas”⁵⁴².

La legislación procesal civil de Panamá, Colombia, Costa Rica, México, Perú, Uruguay, España, Argentina, Bélgica, Alemania, Italia, Francia, Suiza y Portugal contemplan la prueba de oficio. En Chile existe un proyecto de Ley de un Nuevo Código Procesal Civil, el cual mantiene entre sus normas la prueba de oficio.

Finalmente, luego del estudio de la figura de la prueba de oficio en los diferentes países, procedemos a establecer los principios determinantes en la aplicación de la prueba oficiosa.

5- Principios determinantes en la aplicación de la Prueba Oficiosa.

El proceso civil en un sistema democrático de derecho, en el que se respete, proteja y garantice los derechos fundamentales consagrados en la Constitución, los Tratados y Convenios Internacionales de Derechos Humanos, si bien los hechos sobre los cuales se fundamenta la decisión judicial deben estar demostrados con pruebas

⁵⁴² SENTIS MELENDO, Santiago. Op. cit., p. 214 y 215.

aportadas al proceso por las partes, como actos fundamentales de las mismas, esto no impide que el juez haga uso de las medidas excepcionales que prevé la Ley, como la prueba de oficio, para una verdadera impartición de justicia. No obstante, la omisión o abstencionismo de la prueba oficiosa, trae como consecuencia el no empleo de los principios de impulso procesal, economía procesal, legalidad, igualdad, tutela judicial efectiva, verdad material, certeza jurídica y equidad procesal, veamos el porqué.

5.1. Impulso procesal y Economía Procesal.

El juez civil como director del proceso y, por ende, como director de la fase probatoria, debe impulsar el proceso y garantizar la economía procesal. Debe el Juez velar porque las pruebas se practiquen de acuerdo con la Ley, es decir, cuidar que las mismas se ejecuten de manera perfecta. Es en atención a estos principios que debe disponer de oficio la repetición o perfeccionamiento de cualquier prueba, siempre que ésta haya sido mal practicada o resulte defectuosa (artículo 793 del C.J.).

La Exposición de Motivos de uno de los Proyectos de reformas a la Ley de Enjuiciamiento Civil española, parte de cuyo articulado fuera aprobada en la Ley de reformas urgentes de 1984 y que concuerdan con las orientaciones del anteproyecto del Código Procesal Civil para Iberoamérica señala que “(...) El prevalecimiento de la justicia individual y social reclaman que el Juez intervenga en la dirección del proceso en el grado, sin rebasarlo, que requieran su economía y su eficacia, ordenadas al fin supremo de justicia”⁵⁴³.

⁵⁴³ Exposición de Motivos de uno de los Proyectos últimos de reformas a la Ley de Enjuiciamiento Civil española, citada en la Exposición de Motivos del Anteproyecto del Código Procesal Civil para Iberoamérica, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, Montevideo, 1988, p. 28.

El impulso procesal respecto a la prueba no distingue cuál de las partes aporta la misma, dicho impulso está dirigido a que la misma sea eficaz en el proceso y en cuanto a la economía procesal consiste en la concentración, celeridad y gratuidad de los actos probatorios.

Es así, que el juez espectador quedó atrás. Su función en la actualidad es diligente, de impulsor y director del proceso; gestiona lo necesario para la búsqueda de la verdad. Se trata de una gestión en la que colaboran las partes y el juez, lo que trae como resultado la economía procesal y las mejores decisiones, ya que el juez decide con certeza y en apego a la Ley.

5.2. Legalidad.

La aplicación de las facultades oficiosas probatorias en nuestro ordenamiento procesal civil cumple con el principio de legalidad, ya que esta prescrita en nuestro Código Judicial en varios artículos; pretende la búsqueda de la verdad material como principio de nuestro procedimiento civil y en esta medida garantiza la tutela judicial efectiva.

Indica Fábrega Ponce que “el Juez sólo (sic) puede fundar su decisión en elementos probatorios aportados con arreglo a los procedimientos legales. Ninguna prueba puede ser considerada como válida sin haberse practicado de conformidad con el trámite legal correspondiente. Una prueba que se haya llevado al proceso por vías distintas a las previstas en la Ley, carece de todo valor”⁵⁴⁴.

El deber de disponer de la prueba de oficio guarda relación con la intención del

⁵⁴⁴ FÁBREGA Ponce, Jorge (T. II, 2004). Op. cit., p. 881.

proceso, es decir con la tutela de los derechos contenidos en la norma substantiva. El juez civil debe garantizar la legalidad y transparencia en la recepción de la prueba. La oportunidad de disponer de la prueba de oficio esta prescrita en la ley, es la ley la que concede al juzgador dicho poder oficioso.

La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, señaló en sentencia de 26 de julio de 2004: “Es así como de vieja data, recién entrando en vigencia el Código de Procedimiento Civil, ya la Corte desde 1974 se vio obligada a reclamarles expresa y enérgicamente “el cumplimiento de los deberes que les imponen las leyes de procedimiento, relativamente a la debida y eficaz producción de las pruebas ... y a exhortarlos con vehemencia para que ejerzan, con segura autoridad, la importante facultad de decretar, siempre que ello sea menester, pruebas de oficio para que se alcance la realización del derecho material debatido (...)”⁵⁴⁵.

Indica Parra Quijano⁵⁴⁶ que es al juez a quien se confía el altísimo oficio de austero defensor de una más fuerte y más plena legalidad. La función del juez debe por lo común ceñirse estrictamente a la fiel e inteligente observancia de la ley.

Es un deber superior del juzgador utilizar sus *facultades legales* en esta materia, sin que exista ninguna restricción, por ser una expresión de la normativa vigente.

Establecida la prueba de oficio en la ley, corresponde al juez decretarla y velar por su práctica, cumpliendo así, con el principio de legalidad, publicidad, derecho de defensa, igualdad, imparcialidad, contradicción y debido proceso. El juez tiene el deber de observar las reglas de procedimiento; entre éstas, el decreto de la prueba de oficio. “Este reforzado sentido de legalidad, significa a la vez más conciencia de la unidad del

⁵⁴⁵ Sentencia de 26 de julio de 2004, M.P. Julio Valencia Copete, Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Colombia.

⁵⁴⁶ PARRA Quijano, Jairo (2004). Op. cit., p. 171.

derecho y de la nación”⁵⁴⁷.

5.3. Igualdad.

Afirma Parra Quijano “no creemos que con una norma procesal se hagan iguales a quienes no lo son en realidad, pero, por lo menos, con las facultades oficiosas del juez en materia de pruebas, se logra que la desigualdad en el mundo del proceso sea menos notoria, que éste no se preste para el triunfo de quien tiene mejores medios para hacerse representar, y que por el contrario salga adelante quien tiene la razón, aun cuando por su desigualdad real no haya podido hacerse a los servicios de un buen apoderado”⁵⁴⁸. Es conocido por todos que suele suceder que muchos demandantes no obtienen en el proceso lo que pretenden o su derecho por una indebida defensa; quiénes solo alegan los hechos y no presentan las pruebas para acreditar los mismos, o presentan pruebas que distan de la realidad de los hechos. Otros presentan pruebas pero no asisten a la práctica de las mismas, entre otras circunstancias.

Cappelletti estima que “el juez puede corregir el error de los abogados, lográndose de esta manera una real igualdad de los litigantes cuando alguno de ellos, a menudo por razones económicas, no está en condiciones de asegurarse una defensa suficientemente hábil y calificada”⁵⁴⁹.

Señala Parra Quijano que “hay otra forma de desigualdad más vedada como es la de imponer la carga de la prueba a una parte a quien le resulta muy difícil conseguirla hasta el punto que se le exige como hemos visto que realice actividades que lindan con el heroísmo para conseguirla.. La verdadera igualdad, es el marco de un proceso y con

⁵⁴⁷ *Ibíd*em, p. 173.

⁵⁴⁸ PARRA Quijano, Jairo (2011). *Op. cit.*, p. 186.

⁵⁴⁹ CAPPELLETTI, Mauro. *La Oralidad y Las Pruebas en el Proceso Civil*, primera edición, Ediciones Jurídicas Europa- América, Buenos Aires- Argentina, 1972, p. 125 y 126.

relación a la carga de la prueba, es la que tiene en cuenta en determinados casos, a quién le queda más fácil probar un hecho determinado, para que ella la desahogue”⁵⁵⁰.

Arazi, señala que “las medidas para esclarecer los hechos no quebrantan el principio de igualdad porque el juez no intenta beneficiar a una de las partes en detrimento de la otra, sino que ejerce sus poderes-deberes para estar en claro antes de resolver”⁵⁵¹.

Para Oliver Galé la igualdad esta correlacionada con la prueba de oficio. El juez al decretar la prueba de oficio pretende el esclarecimiento de los hechos afirmados por las partes, es así que garantiza la igualdad de las mismas.

5.4. Tutela Judicial Efectiva.

“La paz de la comunidad únicamente puede ser posible en la medida en que el Estado es capaz de crear instrumentos adecuados y eficaces para satisfacer sus pretensiones que ante el mismo se formulan. Pues si los anhelos de justicia que lleva en lo más íntimo todo ser humano no encuentran satisfacción por los cauces pacíficos instaurados por el Estado, será desbordado el propio Estado por la actuación de sus miembros. Por ello, el Estado está obligado a facilitar al ciudadano dichos cauces a través del sistema judicial, y dentro de éste surge la necesidad de la tutela judicial efectiva, a través de la cual, todo aquel que se crea con derechos que merezcan tutela judicial puede acudir a un órgano estatal imparcial que le atienda, verificando su razón, y en su caso, haciendo efectivo su derecho”⁵⁵²; el derecho a la tutela judicial debe ser garantizado a todos los ciudadanos de manera tangible y cierta.

⁵⁵⁰ PARRA Quijano, Jairo (2011). Op. cit., p. 226.

⁵⁵¹ ARAZI, Roland. Op. cit., p. 44.

⁵⁵² Cooperación Española y Corte Suprema de Justicia de Panamá. Op cit., p. 21.

“El derecho a la efectividad de la tutela jurisdiccional no constituye en modo alguno una conquista del Estado social, ni siquiera del Estado de Derecho, ni deriva del modelo constitucional, sino que se trata de algo consustancial a todo Estado en base a principios superiores que el derecho positivo no puede desconocer. El derecho a la justicia, que en definitiva de eso se trata, existe con independencia de que figure en Declaraciones de Derechos Humanos, pactos internacionales, Constituciones o leyes de cada Estado, sino que es un auténtico principio del Derecho Natural, que los ordenamientos jurídicos nacionales se limitan a positivizar”⁵⁵³.

Nuestra Constitución Política no contiene una norma específica que se refiera de manera exclusiva a la tutela judicial efectiva, pero no cabe duda que en sus normas se encuentra todos los criterios para la práctica y realización de la misma, como una garantía de protección de los derechos de los ciudadanos. Entre sus disposiciones tenemos el 41 que indica “Toda persona tiene derecho a presentar peticiones a los servidores públicos por motivos de interés particular”; y el artículo 201 que reza que “La administración de justicia es gratuita, expedita e ininterrumpida”, nos permiten deducir que todo ciudadano tiene derecho al acceso a los tribunales, acudir al proceso en la búsqueda del amparo de sus derechos. Nuestro ordenamiento jurídico también contiene normas legales como el artículo 231 del Libro I “Organización Judicial” del Código Judicial, al establecer que “toda persona tiene derecho al acceso a los tribunales de justicia para pretender la tutela de los derechos reconocidos por las leyes. Tal tutela no podrá ser limitada, sino con arreglo a disposiciones expresadas de la ley”. En este orden, el artículo 464 *ibídem*, Libro II “De Procedimiento Civil” que prescribe el derecho de acceso a la jurisdicción, al señalar que “La persona que pretenda hacer efectivo algún derecho o pretensión, que se declare su existencia o que se declare la inexistencia de uno adverso a sus intereses o la existencia o inexistencia de una relación jurídica que le concierna o afecte, puede pedirlo ante los tribunales en la forma prescrita en este

⁵⁵³ Cooperación Española y Corte Suprema de Justicia de Panamá. Op. cit., p. 21.

Código”.

En cuanto al reconocimiento de los derechos consignados en la ley sustancial y la prueba de oficio la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Colombia señaló: “Como en esa ocasión lo hiciera la Corporación, al expresar su “exhortación para que los jueces y magistrados, con firmeza y buen tino, hagan uso de la facultad que les otorga el artículo 180... “del Código de Procedimiento Civil, entre otros más, ahora la Corte se encuentra precisada a renovar de los mismos juzgadores tal llamamiento, en orden a que con entereza y sin vacilación procedan a buscar la verdad real, y no su apariencia, mayormente cuando la tendencia de la legislación actual, acorde con las orientaciones y requerimientos modernos, pregona por la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial”⁵⁵⁴.

Por otra parte, el artículo 210 de la Constitución señala que “Los magistrados y jueces son independientes en el ejercicio de sus funciones y no están sometidos más que a la Constitución y a la Ley”. Y el artículo 4 de este texto constitucional declara que “La República de Panamá acata las normas de Derecho Internacional”; por lo que los jueces además de estar obligados a cumplir con la Constitución y la Ley, deben acatar las normas de derecho internacional ratificadas por la República de Panamá, entre éstos y que guardan relación con la tutela judicial efectiva tenemos.⁵⁵⁵ Declaración Universal de Los Derechos Humanos (artículo 10), Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (artículo 14), Convenio de Roma para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (artículo 6), Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre de 1948 (artículo XVIII), Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 (artículo 8). El derecho comparado nos ofrece al Constitución Italiana (artículo 24),

⁵⁵⁴ Sentencia de 26 de julio de 2004, M.P. Julio Valencia Copete, Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Colombia.

⁵⁵⁵ Cooperación Española y Corte Suprema de Justicia de Panamá. Op. cit., p. 25 y 26.

Ley Fundamental de Bonn – Alemania (artículo 19.4), Constitución Portuguesa (artículo 206), Constitución española (artículo 24).

La reciente reforma a la Constitución Política de Panamá, por los actos reformativos No 1 de julio de 2004 y No. 2 de 26 de octubre de 2004, amplía el marco de la tutela judicial efectiva, al establecer en su artículo 17 que “Las autoridades de la República están instituidas para proteger en su vida, honra y bienes a los nacionales donde quiera se encuentren y a los extranjeros que estén bajo su jurisdicción; asegurar la efectividad de los derechos y deberes individuales y sociales, y cumplir la Constitución y la Ley. Los derechos y garantías que consagra esta Constitución, deben considerarse como mínimos y no excluyentes de otros que incidan sobre los derechos fundamentales y la dignidad de la persona”.

Respecto a la tutela judicial efectiva, la Corte Suprema de Justicia, mediante Sentencia de 29 de julio de 2005, señaló que:

“En múltiples ocasiones esta Corporación se ha referido a la doctrina española, que ha dedicado a la figura de la tutela judicial efectiva importancia decisiva como derecho fundamental. En este sentido, Joaquín Silguero Estagnan manifiesta que "El derecho a la tutela judicial efectiva puede ser definido como el derecho fundamental que asiste a toda persona para obtener, como resultado de un proceso sustanciado con todas las garantías previstas en el ordenamiento jurídico, la protección jurisdiccional de sus derechos e intereses legítimos. Se caracteriza por cumplir una función de defensa, en base a la heterocomposición del conflicto a través del poder del Estado, y por su marcado carácter procesal, ya que surge con la incoación, desarrollo y ulterior resolución de un proceso"⁵⁵⁶.

En este sentido, se ha pronunciado el Pleno de la Corte Suprema de Justicia a

⁵⁵⁶ Sentencia de 29 de julio de 2005, dictada por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia.

través de Fallo de 21 de agosto de 2008, al señalar que: “En cuanto a la Supremacía y vigencia efectiva de la Constitución y de la realización del Estado de Derecho mediante la efectiva y eficaz protección de los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos, en los tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos y en la ley. Sin ánimos de filosofar sobre la importancia que tienen los derechos fundamentales en un Estado de Derecho, es necesario destacar que a través de la tutela judicial efectiva de los derechos fundamentales, se garantiza y asegura la vigencia de la Constitución y del Estado de Derecho. En efecto, la Constitución reconoce (no otorga) una serie de derechos fundamentales que, incluso, se encuentran ampliados y complementados en Convenciones Internacionales sobre derechos humanos. La vigencia de tales derechos, que solo tiene lugar cuando existe un sistema de protección judicial que los tutele efectivamente, es lo que permite que la normatividad de la constitución tenga vigencia, *con lo cual se asegura el mantenimiento de la supremacía constitucional y se preserva el Estado de Derecho*. El sistema de protección no consiste exclusivamente en la incorporación al ordenamiento jurídico de normas dirigidas a garantizar el reconocimiento y la vigencia de los derechos fundamentales. La tutela judicial efectiva se consigue cuando se logra el reconocimiento de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución, en los tratados y convenciones internacionales sobre derechos humanos vigentes en Panamá y en las leyes, de manera que los mismos puedan ser restaurados cuando han sido lesionados. Por ello, un sistema de protección judicial de derechos fundamentales que no sea capaz de tutelarlos efectivamente, hace ilusorios tales derechos y está lejos de contribuir a la consolidación y preservación de un verdadero Estado de Derecho”⁵⁵⁷.

Vemos como la tutela judicial efectiva está estrechamente ligada con el acceso a la jurisdicción y es un derecho de naturaleza procesal, ya que “la tutela judicial efectiva

⁵⁵⁷ Sentencia de 21 de agosto de 2008, dictada por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia de Panamá, Magistrado Ponente Jerónimo E. Mejía E.

es típicamente un derecho al proceso y en el proceso, sin que tenga incidencia fuera del marco procesal, dado que la actuación judicial, es en definitiva el juez, el destinatario principal para el control y el respeto del derecho a la tutela judicial, sólo (sic) puede producirse lícitamente en el marco de un proceso instalado de acuerdo con las leyes procesales vigentes⁵⁵⁸, con la garantía de un debido proceso, concepto que estudiamos en los apartados anteriores.

El derecho a presentar pruebas, constituye un aspecto trascendental del derecho de defensa, del debido proceso, así lo prescriben los artículos 17 y 32 de la Constitución Política, normas de las cuales nos hemos referido en otros puntos y por tanto, solo los enunciamos para evitar reiteraciones.

La tutela judicial efectiva presupone el cumplimiento de una serie de requisitos en el proceso para la emisión de una sentencia, entre éstos, que el proceso este conforme con el trámite legal, es decir, que se lleve a cabo de la forma en que previene el Código Judicial, la prueba de oficio cumple con este presupuesto de la tutela judicial efectiva al estar regulada en el procedimiento civil y dicha norma desarrolla en que supuestos puede ser decretada; no incurre el juez en vulneración alguna en su aplicación, ya que al decidir lo más cercano a la verdad cumple con el objeto del proceso que no es más que el reconocimiento a los ciudadanos de los derechos consignados en la ley. Este deber probatorio oficioso le permite al juez velar por una tutela judicial efectiva, al tener una sentencia válida que crea en el ánimo de quien busca esa protección o reconocimiento de sus derechos que se hizo justicia.

Indica además, Parra Quijano que “la Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil, ha dejado entrever un respaldo al criterio de que la prueba debe ser suministrada en determinados casos por la parte a quien le queda más fácil, en

⁵⁵⁸ Cooperación Española y Corte Suprema de Justicia de Panamá. Op. cit., p. 22.

efecto en una acción de tutela dijo: <Secundariza los derechos fundamentales y excluye criterios de dinámica probatoria que abogan por un delicado equilibrio de la carga habida consideración de la posibilidad y facilidad probatoria (Sentencia de Tutela, 4 de mayo de 1999. Expediente 6.206. M.P. Dr. José Fernando Ramírez Gómez)”⁵⁵⁹.

La decisión en mención, resalta la importancia de atender a los principios de posibilidad y facilidad probatoria, que impone el deber a la parte que tenga mejor acceso al medio probatorio de incorporarlo al proceso, lo cual rompe ligeramente la dinámica que impone la teoría de la carga de la prueba, sin que esto llegue a invertir el mismo.

Afirma Oliver Galé⁵⁶⁰ que los instrumentos internacionales, señalan que un proceso equitativo y la tutela judicial efectiva, pueden ser respaldadas plenamente si el juez tiene el poder de decretar pruebas de oficio.

La limitación o la no aplicación de la iniciativa probatoria oficiosa, supondrían una vulneración a la tutela judicial efectiva, y en consecuencia a la búsqueda de la verdad y la justicia, que constituye el objetivo final de la función del juez; luego de obtener la prueba de los hechos discutidos y a los cuales aplica el derecho.

5.5. Verdad Material.

Existen autores que niegan la verdad en el proceso y otros que sostienen que es posible la verdad en el proceso civil (Alvarado Velloso). Michele Taruffo en su obra “La Prueba de Los Hechos”⁵⁶¹, desarrolla la concepción de quienes niegan la verdad en el proceso civil, desde cuatro puntos de vista: imposibilidad teórica, imposibilidad

⁵⁵⁹ PARRA Quijano, Jairo (2011). Op. cit., p. 227.

⁵⁶⁰ OLIVER Galé, Carlos Alberto. Op. cit., p. 81.

⁵⁶¹ TARUFFO, Michele (2011). Op. cit., p. 21 a 87.

ideológica, imposibilidad práctica y la irrelevancia de la verdad en el proceso civil. También explica la posibilidad de la verdad en el proceso civil, desde la posibilidad teórica, posibilidad ideológica y la posibilidad práctica.

Enseña Eisner que “pretender alcanzar la verdad a través del proceso, del proceso judicial y del proceso humano es una utopía. Ni siquiera las verdades científicas, a las que se llega por medios mucho más amplios y libres que la reglamentación procesal, son verdades eternas, porque las nuevas verdades de la ciencia cada día son otras y voltean las verdades anteriores. De manera que nuestra rebelde exigencia de que en el juicio se llegue a la verdad, termina por desmoronarse ante la realidad práctica de la vida en sociedad que exige soluciones que da la jurisdicción tratando de llegar a la verificación de los hechos, mejor aún, a la verificación de las afirmaciones de las partes respecto de los hechos, del modo en que la organización judicial lo permite y las fuerzas del hombre alcancen a lograrlo, poniendo un límite esa investigación”⁵⁶²; es decir, que el ordenamiento jurídico no exige al juez que falle según la verdad, sino que fije los hechos que tenga como ciertos, como base de su sentencia⁵⁶³.

Devis Echandia afirma que “la verdad es la identidad del conocimiento o de la idea con el objeto de éste, vale decir con la cosa o el hecho, *adaequatio rei et mentis* o *adaequatio intellectus et rei*. De manera que la verdad, como decía San Agustín, es la cosa misma: *verum est id quod est*. Sin embargo, ella nos llega, bien directamente de la inteligencia y en ese caso la llamamos metafísica, o a través de los sentidos propios o de los sentidos de terceros que nos la narran, y entonces se habla de verdad física e histórica respectivamente; pero en los tres casos existe la posibilidad del error, esto es, de la inadecuación del hecho con la idea o conocimiento que adquirimos de él. Las pruebas son los medios para llevar al juez, en el proceso, ese conocimiento, y, por lo

⁵⁶² EISNER, Isidoro. La Prueba en el Proceso Civil, segunda edición, Editorial Abeledo – Perrot, Buenos Aires- Argentina, 1992, p. 32 y 33.

⁵⁶³ *Ibídem*, p. 35.

tanto existe siempre la posibilidad de que a pesar de cumplir tal función, no reproduzcan exactamente la verdad, sino apenas la idea deformada de ésta, sin que por ello dejen de cumplir el fin a que están destinadas: permitirle al juez resolver el litigio o la petición del proceso de jurisdicción voluntaria, con arreglo a lo que considera que es la verdad”⁵⁶⁴.

Parra Quijano, concluye sobre la verdad en el proceso lo siguiente:

“-Limitamos esa averiguación a los hechos, y se ha sostenido sensatamente que el hombre teóricamente sí tiene acceso a la verdad. -Ideológicamente resulta muy difícil sostener que una decisión sobre los hechos es justa, sino se ha logrado averiguar la verdad de aquellos. – Es posible prácticamente averiguar la verdad con más facilidad en aquellos países donde no hay limitaciones a los medios probatorios y no existe tarifa legal. Sin embargo, cuando no existen esas libertades, no se puede negar que sea posible averiguar la verdad”⁵⁶⁵.

“Muchas veces la verdad en el proceso es un punto dramático. La historia ha recogido la famosa pregunta de Pilatos: ¿Y qué es la verdad?. Todo juez tiene que preguntárselo algún día, porque los contrastes entre la verdad real y la verdad formal constituyen uno de los tantos artificios del derecho de los que nos servimos para nuestras construcciones técnicas, a falta de otra cosa mejor. Pero, ¡qué cúmulo de incertidumbres, vacilaciones y de angustiosas tentativas para hallar la verdad supone la función judicial! Más de una vez el magistrado habrá de decidir sin tener una idea clara de ella, escudándose y cubriendo su propia conciencia con estas verdades formales, simples estructuras técnicas que analizamos”⁵⁶⁶.

Uno de los dilemas que aún se mantienen en el desarrollo de la teoría del proceso es la determinación de qué debe considerarse como verdad, lo que ha traído un

⁵⁶⁴ DEVIS Echandía, Hernando (1988). Op. cit., p. 79.

⁵⁶⁵ PARRA Quijano, Jairo (2004). Op. cit., p.8.

⁵⁶⁶ COUTURE, Eduardo (2001). Op. cit., p. 187.

sinnúmero de controversias a nivel doctrinal por el tema filosófico y práctico que entraña. De esto no escapa la realidad actual del juez, que debe hacerse esa pregunta con mucha frecuencia y debe bajo los parámetros que le impone la ley desarrollar una búsqueda para encontrar la verdad como función del proceso; sin embargo, no puede negarse que no es una tarea fácil, por lo que en ocasiones debe conformarse con emitir decisiones con base a una verdad formal derivada de los análisis desarrollados de los elementos de convicción.

Enseña Barsallo que “se habla de verdad procesal para significar aquella que resulta del proceso; la que consta en los elementos de prueba y materiales de convicción llevados al mismo. Es la llamada “verdad formal”, que por el contrario de la “verdad material”, consiste en tener por cierto y verdadero lo que resulte de la prueba rendida en el proceso, aunque dicha prueba esté en contra de la realidad. En contraposición al principio de la verdad procesal que impera en nuestro proceso, en el proceso civil ideal se debe buscar la “verdad material”. Lo que el juez afirma finalmente en su sentencia debe ser la verdad. La sentencia del juez debe declarar la pura verdad, o sea la que se corresponda plenamente con los hechos del debate judicial. Por ello, para verificar las afirmaciones de las partes, se abre paso a la prueba de oficio”⁵⁶⁷; tal como se consagra en nuestro Código Judicial y en muchos Códigos procesales modernos.

Afirma Oliver Galé⁵⁶⁸ que una de las premisas de la justicia es la verdad y, señala además que “sin entrar en profundas consideraciones, es viable que a través de la relación sujeto cognoscente y objeto cognocido, se obtenga un tipo de conocimiento que conduzca a la verdad relativa, de acuerdo a las condiciones de percepción del sujeto y a las variables que muestre el objeto y las diversidades que presente el mismo. Y sobre la relatividad de la verdad obtenible en un proceso judicial, considera importante establecer la finalidad del proceso y, de la prueba; y señala que el proceso y

⁵⁶⁷ BARSALLO, Pedro. Op. cit., p. 75.

⁵⁶⁸ OLIVER Galé, Carlos Alberto. Op. cit., p. 94.

especialmente, la prueba judicial, tiene diversas finalidades, siendo la principal, la búsqueda de la verdad de las afirmaciones de las partes, resultando los demás fines subsidiarios, que pueden o no ser medios para alcanzar la finalidad principal, la verdad y consecuentemente la justicia.

Podríamos decir que uno de los pilares en que descansa la justicia es la verdad. Es por ello que el proceso solo puede ser visto como la búsqueda de una verdad conforme a la prueba judicial, derivada de las pretensiones de las partes y conforme a los fines del proceso, que es la obtención de la justicia. Y no se trata de sobreponer la verdad y la justicia a la Constitución y la Ley, el juez debe cumplir con garantizar todos los valores y principios Constitucionales y legales, entre éstos la prueba de oficio.

Carnelutti⁵⁶⁹ al referirse a la búsqueda de la verdad afirma que la verdad no puede ser más que una, de tal modo que, o la verdad formal o jurídica coincide con la verdad material, y no es más que verdad, o discrepa de ella, y no es, sino una no verdad; para este autor la verdad es solo una, y de esta manera pretende acabar con la tesis que algunos pretendieron implantar entre la verdad material y la verdad formal o jurídica. También indicaba Carnelutti que frente al derecho el juez debe atenerse a la realidad, pero en cuanto a la situación de hecho, debe acomodarse a las afirmaciones de las partes.

Kielmanovich señala que “dentro del limitado campo del proceso, la verdad material (que para nosotros es tan solo verdad a secas, sin agregados de ninguna índole) no opera, y lo que es más, no podría operar como un <patrón de medida> o punto de comparación a temer del cual fuera lícito confrontar o contraponer el sistema dispositivo al inquisitivo, y mucho menos; por cierto, <graduar> su respectiva eficacia”⁵⁷⁰.

⁵⁶⁹ CARNELUTTI, Francesco. Op. cit., p. 20, 21 y 22.

⁵⁷⁰ KIELMANOVICH, Jorge. Op. cit., p. 69.

Para Gómez Lara, “en el proceso, se busca alcanzar una verdad que responda fielmente a la realidad de los hechos que han dado origen al litigio; en otras palabras, se quiere siempre alcanzar en el proceso la verdad respecto de los hechos litigiosos, tal como han ocurrido en la vida real. Pero para que el juez alcance este conocimiento de los hechos verdaderos, esta verdadera verdad, no basta que las partes tengan un tratamiento legal de igualdad en materia probatoria por parte del tribunal, es decir, no se va alcanzar esta verdad verdadera por el simple hecho de que en los códigos procesales se consigne una igualdad legal o formal entre las partes. En realidad pueden darse desigualdades entre las partes, de carácter económico, social, político y cultural. El derecho moderno, mediante la institución denominada prueba para mejor proveer, ha tratado de superar esta situación formalmente rígida y se ha investido al juzgador de facultades tales que le permitan suplir la deficiente actuación probatoria de cualquiera de las partes en el proceso, claro que preferentemente de la parte débil, mal asesorada o torpe. Esto es, por esta facultad de la prueba para mejor proveer, puede el juez subsanar las deficiencias, los errores, las omisiones que en materia probatoria tengan o hayan tenido las partes. Esta institución de la prueba para mejor proveer está reglamentada en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. En él se establece la posibilidad de que el juez pueda valerse o servirse de cualquier persona y de cualquier cosa material para lograr los fines probatorios del proceso. El sistema permite amplios poderes del juez en materia probatoria al dársele al tribunal la facultad de decretar en todo tiempo la práctica o ampliación de cualquier diligencia probatoria conducente al conocimiento de la verdad sobre los puntos cuestionados”⁵⁷¹.

Parra Quijano desarrolla su criterio respecto a la búsqueda de la verdad en el proceso:

“4.1. LA VERDAD COMO PLANTEAMIENTO IDEOLÓGICO. En el proceso, cualquiera que él sea, teniendo en cuenta sus características, es necesario averiguar la verdad. Cada vez que se plantea estrechar el concepto de

⁵⁷¹ GÓMEZ Lara, Cipriano. Op. cit., p. 99.

verdad, para construir una especie para el proceso, donde exista ligereza probatoria para construir el caso, se abre la puerta, sobre todo en penal, para que penetre la arbitrariedad. No hay peor injusticia que construir la sentencia sobre una no verdad. Debemos cuidarnos de hacer estos planteamientos, porque justificamos la arbitrariedad.

4.2. CUANDO NOS ATENEMOS A UNAS FORMALIDADES PARA CONSTRUIR PROBATORIAMENTE EL CASO, NO TENEMOS QUE CREAR UNA ESPECIE DE VERDAD, DISTINTA DE LA >VERDAD ÚNICA>. En todo tipo de indagación, sea química, física, biología, tenemos que observar unas formalidades y reglas, y a nadie se le ha ocurrido decir que al observarlas no se conseguirá “la verdad, pero que sin embargo a pesar de ser un “obstáculo” para el fin buscado hay que seguirlas observando, o que esas ciencias se contentaran con una no verdad. En absoluto, las formas y sobre todo en la investigación judicial, facilitan la inmaculación de la prueba.

4.3. LAS PROHIBICIONES DE PRUEBA, NO SON DE TAL ENTIDAD QUE NOS APARTEN DE LA ÚNICA VERDAD, LA LLAMADA VERDAD REAL O MATERIAL. Se ha exagerado, los efectos que sobre el averiguamiento de la verdad en el proceso judicial ejercen las prohibiciones de prueba. Sin caer en cuenta que esta forma legal de afrontar la investigación no impide que se utilicen otros medios probatorios que perfectamente pueden lograr trasladar los hechos del mundo extraprocesal al mundo del proceso con la misma nitidez de los prohibidos y por sobre todo con inmaculación.

4.4. LA META DEL PROCESO JUDICIAL ES AVERIGUAR LA VERDAD, Y ESTA SE PUEDE LOGRAR PORQUE TENEMOS, INCLUSIVE, MEJORES ELEMENTOS Y FACILIDADES PARA LOGRARLO QUE LAS CIENCIAS EMPÍRICAS. En el proceso judicial, se trata fundamentalmente de manejar en el amplio sentido del vocablo acciones y comportamientos humanos, y por ello podemos utilizar como material de la reconstrucción del hecho, prueba indiciaria, y por sobre todo las reglas de la experiencia, que no pueden utilizar normalmente las ciencias empíricas, sino simplemente adecuado a sus necesidades.

4.5. EL OBJETO Y TEMA DE PRUEBA NOS INDICA LO QUE SE DEBE INVESTIGAR Y ELLO NO SIGNIFICA EXIGIR UNA ESPECIE DE VERDAD DISTINTA A LA MATERIAL Y MUCHO MENOS RELATIVIZARLA. La verdad que necesita el proceso, para que se pueda dictar una sentencia justa, no proviene del mayor número de pruebas, ni de escudriñar todos los hechos. Solo se necesitan los hechos que sean objeto y tema de prueba. Esa delimitación es absolutamente normal en todo tipo de investigación (...).

Lo anterior demuestra que sin sonrojo y con método, se puede conseguir la verdad, para sobre ella construir la sentencia; existen controles para saber

cuándo ha existido omisión probatoria”⁵⁷².

La Corte Constitucional de Colombia al referirse a la prueba de oficio y el proceso civil Colombiano señaló:

“En esta oportunidad, la Sala considera pertinente adelantar algunas consideraciones adicionales sobre la relación necesaria que se encuentra entre el valor de la verdad (o su búsqueda dentro del proceso) y la efectividad del derecho material, recalcando que una sentencia justa solo se alcanza si el Juez parte de la base de conocimiento que pueda considerarse, al menos en cierta medida, verdadera. Esa base de conocimiento es una condición necesaria, aunque no suficiente, para la consecución de la justicia pues, evidentemente, la justicia de la sentencia depende también de la forma en que se interpreta y apliquen las normas legales, y del respeto por el debido proceso de las partes.

En primer lugar resulta claro que la defensa de la verdad (o su búsqueda) en el proceso no requiere de la adopción de ninguna posición frente a las orientaciones filosóficas que plantean la imposibilidad de acceder al conocimiento. Estas posiciones no son necesariamente ciertas, pues existen otras, igualmente plausibles, que consideran que es posible acceder a la verdad, o a verdades relativas, contextuales, fáctico-procesales, etc.

Como se ha expresado, es posible defender la posibilidad de llevar a cabo una verificación racional y hasta cierto punto confiable de las afirmaciones sobre los hechos, apoyándose en la ciencia, la lógica, la experiencia, y las herramientas estadísticas que permiten determinar la mayor o menor probabilidad de la ocurrencia de un evento. La verdad del proceso siempre será relativa, ubicada en un contexto determinado y limitado, pero ello ocurre en cualquier actividad que se interese por el estudio de la realidad.

Una vez aclarado el hecho de que los obstáculos cognoscitivos no son un hecho cierto, sino una posición epistemológica, frente a la cual el derecho no puede adoptar una posición definitiva, es viable señalar que el ordenamiento colombiano no es indiferente a la verdad desde un punto de vista ideológico, como lo demuestra el valor dado a la prueba como elemento del debido proceso constitucional, el mandato de dar prevalencia al derecho sustancial en las actuaciones judiciales, y la obligación de los funcionarios de evitar fallos inhibitorios que erosionan el derecho al acceso a la administración de justicia (T-134 de 2004), removiendo los obstáculos que le impidan llegar a una decisión de mérito”⁵⁷³.

⁵⁷² PARRA Quijano, Jairo (2011). Op. cit., p. 156 a 158.

⁵⁷³ Sentencia T-264 de 2009, M.P. Dr. Luis Ernesto Vargas Silva, Corte Constitucional de Colombia.

Para Parra Quijano “las partes no tienen derechos adquiridos sobre la verdad aparente, de tal manera que la investigación oficiosa por parte del juez no vulnera ningún derecho de éstas; por el contrario, cuando ejerce sus facultades inquisitivas da a entender, con ese comportamiento, que al Estado, al cual representa, solo le interesa edificar la sentencia con base en la verdad de los hechos. Las partes no tienen derecho sobre la pseudo-verdad; aún más, podemos afirmar que, aún contra su querer, tienen derecho a que en el proceso se investigue la verdad”⁵⁷⁴. Ante la exclusividad de aportación de pruebas por las partes podría suponer que los litigantes utilicen la habilidad para lograr sus propios intereses, no se puede perder de vista que el fin del proceso es la justicia.

El ejercicio de la facultad oficiosa del juzgador, jamás puede entenderse como una forma de vulnerar los derechos de las partes en litigio, puesto que es un deber del juez garantizar la emisión de la sentencia conforme a la realidad y veracidad de los hechos, por lo que la misma es una exteriorización del interés del Estado de garantizar la justicia.

En el Código Judicial de 1917 panameño, imperaba la verdad procesal o formal, para el juez lo único importante y lo que tenía que lograrse en el proceso civil era la verdad procesal o formal, ésta consiste en tener por cierto y verdadero lo que resulte de la prueba rendida en el proceso, aunque dicha prueba esté en contra de la realidad. Por ello, se afirmaba que en materia procesal tanto vale la existencia real de un derecho en favor de una persona, como su posible demostración en el proceso, siendo esto último lo más importante, ya que el juez decide de acuerdo con las constancias del expediente y según lo alegado y probado; aunque a veces la realidad procesal sea muy distinta a la realidad de los hechos o material.

⁵⁷⁴ PARRA Quijano, Jairo (2011). Op. cit., p. 156 a 186.

La práctica de la prueba oficiosa en el proceso civil panameño:
determinación de sus límites y consecuencias jurídicas.

Hoy día, en nuestro Código Judicial rige la verdad material, en la cual el Juez tiene el deber de buscar y reconocer la verdad real, lo que sucede en el mundo y hacerlo llegar al proceso. Nuestras normas procesales facultan al Juez a practicar las pruebas de oficio que estime conducentes, tanto en la primera instancia (artículo 793 del Código Judicial), en segunda instancia (artículo 1280 del Código Judicial) y en casación (artículo 1195 del Código Judicial). Normas que citaremos a continuación:

El artículo 793 del Código Judicial indica que “Además de las pruebas pedidas y sin perjuicio de lo dispuesto en otras disposiciones de este Código, el juez de primera instancia debe ordenar, en el expediente principal y en cualquier incidencia que surja, en el período probatorio o en el momento de fallar, la práctica de todas aquéllas que estime procedentes para verificar las afirmaciones de las partes y el de segunda practicará aquéllas que sean necesarias para aclarar puntos oscuros o dudosos en el proceso (...)”. El juez debe, en cualquier momento, ordenar de oficio la repetición o perfeccionamiento de cualquier prueba, cuando ha sido mal practicada o sea deficiente”; de acuerdo con esta norma el juez en el proceso civil panameño no investiga; los hechos son presentados por las partes, el juez se ocupa de verificar las afirmaciones de éstas, respecto a los hechos alegados.

El artículo 1195 del Código Judicial establece que “La Corte no tomará en cuenta causales de Casación que no hayan sido invocadas en el escrito de formalización del recurso. Si la Corte encuentra fundada alguna de las causales alegadas, no considerará las restantes; infirmará el fallo acusado y dictará en su lugar la resolución que corresponda. La Corte se halla, en este caso, respecto del fallo de primera instancia, en la misma situación que estaba el Tribunal Superior. La sentencia no admite recurso alguno. Convertida en tribunal de instancia, la Corte podrá decretar pruebas de oficio”.

Por su parte, el artículo 1280 del Código Judicial señala que “Puesto el proceso en estado de dictar sentencia y antes de dictar ésta el tribunal de segunda instancia deberá

decretar la recepción de cualquier documento público que estime necesario para esclarecer los hechos controvertidos o aquellas pruebas que sean necesarias para aclarar puntos oscuros o para aclarar puntos dudosos. La respectiva resolución es irrecurrible”.

Afirma Devis Echandía que “para que triunfe la verdad, para que se obtenga el fin de interés público del proceso y no sea éste una aventura incierta cuyo resultado dependa de la habilidad de los abogados litigantes, es indispensable que, además de la libre apreciación de las pruebas, el juez siempre disponga de facultades inquisitivas para allegar las que, conforme su leal saber y entender, considere conveniente al esclarecimiento de los hechos que las partes alegan (afirman o niegan). Sólo (sic) así se obtendrá la igualdad de las partes en el proceso y la verdadera democracia en la justicia”⁵⁷⁵.

El Pleno de la Corte Suprema de Justicia, como tribunal de Amparo de Garantías Constitucionales señaló que la prueba de oficio ha sido “considerada invariablemente que ese es un instrumento procesal valioso con el que cuentan los Jueces en la búsqueda de la llamada verdad material, la que, a su vez, debe orientar las decisiones finales que desaten los litigios sometidos a su consideración, atenuando pues el principio dispositivo que rige en su mayor parte las fases probatorias de los procesos, mas no reemplazándolo ni supliéndolo cuando el mismo resulta desatendido por los que integran la relación jurídico-procesal en cada caso. Sirve pues, la prueba oficiosa, como un mecanismo procesal sumamente útil al Tribunal de cada causa, sobre todo las contenciosas, para alcanzar la realización efectiva de los fines para los cuales ha sido instituido”⁵⁷⁶.

⁵⁷⁵ DEVIS Echandía, Hernando (1988). Op. cit., p. 39.

⁵⁷⁶ Sentencia de 26 de marzo de 2004, M.O. Rogelio A. Fábrega Zarak, Pleno de la Corte Suprema de Justicia de Panamá.

En Colombia, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, ha señalado que la labor del juez sobrepasa los hechos que han presentado las partes en el marco de la dispositividad, porque precisamente se trata de desplegar una labor típicamente inquisitiva, que como ya se anotó se orienta y explica por el descubrimiento de la llamada verdad verdadera, que puede estar más allá de lo que fue el planeamiento fáctico de las partes (sentencia de 30 de noviembre de 2001, exp. 5980...) ⁵⁷⁷.

En este orden, la Corte Constitucional de Colombia al referirse a la prueba de oficio en el proceso civil manifestó:

“Para realizar un ejercicio de ponderación legítimo, el juez debe contar con información confiable sobre las circunstancias del caso, pues si la que posee es insuficiente, inadecuada, o abiertamente falsa, las relaciones de procedencia que establezca entre los principios en conflicto será arbitraria e injusta.

Lo expuesto permite aseverar que la correcta aplicación del derecho, bien sea mediante la atribución de consecuencias jurídicas a determinadas situaciones de hecho, bien sea mediante la ponderación de principios en un caso concreto, solo se logra si se parte de una base fáctica adecuada. Por lo tanto, la verdad es un presupuesto de la vigencia del derecho material o, dicho de otra forma, de la justicia de las decisiones. Como lo ha reiterado la Corte, el derecho procesal, en el marco de un estado constitucional de derecho, debe buscar la solución de conflictos, pero desde una base justa y no sólo (sic) eficiente, basada en el establecimiento de la verdad.

Como conclusión, se puede afirmar que, para la Constitución Política, arribar a la verdad es algo posible y necesario; que la Jurisdicción tiene como finalidad la solución de conflictos de manera justa; y que esa solución supone la adopción de las decisiones judiciales sobre una consideración de los hechos que pueda considerarse verdadera.

Una vez establecidas las consideraciones precedentes sobre los fines del proceso, y la relación entre la verdad y la justicia, resulta claro que el decreto oficioso de pruebas constituye una manifestación del deber del juez de indagar la verdad de los hechos antes de tomar una decisión determinada, con pleno sustento en la adopción de la forma política del Estado Social de Derecho, en donde el juez deja de ser un frío funcionario que aplica irreflexivamente la ley, para adoptar el papel de garante de los

⁵⁷⁷ Sentencia de 25 de mayo de 2004, M.P. Julio Valencia Copete, Sala de Casación Civil-Agraria de la Corte Suprema de Colombia.

derechos materiales”⁵⁷⁸.

De las citas anteriores nos surge las siguientes interrogantes, ¿Cómo puede el juez a través de sus decisiones procurar la paz social, sin verificar las afirmaciones de las partes, en busca de la verdad? ¿Cómo puede un juez que resuelve en el error, inseguridad, incertidumbre lograr la paz social? Cómo emitir una sentencia en la que solo se declaren razones técnicas, instrumentales sin verificar lo afirmado por las partes, que es lo que nos conduce a un fallo justo. ¿Cómo podría un juez motivar su decisión sin estar convencido de una verdad respecto de determinados hechos? Esa realidad está latente en los hechos alegados por las partes y el juez debe verificar los mismos hasta tener claridad de sus dichos. Cómo existe un orden justo si en el ánimo de los ciudadanos está el descontento, la angustia y la falta de confianza en quienes deben hacer justicia.

El juez es llamado a cumplir con la Constitución y la Ley, es decir hacer uso de los poderes, deberes, facultades que la ley contempla, a fin de descubrir la verdad material. El juez ante la duda de cómo se dieron los hechos alegados y discutidos en juicio por las partes, debe hacer uso de los medios que le otorga la ley como el decreto de la prueba de oficio, para formar su propia convicción alejado del dicho de las partes que siempre será contradictorio; es así que cumplirá con su verdadera función de juez, proferir una sentencia justa.

5.6. Certeza Jurídica.

Certeza es el “conocimiento seguro, claro y evidente de las cosas. Firme adhesión de la mente a algo conocible, sin temor de errar. Certidumbre: certeza. La certidumbre (certeza) subjetiva implica un asentimiento, pero no el fundamento de ese asentimiento.

⁵⁷⁸ Sentencia T-264 de 2009, M.P. Dr. Luis Ernesto Vargas Silva, Corte Constitucional de Colombia.

La certidumbre (certeza) objetiva explica el fundamento de su asentimiento, el fundamento puede ser la confesión, un testimonio, etc”⁵⁷⁹.

Para Cañón Ramírez, la certeza “es el reposo de la mente en la verdad adquirida, esto es: la firme adhesión de la mente a la verdad conocida”. Y ante la existencia de la certeza afirma que “el ser humano, en uso de sus facultades, tiene íntima conciencia de llegar con certeza a la verdad. Pese a que, lo que por naturaleza cobra mayor certeza para el hombre es menos cierto, gracias a la limitación del entendimiento humano”⁵⁸⁰.

“Los hombres en su primitivo estado natural no reconocían superior que los defendiese de insultos, opresiones y violencias, estaban por consiguiente autorizados para hacerlo por sí propios: la experiencia les hizo entender los graves daños a que los conducían estos medios, pues o no podían defenderse por sí mismos, o excediendo de los justos límites para conservarse, excitaban turbaciones, a que eran consiguientes mayores desaveniencias, injurias y muertes; y consultando otros medios que mejorasen seguridad de sus personas sin los riesgos anteriormente indicados, acordaron unirse en sociedades y confiar su defensa y las de todos sus derechos a una persona que mirándolos con imparcialidad les distribuye sus derechos y los conservase en paz y en justicia”⁵⁸¹. En nuestros días no es suficiente un imparcial en el sentido literal de la palabra, se requiere para lograr esa paz y dicha justicia de jueces que actúen con eficacia, en equidad, proporcionalidad, busquen la verdad material de los hechos, pretendiendo que no exista entre los ciudadanos incertidumbre, sino por el contrario una certeza legal de que sus pretensiones serán reconocidas en el proceso.

⁵⁷⁹ PARRA Quijano, Jairo (2011). Op cit., p. 158.

⁵⁸⁰ CAÑÓN Ramírez. Pedro Alejo. “Teoría y Práctica de la Prueba Judicial”, segunda edición, editorial Ecoe, Bogotá-Colombia, 2013, p 46 y 49.

⁵⁸¹ CONDE de la Cañada: “Las Instituciones prácticas de los juicios civiles, así ordinarios como extraordinarios, en todos sus trámites, según que empiezan, continúan y acaban en los Tribunales reales”. Cita realizada por la Cooperación Española y Corte Suprema de Justicia de Panamá, p. 20.

Indica Parra Quijano que “nuestros códigos se alinean en la certeza objetiva: 1) Debe fundarse en externalidades, es decir en pruebas regular y oportunamente aportadas al proceso (arts. 174 del C. de P.C. y 232 del C. de P.P.). Se necesita la prueba para crear certeza. 2) La prueba es la que debe conducir al funcionario a la certeza de lo investigado, en cualquier tipo de proceso”⁵⁸².

La prueba aportada por las partes y aquella practicada de manera oficiosa por el Juez siempre que sea conveniente verificar los hechos alegados le dan al juez certeza sobre su existencia, sobre la realidad de los hechos. Cumple un juez con su misión, con su función al emitir una decisión ante la inseguridad, duda, incertidumbre?. Afirma Devis Echandía que “si no hay certeza no hay prueba del hecho”⁵⁸³.

Enseña Eisner⁵⁸⁴, que pueden existir distintos grados de certeza, distintos grados de certidumbre; entonces debe reconocerse que para que la convicción del juez sea absoluta respecto del acaecimiento de los hechos, es necesario agotar un mayor esfuerzo jurisdiccional, mayores medios probatorios, más profunda investigación. Entonces sí, en el proceso civil, allí, sí, que el Estado, la sociedad considera necesario agotar al máximo los esfuerzos para obtener un grado de convencimiento pleno, o lo más perfecto posible, de cómo ocurrieron los hechos. En lo civil, respecto de asunto donde se juegan meros intereses individuales, el ordenamiento jurídico se conforma con un grado menor de comprobación, con un grado menor de verificación que, como les dije antes, en general coincide con la justa composición de la litis, con la justa solución de los litigios. Normalmente es suficiente con los elementos con que se da por bastante la comprobación. De manera que es un problema de grado de certeza. Y en el proceso civil es bastante con lograr un accertamiento, una fijación formal de los hechos.

⁵⁸² PARRA Quijano, Jairo (2011). Op. cit., p. 159.

⁵⁸³ DEVIS Echandía, Hernando (1988). Op. cit., p. 10.

⁵⁸⁴ EISNER, Isidoro. Op. cit., p. 42 y 43.

La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de Colombia “(...) ha pregonado ..., que por sí por virtud del principio de la adquisición o comunidad de las piezas demostrativas, según el cual <las pruebas pertenecen al proceso y no a la parte que las adujo>, por lo que <evacuadas formal y oportunamente ... se sustraen de inmediato a la disposición de las partes ... debido al interés público y general que gobierna toda actuación judicial> (sentencia de 12 de diciembre de 2001, exp. 5828, no publicada aun oficialmente), mal podría, entonces, tildarse de anómalo el comportamiento del juez que las decreta, si lo que acontece es que él en ejercicio de sus atribuciones y de acuerdo con su propio criterio provee lo que estima adecuado para hacer las correspondientes verificaciones, sin que para el efecto tenga que contar con ninguna de las partes, como tampoco, en materia de documentos, se vea atado por las que surgen únicamente como consecuencia de las actuaciones de quienes participan en el proceso, pues, para tan trascendental propósito, poco importa de dónde pueda provenir la prueba, esto es, si de las partes o terceros, o sí de su decreto pueden resultar afectados los intereses privados de los contendientes, habida cuenta que tal potestad bien puede utilizarse para adicionar pruebas que por distintas razones le estaría prohibido apreciar, siempre inspirado en el deber que le asiste de desempeñar activamente su misión y en la necesidad de agotar todos los medios que lo conduzcan a hallar la certeza de los sucesos”⁵⁸⁵.

La certeza, como fin de la labor del juzgador en la emisión de la sentencia, se encuadra en el principio de adquisición y comunidad de la prueba, que las sitúa en el campo de acción del proceso sin importar quién o qué fin la incorporó al proceso; lo cual extrae de su espacio y lo eleva al campo del interés público; esto es, que permite al tribunal ejercitar sus facultades sin restricciones por la naturaleza dispositiva de las pretensiones. La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de Colombia ha

⁵⁸⁵ Sentencia de 25 de mayo de 2004, M.P. Julio Valencia Capote, Sala de Casación Civil-Agraria de la Corte Suprema de Colombia.

sido enfática en que tal facultad no puede ser considerada anómala, puesto que es su obligación efectuar las verificaciones que sean necesarias en la búsqueda de la verdad, fundado en el deber de certeza que es propio de la misión del juez y que bajo otras circunstancias no podría ser apreciada.

No creemos posible una certeza absoluta, pero sí una certeza razonable, que la labor del juez se dé con mayor claridad en los hechos, que su función sea no solo eficiente, sino eficaz; lo que es posible lograr a través de la prueba de oficio.

5.7. Equidad Procesal.

El principio de equidad tiene sus orígenes en la organización romana, en el Derecho Pretoriano apoyado en la ley natural.

Equidad es una aptitud o atributo de dar a cada cual lo que le corresponde. En relación con la justicia entendemos por equidad el equilibrio entre la ley natural y la ley positiva aplicada a un caso particular. La naturaleza de la equidad es la “igualdad, considerándose incluso como la legítima concreción del derecho o como el suplemento de la ley, debiendo recurrirse a ella en caso de duda para suplir e interpretar la ley”⁵⁸⁶. Respecto al principio de equidad este se trata “de la justicia del caso concreto, el juez ante el rigorismo de la ley va a fallar por el sentimiento del deber o de la conciencia, más bien que por el texto terminante de la ley, es justicia natural por oposición a la letra de la ley positiva”⁵⁸⁷.

⁵⁸⁶ PEÑARANDA Quintero, Héctor Ramón. Principio de Equidad Procesal, Universidad de Zulia, Venezuela. Nómadas. Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas. Publicación Electrónica de la Universidad Complutense de Madrid de [Http://revistas.ucm.es](http://revistas.ucm.es).

⁵⁸⁷ Ibídem.

Enseña Peñaranda que el principio de equidad se presenta como una aparente contradicción al principio de legalidad, regulado en el ordenamiento procesal civil Venezolano, en el que el Juez debe regir su actuar conforme a la ley; no obstante, en la jurisdicción de equidad, se le permite al juez buscar la solución más adecuada conforme a los valores que imperan en la sociedad. Indica además, que ambos principios se complementan, ya que si bien el juez debe actuar de acuerdo con la ley, no menos cierto es que se permite atenuar ese rigorismo de la ley teniendo en cuenta las circunstancias que rodean cada caso de manera específica al emitir su decisión. Agrega que pareciera que se debe concebir la equidad como un principio de interpretación a aplicar a cada caso de manera específica. Finaliza al indicar que el juez al decidir, debe hacerlo con apego a la ley, pero aún más a los valores que han inspirado la creación de la norma, ya que es la voluntad del legislador, y es allí donde juega un papel trascendental la equidad, puesto que la equidad es un valor jurídico⁵⁸⁸, que se aplica por excepción al igual que la prueba de oficio, ya que ésta última procede solo cuando es necesaria en los supuestos que establece la ley para verificar las afirmaciones de las partes.

Tomando como referencia lo señalado por Peñaranda respecto a la equidad, debemos señalar que el juez en el proceso civil debe hacer uso de la prueba de oficio, en primer lugar, porque está regulada en nuestro ordenamiento procesal civil (artículo 793 y 794 del C.J.) y es un deber de los magistrados y jueces resolver en equidad (artículo 201 del C.J.); segundo al aplicar la prueba en cada caso en concreto como fin para acercarse lo más posible a la verdad, está decidiendo en equidad.

El Juez en el proceso civil cumple con el principio de equidad al dar validez o cumplir con las disposiciones que regulan ese procedimiento, entre ellas, la prueba de oficio. Hacer uso de las pruebas oficiosas es trascendental, ya que el proceso es la vía

⁵⁸⁸ *Ibídem.*

para hacer justicia, para buscar la verdad, todo lo anterior garantiza fallos legales y justos.

Un proceso es equitativo cuando se encuentra respaldado por el poder del juez de decretar pruebas de oficio⁵⁸⁹. Se hace justicia en el momento en que el Juez mediante las pruebas oficiosas verifica las afirmaciones de las partes; al estar lo más cercano a la verdad el juez falla en equidad y en apego a la Ley, por cuanto la prueba de oficio está regulada en nuestro procedimiento civil en innumerables disposiciones. Un juez que falla de acuerdo con la ley y con apego a “los valores que imperan en la sociedad”⁵⁹⁰, como la equidad, disminuye la mala percepción que existe de la administración de justicia, generaría confianza en el ciudadano. El hecho de que las personas o usuarios del órgano judicial sientan confianza en los jueces, propicia el respeto por las decisiones emitidas y las mismas serían acatadas, existiría más acciones positivas que negativas en beneficio de la administración de justicia.

Las decisiones justas y equitativas serían aceptadas, incluso por las personas a quienes el fallo no le es favorable, ya que el hecho de pasar por un proceso justo y equitativo disminuye las asperezas de no haber obtenido el resultado esperado y deseado. Decisiones justas y equitativas permiten que la percepción de los jueces y juezas, del sistema judicial y de las leyes sea más favorable luego de vivir una experiencia en la que su causa haya sido atendida en un procedimiento justo y equitativo⁵⁹¹. Es revelador que, “aunque un juez o una jueza respete escrupulosamente los derechos de las partes, podría dar la impresión de cometer una injusticia si no cumple con las expectativas de equidad procesal”⁵⁹², y no hace uso del poder oficioso en materia de

⁵⁸⁹ OLIVER Galé, Carlos Alberto. Op. cit., p. 81.

⁵⁹⁰ PEÑARANDA Quintero, Op. cit., de [Http://revistas.ucm.es](http://revistas.ucm.es).

⁵⁹¹ Equidad Procesal: Elemento principal en la Satisfacción de la Ciudadanía de www.proceduralfairness.org.

⁵⁹² *Ibidem*.

prueba. Ahora bien, hay que tener presente cuál es el significado de equidad procesal para los ciudadanos y qué es equidad procesal para quienes administran justicia.

La equidad procesal desde el punto de vista de un juez o jueza es utilizar todos los medios posibles para el reconocimiento del derecho que se pretende en el proceso. No solo es dar a ambas partes las mismas oportunidades, ya que estaríamos en este caso respetando el principio de igualdad. La equidad procesal es algo más que igualdad, si a pesar de que se le ofrece a ambas partes las mismas oportunidades en el proceso, existe desigualdad, el juez debe buscar ese equilibrio para aplicar el derecho y hacer justicia. Es el caso de que en un proceso surja la necesidad de decretar una prueba de oficio para la verificación de las afirmaciones de las partes y llegar lo más cerca posible a la verdad; al disponer el juez o jueza de la prueba oficiosa emitiría fallos legales, justos y equitativos.

Al hablar de equidad nos viene a la mente esa imagen de la diosa de la justicia con una balanza en la mano, que simboliza objetividad, equilibrio entre las partes, y una espada en la otra, que viene a representar el poder coercitivo del juez y que no siempre fue dibujada con la venda en los ojos. Venda significa hacer justicia sin mirar a quien, sin prejuicios de ninguna índole y en equidad.

Los principios aquí analizados inciden directamente en el desarrollo del proceso, y en la manera de actuar de los sujetos que intervienen, entre éstos el juez, quien debe velar a través de éstos principios y conforme a la ley por fallos más justos, favorecer a quien le asiste el derecho y acude al proceso en busca de la justicia. Estos principios pretenden salvaguardar valores para la realización de un orden justo; y para ello, es necesario disponer o hacer uso de la prueba de oficio, su inaplicación se debe a una diversidad de factores o causas que analizaremos en el siguiente apartado.

Sustentados los principios que orientan la práctica de la prueba de oficio, determinaremos, si la prueba de oficio es un deber o una facultad.

6. La prueba de Oficio es un deber o una facultad.

Se ha debatido si la práctica de pruebas de oficio constituye un deber o es una facultad, lo cual no ha tenido una solución consensuada en la doctrina y mucho menos en las diversas legislaciones. No obstante, debemos indicar que en este punto tiene gran importancia la interpretación de las leyes procesales, tema sumamente complejo. Al respecto señala Couture que “la complejidad natural del acto interpretativo, la lucha contra las palabras, el tiempo y la unidad plenaria del derecho, conducirán a (...) poner en relieve que en todo acto de interpretación no hay una simple operación lógica, sino un acto de voluntad. Aunque el intérprete quiera ser absolutamente neutral no puede serlo. Su operación no es matemática ni geométrica. Es un acto vital, y como tal, estará cargado inconscientemente de voliciones”⁵⁹³.

Es esta complejidad la que nos lleva a pensar que ante las diferentes interpretaciones de la norma, algunos ven en la prueba de oficio un deber y otros una facultad discrecional. Couture al citar a Savigny nos indica que “el fenómeno de la interpretación no tiende a desentrañar el pensar del legislador, sino la medida de eficacia actual de la norma”⁵⁹⁴. Y señala además, en cuanto a la interpretación judicial que “debemos respetar los puntos de vista divergentes”⁵⁹⁵.

Por otra parte, “al legislador no se le presenta en primer término la tarea de redactar leyes, sino la de planear principios, (...) del “cúmulo de principios que se le presentan al legislador procesal como su programa de acción. En él se muestra de qué

⁵⁹³ COUTURE, Eduardo (2001). Op. cit., p. 117.

⁵⁹⁴ *Ibidem*.

⁵⁹⁵ *Ibidem*, p. 121.

manera el legislador procesal debe tomar partido, por ejemplo, entre la oralidad y la escritura; entre el impulso de oficio y el impulso a petición de parte; entre el proceso dispositivo y el proceso inquisitivo (...). En último término, el legislador debe estructurar la ley procesal refiriéndose a algunos de estos principios. Debe aclararse que, históricamente, casi todos esos principios se han combinado entre sí: no han existido procesos inquisitivos puros, procesos dispositivos puros, (...). El legislador dosifica estos principios, pero no puede desentenderse de ellos, como el constructor que realiza una obra no puede desentenderse, de aquellas líneas directivas fundamentales consignadas en el plano del arquitecto, sin las cuales es imposible iniciar la construcción del edificio que se le ha confiado⁵⁹⁶. Es así como el “sistema legal es un sistema de principios, que constituyen algo así como el esqueleto, la estructura rígida e interna de la obra, su armazón lógico, sobre el cual se ordenan los detalles de la composición. La ley procesal es la que determina los detalles por virtud de los cuales se realiza la justicia. Toda Ley procesal, todo texto particular que regula un trámite del proceso es, en primer término, el desenvolvimiento de un principio procesal; y ése es, en sí mismo un partido tomado, una elección entre varios análogos, que el legislador hace, para asegurar la realización de la justicia que enuncia la constitución⁵⁹⁷”.

Señala Eisner que “Deberes procesales son imperativos jurídicos en favor de la adecuada realización del proceso; son imposiciones de conducta a los sujetos en miras del interés de la comunidad⁵⁹⁸”.

Para Jairo Parra Quijano decretar pruebas de oficio, para averiguar la verdad de los hechos controvertidos, es un poder-deber que surge de la necesidad de una decisión justa, construida sobre la verdad⁵⁹⁹.

⁵⁹⁶ COUTURE, Eduardo (2001). Op. cit, p. 125.

⁵⁹⁷ *Ibidem*, p. 126.

⁵⁹⁸ EISNER, Isidoro. Op. cit., p. 63.

⁵⁹⁹ PARRA Quijano, Jairo (2004). Op. cit., p. 1.

De conformidad con el Artículo 793 del Código Judicial, la prueba de oficio es un deber del juzgador. El juez tiene el deber de verificar las afirmaciones de las partes en la búsqueda de la verdad material de los hechos.

Sobre este tema, y luego del análisis de los principios rectores y los probatorios del proceso civil, antes desarrollados y una interpretación del artículo 793 del Código Judicial, en nuestro ordenamiento procesal civil, la prueba de oficio es un deber, al señalar la norma que “además de las pruebas pedidas y sin perjuicio de lo dispuesto en otras disposiciones de este Código, el juez de primera instancia ***debe*** ordenar, en el expediente principal y en cualquier incidencia que surja, en el período probatorio o en el momento de fallar, la práctica de todas aquéllas que estime procedentes para verificar las afirmaciones de las partes y el de segunda practicará aquéllas que sean necesarias para aclarar puntos oscuros o dudosos en el proceso”.

De acuerdo con la norma antes citada, la prueba de oficio es un deber que debe asumir el juez cuando “estime procedente para verificar las de las partes” (artículo 793 del Código Judicial), estimamos no se trata de una simple facultad del juez dentro del proceso, sino de un deber; no puede el juez, so pretexto de velar por procedimientos o reglas dejar de cumplir con este deber; no obstante, éste deber tiene que ajustarse a determinados requisitos previstos en la Ley. Es un deber que es decretado a prudente arbitrio y criterio del juez.

Indica Arazi que “Las partes pueden ofrecer y producir las pruebas que sean pertinentes; si con ello logran convencer al sentenciador de que los hechos sucedieron de determinada manera, el magistrado resolverá de conformidad con esos hechos; si no está convencido, requerirá las medidas de esclarecimiento que estime necesarias. Durante el período probatorio el juez irá formando el material de convicción junto con las partes. Sigue señalando que “si sólo (sic) ampliáramos las facultades judiciales

cuando ellas se ejercen durante la etapa de prueba, deberíamos reconocer que en esta materia poco es lo que habría cambiado, ya que la realidad nos muestra que nuestro sistema, empecinadamente escriturario, hace que el juez conozca en forma muy limitada el litigio, antes del llamado de autos para sentencia. Afirma este autor que “quien juzga tiene el derecho y el deber de estar en claro; si se le pide que resuelva un conflicto no se le puede impedir que arbitre los medios a su alcance para determinar cómo sucedieron los hechos y fallar de acuerdo con lo que él considere justo. Como hemos dicho, no se trata de llegar a la verdad ni tampoco de alcanzar la justicia objetiva, ya que éstos son conceptos cuyos logros, a veces, exceden la capacidad humana. Pero el juez debe estar convencido de que los hechos sucedieron de determinada manera y resolver el litigio sin que le quede duda de la justicia de su decisión”⁶⁰⁰.

En este orden de ideas, Morello, citado por Arazi⁶⁰¹, reconoce que aun ante la negligencia de las partes de incorporar los elementos de convicción suficiente para acreditar sus pretensiones, el juez tiene un deber de suplir esta deficiencia para poder emitir una decisión con base a hechos claros. Por su parte, Escalpez, citado también por Arazi, reitera la necesidad de no actuar bajo ese resquemor, puesto que lejos de constituirse en una arbitrariedad, su inacción puede configurarse en un riesgo para la administración de justicia, ya que el juez solo confirma y valida los hechos de las partes con la finalidad de que la verdad legal y la real sea una sola. Arazi indica que ese poder-deber no puede ser reprimido por temor a que los jueces abusen de dicho poder.

La Sala Primera de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, mediante Sentencia de 18 de julio de 2014⁶⁰² recordó que la atribución de la ley le otorga al juez para decretar pruebas de oficio por el interés público del proceso no constituye una facultad, sino un

⁶⁰⁰ ARAZI, Roland. Op. cit., p. 43.

⁶⁰¹ MORELLO, Augusto M., Notable avance de los poderes- deberes de los jueces en el ámbito de la prueba (1981), p. 89. Citado por Op. cit. ARAZI, Roland, p. 43.

⁶⁰² Sentencia de 18 de julio de 2014, M.P. Luis Armando Tolosa Villabona. Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, <http://www.ambitojuridico.com>.

deber establecido para garantizar la búsqueda de la verdad.

Asimismo, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, mediante Sentencia de 12 de septiembre de 1994, señaló que es un deber del juez decretar pruebas de oficio en los siguientes términos:

“Ciertamente, como en muchas ocasiones lo ha reiterado esta Corporación, la atribución que la ley le otorga al juez o magistrado para decretar pruebas de oficio cuando quiera que <las considera útiles para la verificación de los hechos relacionados con las alegaciones de las partes (art. 179. CPC) si bien, por el interés público del proceso, no constituye una facultad sino un deber para tales funcionarios establecidos ... establecidos para garantizar la búsqueda de la verdad real que no aparece en el expediente (sentencia No. 444 del 26 de octubre de 1988); no es menos cierto que sólo (sic) le corresponde al mencionado funcionario juez o magistrado, determinar previamente a la decisión del decreto de oficio de pruebas, cuáles son las alegaciones de las partes y los hechos relacionados a éstas, así como cuáles de estos hechos requieren de su verificación o prueba y cuáles estima o considera útiles para tal efecto. De allí que si bien no se trata de una mera discrecionalidad del juzgador la atribución para decretar o no decretar de oficio una prueba, sino de un deber edificado sobre el juicio y conclusión razonable del juzgador, no es menos cierto que sólo (sic) a él le compete hacer dicho análisis y adoptar la decisión que estime pertinente de decretar o no la prueba de oficio, pues le basta decretarlas sin recurso alguno (art. 179, inc 2°, CPC) o simplemente abstenerse de hacerlo (pues, sólo (sic) depende de su iniciativa). Por ello resulta explicable que no se incurra en error de derecho cuando el juez, en uso de sus atribuciones, se abstiene de decretar pruebas de oficio y, por consiguiente, no procede darle a valoración a prueba inexistente o a prueba irregularmente presentada o incorporada al proceso>.

<1.2.2. Sin embargo, cosa distinta acontece cuando quiera que en un proceso, como el sub examine, con posterioridad a la presentación de la demanda, de una parte, sobrevenga un hecho que de manera esencial y notoria altere o extinga la pretensión inicial; y, que de otra, se aduzca o aporte aunque sea inoportunamente, la prueba idónea de dicho hecho que no ha sido incorporada legalmente al proceso. Porque en tal evento las circunstancias objetivas, ponen de manifiesto ante el juez o magistrado la siguiente alternativa: la una, consiste en adoptar decisión que, con prescindencia de la prueba irregularmente aportada, resultaría abiertamente contraria a la realidad que, de acuerdo con el hecho

sobreviviente, muestra la pretensión al momento del fallo; y la otra, de optar, previo decreto de oficio de la prueba con la correspondiente contradicción, por una decisión que puede resultar más ajustada a la nueva realidad probatoria de los hechos en que se funda la pretensión inicial. Si ello es así corresponde al Juez el deber ineludible de decretar de oficio dicha prueba para que, una vez incorporada y controvertida legalmente en el proceso, puede proceder legalmente mediante su apreciación de adoptar una decisión conforme a la realidad probatoria de los hechos iniciales y sobrevivientes. Porque la atribución legal para decretar de oficio las pruebas, por las circunstancias objetivas y ostensibles que rodean el caso, imponen el deber ineludible de hacer uso de dicha atribución, pues no hay fundamento alguno para considerar inútil dicha prueba, ni para estimarla extraña a las alegaciones de las partes, sino por el contrario, dicha prueba resulta necesaria para precaver una decisión absurda y contraria a la realidad>

<Y ello precisamente se presenta cuando frente a una pretensión inicial de la inexistencia de la escritura pública determinada fundada en la omisión de la firma notarial, le sobreviene durante el proceso la alegación y prueba de la subsanación por orden del competente, de la firma del notario. Porque en dicho evento, al prescindirse de esta prueba (por no incorporarse legalmente) se arriesga el juzgador a adoptar una decisión relativa a la ausencia de firma del notario, cuando, de acuerdo con la prueba aducida, se sugiere, a pesar de que aún no sea regular, que ella ya existe de acuerdo con el procedimiento posterior. Luego autorizar una decisión de este sentido no sólo (sic) resulta absurdo sino igualmente contraria a la realidad, porque sería permitir que se adopte una resolución sobre una prueba de una escritura que carece de la firma del notario, cuando por otra existe otra prueba de la misma escritura que muestra lo contrario, es decir, que sí tiene firma. De allí que la interpretación legal que autorice tal absurdo, que se consigne no decretando de oficio la referida prueba, no deba estimarse como la más acertada. Luego esta última no ha de ser otra que la de asumir el deber ineludible de dictar el decreto de oficio de la prueba correspondiente>

<Luego, bajo la inteligencia que aquí se le da al artículo 179 del CPC, en armonía con el 180 ibídem, el deber de decretar prueba de oficio una prueba asume el carácter ineludible cuando quiera que por circunstancias objetivas (ajenas a la negligencia y maniobra de las partes) y ostensibles del proceso, es la actitud pertinente para ajustar la realidad probatoria a los hechos sobrevivientes aducidos y probados, que impidan fallos absurdos contrarios a la realidad última alegada y probada. Sí ello es así, síguese entonces que la violación de este deber que excepcionalmente se torna

ineludible en este caso, constituye un quebranto a la norma de disciplina probatoria mencionada, que, a su vez, impide, contrariado dicho precepto, otorgarle valoración probatoria precisamente a la prueba que, por los anteriores motivos, debió ineludiblemente ser decretada e incorporada de oficio con la consiguiente contradicción del caso. Por esta razón, excepcionalmente en este caso se incurriría en un error de derecho alegable en casación cuando frente a la situación concreta mencionada que, como se vio, supone la preexistencia de la prueba pertinente de un hecho sobreviviente, que al no ser decretado de oficio, contrariando la Ley, de contera conduce al juzgador al quebrantamiento indirecto de la norma sustancial contemplada en el artículo 100 del decreto 960 de 1970⁶⁰³.

En este mismo sentido se pronunció la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, al señalar que “(...) en definitiva es un poder-deber del juez, quien, como bien se sabe, dejó de ser un espectador del proceso para convertirse en su gran director, y a su vez, promotor de decisiones justas⁶⁰⁴. “Así pues, la prudente estimación personal del juez sobre la conveniencia de decretar pruebas de oficio se enmarca en un deber- entendido como la necesidad de que ese sujeto pasivo de la norma procesal que es el juez ejecute la conducta que tal norma le impone, y en un poder entendido como la potestad, la facultad de instruir el proceso sin limitarse a ser un mero espectador, ambos actuantes junto con el principio de la carga de la prueba y de la discrecionalidad judicial en la apreciación de la misma, para el proferimiento de una sentencia de mérito”⁶⁰⁵.

Al respecto, la Sala de Casación Civil-Agraria de la Corte Suprema de Colombia mediante Sentencia de 25 de mayo de 2004 indicó “... en consecuencia, no es facultativo del juzgador obrar de este modo '... sino que en toda ocasión, en la debida oportunidad

⁶⁰³ Sentencia de 12 de septiembre de 1994 dictada por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de Colombia.

⁶⁰⁴ Sentencia de 7 de marzo de 1997, M.P. Dr. José Fernando Ramírez Gómez, Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de Colombia.

⁶⁰⁵ Sentencia de 11 de noviembre de 1999, M.P. Dr. Jorge Santos Ballesteros, Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de Colombia.

legal, en que los hechos alegados por las partes requieran ser demostrados, así la que los alega hubiese sido desidiosa en esa labor... **es un deber del juzgador utilizar los poderes officiosos** que le concede la ley en materia de pruebas, pues es este el verdadero sentido y alcance que exteriorizan los Arts. 37 Num.4, 179 y 180 del C. de P.C.' "(G.J.t.CCLII, pag.399)"⁶⁰⁶.

En palabras de Oliver Galé, el decreto oficioso de pruebas en materia civil, no es una atribución o facultad potestativa del Juez: es un verdadero deber legal. En efecto, el funcionario deberá decretar pruebas officiosamente siempre que, a partir de los hechos narrados por las partes y de los medios de prueba, que éstas pretendan hacer valer, surja en el funcionario la necesidad de esclarecer espacios oscuros de la controversia; cuando la ley le marque un claro derrotero a seguir; o cuando existan fundadas razones para considerar que su inactividad puede apartar su decisión del sendero de la justicia material. Como lo ha expresado la Corte Suprema de Justicia, la facultad oficiosa del juez, deviene en un deber derivado de su papel como director del proceso y de su compromiso por hallar la verdad como presupuesto de la justicia, especialmente, si se toma en cuenta que la ley no impuso límites materiales al decreto de pruebas por parte del juez, como si ocurre en el campo de las partes.

En efecto, el decreto de pruebas de oficio es un deber del juez. No solo es un deber del juez de primera instancia, sino del juez de segunda instancia y del magistrado ponente en Sala de Casación Civil. Ahora bien, no deja de ser una facultad en la medida que el decreto de pruebas de oficio se da únicamente a criterio del juez, lo hace de manera libre, luego de realizar su razonamiento, por lo que podríamos afirmar que es un deber-facultad en la medida que es discrecional.

Es importante señalar que la introducción del deber oficioso del juez en materia

⁶⁰⁶ Sentencia de 25 de mayo de 2004, dictada por la Sala de Casación Civil-Agraria de la Corte Suprema de Colombia.

probatoria, se dio en el Código Judicial de 1984, que entró en vigencia el 1 de abril de 1987, iniciativa contenida en los artículos 199, 793 y 794 de dicho texto. No obstante, en la actualidad la Ley 53 de 2015, que regula la Carrera Judicial, deroga el artículo 199, y entre sus ordinales el 12, que de manera expresa señalaba como deber de los jueces hacer uso de las facultades que la ley le otorga en materia de pruebas, siempre que ésta sea conveniente para verificar los hechos alegados por las partes y decidir de acuerdo con el derecho. Estimamos que esta decisión de derogar dicha norma y no incluir este deber en los preceptos de esta nueva ley de carrera judicial, atiende a las nuevas corrientes que inspiran el Nuevo Sistema Penal Acusatorio en nuestro país, la constitucionalización de las garantías procesales, la separación de funciones, entre otros. Ahora bien, a pesar de que se haya derogado la norma en referencia, la iniciativa probatoria oficiosa, continua siendo un deber y así lo establece claramente el artículo 793 del Código Judicial, norma que hemos desarrollado tantas veces y el numeral 16 del artículo 119 de la Ley 53 de 2015, que prevé que es deber de los magistrados y jueces “resolver expresamente las cuestiones planteadas por las partes y decidir la litis dentro de los límites en que fue propuesta o fuera de estos cuando la ley así lo faculte”, como es el caso de la prueba de oficio al ser establecida por la ley. Interpretar estos preceptos como un deber del juzgador está encaminada a otorgar fallos justos que logran la función constitucional que le compete al juez, que no es más que hacer justicia.

Establecidos los principios determinantes en la aplicación de la prueba de oficio, entre éstos impulso procesal, economía procesal, legalidad, igualdad, tutela judicial efectiva, certeza jurídica y la equidad procesal; y con la convicción de que esta iniciativa probatoria oficiosa es un deber del juzgador; nos surge la interrogante de ¿por qué la prueba de oficio está en desuso en nuestro país?, esta respuesta tiene dos aristas: la primera por la falta de parámetros claros que deben ser considerados por el juez al hacer uso de la prueba oficiosa y de la trascendencia que tiene su aplicación para las partes, para el proceso, para la sociedad en general y sobre para todo para la

administración de justicia. Segunda, en atención a las recientes concepciones doctrinales del derecho procesal respecto al modelo del juez frente a la constitucionalización del proceso, es así que en nuestro país surge la reforma al proceso penal. Expuesto lo anterior, consideramos acertado referirnos a las facultades oficiosas del juez en el proceso penal vigente.

7- Poderes Oficiosos frente al Sistema Penal Acusatorio (Ley 63 de 28 de agosto de 2008, que adopta el Código Procesal Penal), un modelo de gestión en oralidad.

7.1. Generalidades.

El Sistema Penal Acusatorio en Panamá, es un modelo de gestión en oralidad, “en las legislaciones modernas, no existen procesos enteramente escritos o enteramente orales; todas las leyes procesales adoptan una combinación de oralidad y de escritura, y la denominación de escrito o de oral dada a un tipo de procedimiento, indica, no la adopción exclusiva, sino únicamente el predominio de una de las formas sobre la otra”⁶⁰⁷, y algunos actos probatorios, “aunque se hubieran realizado verbalmente ante el Juez, deben reducirse a escrito dejándose constancia de ello y, si se incorporan al expediente, la sentencia debe basarse en las diligencias y actas que recogen la instrucción probatoria”⁶⁰⁸.

La oralidad frente a la escritura, es aquella donde prevalece la forma verbal en que se reproducen los actos procesales; el proceso se desarrolla a través de audiencias. No obstante, siempre existirá constancia escrita de documentos bajo la fe de la oficina judicial con el actual sistema penal acusatorio. Señalan algunos autores que es en la oralidad donde existe mayor inmediación, concentración y prevalece la unidad del acto.

⁶⁰⁷ PARRA Quijano, Jairo (2004). Op. cit., p. 206.

⁶⁰⁸ FÀBREGA Ponce, Jorge (2004). Op. cit., p. 866.

Parra Quijano afirma que “el beneficioso efecto de la oralidad habrá que manifestarse en el sentido de hacer más fáciles, más sencillas y más naturales las relaciones entre el juez y las partes”⁶⁰⁹, pero nada impide que en la oralidad se aplique la prueba oficiosa.

Es importante señalar que en Panamá recientemente se aprobó la Ley 75 de 18 de diciembre de 2015, “Que subroga la Ley 15 de 2008, adopta medidas para la informatización de los procesos judiciales, y dicta otras disposiciones”. Esta ley de 2015 establece la utilización de las tecnologías de la información y comunicaciones en la sustanciación de los procesos judiciales, regula el sistema de gestión judicial y el expediente judicial electrónico, como componentes operativos de la plataforma informática adoptada por el Órgano Judicial para la tramitación electrónica de los procesos. Esta ley tiene aplicación en todas las jurisdicciones del Órgano Judicial, pero solo ha iniciado en la jurisdicción de Libre Competencia y en la Marítima, hasta el 2013 sin proyecciones a corto plazo y para la plataforma del Sistema Penal Acusatorio y, en general, el uso de medios tecnológicos en la Administración de Justicia.

Ahora bien “para el triunfo de la oralidad, lo mismo predicable para el proceso de forma escrita, se requiere de un buen juez, que ponga en práctica el ordenamiento jurídico, de tal forma que le de eficacia”⁶¹⁰; “El derecho es tan bueno como lo son los jueces que lo aplican”⁶¹¹.

El sistema penal mixto en el que se conjuga la escritura y oralidad, predominó en nuestro país por muchos años, generó un sistema de justicia penal con las siguientes características: lento, formalista, burocrático, ineficiente, sin el respeto de los derechos fundamentales de las partes, es así que predominaba el encarcelamiento preventivo,

⁶⁰⁹ PARRA Quijano, Jairo (2004). Op. cit, p. 206.

⁶¹⁰ OLIVER Galé, Carlos Alberto. Op. cit., p. 143.

⁶¹¹ *Ibidem*, p. 143.

vulneración del principio de presunción de inocencia, entre otros. Todo lo anterior, propició una derogación total del procedimiento penal anterior. Es por ello que su reforma estuvo dirigida a garantizar los derechos del procesado y la víctima y hacia un modelo de gestión en oralidad pretendiendo mayor celeridad en las causas penales.

Es una realidad social el aumento de la criminalidad, y los procedimientos utilizados hasta hace poco en donde predominaba la represión y vulneración de derechos fundamentales bajo el pretexto de combatir la criminalidad han sido infructuosos, pues lejos de disminuirla existe una alta incidencia de la misma.

De manera general podríamos decir que los fundamentos que permiten diferenciar entre ambos sistemas, el sistema mixto anterior y el sistema penal acusatorio, radican en la manera de investigar un hecho delictivo, la forma como se procesa la causa ante el órgano jurisdiccional, la forma como se aportan y valoran las pruebas, el rol de las partes, los sujetos intervinientes que participan en el desarrollo de la causa y el restablecimiento de las garantías procesales como parte esencial de los derechos fundamentales. A nuestro juicio, uno de los más importantes fundamentos que logra diferenciar el sistema inquisitivo del sistema acusatorio, es por un lado, el principio de la oralidad que impone esa ritualidad procesal tanto para peticionar como decidir la causa, dentro de un esquema de procedimiento en donde impera el principio de separación de funciones entre el Ministerio Público que en forma exclusiva, dirige la investigación y la función de los jueces. Además, facilita el cumplimiento de los fines, principios y garantías del proceso penal; es un instrumento adecuado para proteger y tutelar los derechos fundamentales, por lo menos en mayor incidencia que el sistema escrito (inquisitivo). Es importante, señalar que la tendencia de los tratados, convenios internacionales de derechos humanos, es el sistema de la oralidad en el proceso penal.

En Panamá se implementa paulatinamente la reforma integral del proceso penal hacia un sistema procesal penal de corte acusatorio. Es así que se adopta la Ley No. 63

de 28 de agosto de 2008 “El Código Procesal Penal”, y que ha sido modificado mediante la Ley No. 48 de 1 de septiembre de 2009, Ley No. 66 de 1 de septiembre de 2011, Ley No. 55 de 21 de septiembre de 2012, Ley No. 8 de 6 de marzo de 2013, Ley No. 35 de 23 de marzo de 2013 y la Ley No. 77 de 22 de octubre de 2013. De un sistema penal inquisitivo se pasa a un sistema penal fundamentado en el respeto de las garantías del acusado y la oralidad del proceso.

El sistema penal acusatorio panameño lo rigen principios rectores como el de separación de funciones (artículo 5, Ley 63 de 2008), legalidad (artículo 2, 3, Ley 63 de 2008), derecho de defensa (artículo 10, Ley 63 de 2008), libertades personales (artículo 11, Ley 63 de 2008), respeto a la dignidad humana, respeto a los derechos humanos (artículo 14, Ley 63 de 2008), estricta igualdad de las partes (artículo 19, Ley 63 de 2008), independencia e imparcialidad (artículo 6, Ley 63 de 2008), constitucionalización del proceso (artículo 3, Ley 63 de 2008) principio de seguridad jurídica y debido proceso (artículo 3, Ley 63 de 2008); del mismo modo, conforme lo establece el artículo 32 de la Constitución, el proceso debe ser llevado en debida forma, como un todo armónico, en reconocimiento de los derechos y de las garantías de las partes procesales en igualdad de condiciones, pues precisamente cuando comparecen ante un tribunal para la búsqueda de la solución de sus conflictos, buscan la intervención de un tercero imparcial, que administre justicia regido por normas previas que delimitan su forma de proceder, ya que como se ha señalado en reiteradas ocasiones, el derecho a que la causa sea ventilada conforme a los trámites legales, involucra un sinnúmero de elementos o aspectos, cuya plena observancia es fundamental para garantizar a las partes la activa defensa de sus derechos.

El derecho de defensa es parte integrante del debido proceso consagrado en el artículo 3 del Código Procesal Penal, principio que se sustenta en la constitucionalización del proceso (artículo 17 de la Constitución Política), los derechos fundamentales y la

dignidad de los intervinientes en el proceso y es a través del derecho de defensa que las partes se van a enfrentar en igualdad de oportunidades ante un Juez imparcial, que con base a las pruebas emite su decisión.

El Debido Proceso, constituye un instrumento jurídico que exige el cumplimiento de un proceso legítimo con miras al reconocimiento y tutela efectiva de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución, normas procesales y sustantivas penales. Es decir, un proceso oportuno, público y oral (concentración e inmediación), en el que se garantice a la persona el derecho a ser oído por un juez natural, independiente e imparcial; un tribunal que en el ejercicio de su función jurisdiccional haga imperar el derecho a prueba, defensa, igualdad procesal y el contradictorio, como resultado a una sentencia motivada susceptible de recurso; garantizando la seguridad jurídica en un sistema democrático de derecho.

El debido proceso y sus principios deben operar en la fase de investigación de la misma manera que en el juicio oral y público, ya que es una garantía reconocida en la Constitución Política, los instrumentos internacionales y la ley. El régimen jurídico establecido en nuestra Carta Magna se basa en el sistema democrático y el principio de Estado de Derecho; al regirnos por un Estado de Derecho, debemos garantizar el debido proceso y sus principios procesales. Panamá, al constituirse como Estado fundamental en los principios básicos de un régimen democrático, optó por una política en la que el ser humano es el centro de una serie de derechos y garantías básicas reconocidas en la Constitución, por ende los órganos jurisdiccionales, por prescripción constitucional están facultados y al mismo tiempo, obligados a tutelar el debido proceso.

Nuestro Código Procesal Penal, da prevalencia a los principios del debido proceso, sin distinguir en cual fase del proceso penal debe ser garantizado.

7.2. Facultades Oficiosas del Juez en el Sistema Penal Acusatorio.

En este Sistema Penal Acusatorio, la fase de investigación por parte del Ministerio Público debe ser objetiva, es decir, que al funcionario le corresponde investigar tanto lo favorable como lo desfavorable al imputado. El artículo 24 de la Ley 63 de 2008 señala claramente que, “es obligatorio investigar lo desfavorable y lo favorable a los intereses del imputado y demás intervinientes en el proceso. La investigación se realiza respetando las normas constitucionales, los tratados y convenios internacionales ratificados por la República de Panamá, el Código Procesal Penal y los derechos humanos del investigado”, es decir que está obligado en sus actuaciones a respetar los derechos fundamentales y las garantías procesales. Si al funcionario investigador se le exige una investigación objetiva en la búsqueda de la verdad, cómo ignorar este deber en el juez quien es el que emite la condena o absolución del imputado?

Este sistema de corte adversarial al que nos referimos en su artículo 348 señala claramente que “El Juez de Garantías y el Tribunal de Juicio no podrán decretar, en ningún caso, pruebas de oficio”; establece expresamente una prohibición al juez de decretar pruebas de oficio.

Esta norma se encuentra en el Capítulo I Audiencia de Formulación de Acusación, Título II Fase Intermedia, esta etapa se desarrolla vencido el término de investigación que cuenta desde la formulación de la imputación, salvo aquellos casos más complejos (art. 339 CPP). En esta audiencia se formula la acusación, se verifican los requisitos de forma del escrito de acusación (art. 340 CPP), se corrige, se da el saneamiento y se evitan vicios procesales, ya que se presentan las incompetencias, nulidades, impedimentos y recusaciones (art. 345 CPP); poner en conocimiento de la acusación a la víctima o querellante (art. 341 CPP), traslado de la acusación a la defensa (art. 342 (CPP),

la revelación de las evidencias (art. 346 CPP), la admisibilidad y exclusión probatoria (art. 347 CPP), acuerdos o convenciones probatorias (art. 343 CPP), la apertura al juicio oral (art. 349 CPP) y la prohibición de la prueba de oficio tanto al juez de garantía como al juez de juicio (art. 348 CPP).

De acuerdo con la Sala de Casación Penal, de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, “la prohibición acusada obedece a la estructura del proceso penal adversarial, según el cual, mientras se ubica en la etapa de contradicción entre las partes, en la fase del proceso en la que se descubre la evidencia física y los elementos materiales probatorios y en aquellas que se caracteriza por la dialéctica de la prueba, es lógico, necesario y adecuado que el juez no decrete pruebas de oficio. No sucede lo mismo, en aquella etapa en la que el juez tiene como única misión garantizar la eficacia de la investigación y la preservación de los derechos y libertades que pueden resultar afectados en el proceso penal”⁶¹². Nuestro ordenamiento procesal penal, al igual que el de Colombia, no prescribe nada sobre la prohibición de la prueba de oficio en la fase de investigación en la cual el juez de garantías debe cumplir con la tutela de los derechos fundamentales, entre éstos la libertad; además es el director del debate. Es importante señalar también que la prohibición de la prueba de oficio regulada en el artículo 348 del Código Procesal Penal, no limita al juez de cumplimiento en el sistema penal acusatorio, quien goza de facultades oficiosas en virtud de las funciones que realiza “ejerce directamente el derecho al castigo, materializa el mismo”⁶¹³, a través del control de la ejecución de la sentencia (art 509 CPP).

Indica Parra Quijano, autor Colombiano, que “los jueces de garantías sí pueden decretar y practicar pruebas de oficio en casos en los que sea indispensable para

⁶¹² Sentencia de 30 de marzo de 2006, Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia de Colombia.

⁶¹³ MURILLO Rodríguez, Roy. Ejecución de la Pena, Comisión Nacional para el Mejoramiento de la Administración de Justicia (CONAMAJ), San José- Costa Rica, p. 131.

garantizar la eficacia de los derechos que son objeto de control judicial”⁶¹⁴.

La Ley 63 de 2008, prohíbe el decreto de pruebas de oficio, pero entre sus normas contiene iniciativas oficiosas del juez. Es así que el artículo 95 del Código Procesal Penal le otorga facultades oficiosas al juez durante cualquier etapa del proceso, esta norma señala que “La persona imputada será sometida a examen mental cuando la autoridad competente observe indicios sobre la falta de capacidad de comprender la ilicitud del hecho o para determinarse de acuerdo con esa comprensión, por causa de trastorno mental o cuando actúa con imputabilidad disminuida. Esto podrá ordenarse durante cualquiera de las fases del proceso”.

El Manual de audiencias previas al Juicio Oral en el Sistema Acusatorio que es elaborado por American Bar Association Rule of Law Initiative y colaboradores del Órgano Judicial y del Ministerio Público de Panamá, en el Capítulo 2. Audiencia de la fase de investigación, señala “2.1. Medios de verificación de la información por parte del juez. En caso de que el Juez requiera verificar la información aportada, dispone de dos mecanismos; el primero: inquirir a la parte contraria a la que presenta la información acerca de la verdad de la misma; es decir, que no es necesario esperar a que la parte contraria se refiera a ella. Si la parte señala que es cierto, el Juez logra un alto grado de certeza acerca de la veracidad de esa información”⁶¹⁵. No se trata de un juez que traerá nuevos elementos de pruebas al proceso pero tampoco de un juez convidado de piedra, quien de lo que surja en el debate debe buscar la verdad.

Observamos otra facultad oficiosa en la Ley 63 de 2008, en el artículo 200 en concordancia con el artículo 63 y 199 del Código Procesal Penal que expresan lo siguiente: “Artículo 200. Cuando el Tribunal estime se ha producido un acto viciado y la nulidad no se hubiera saneado aún, lo pondrá en conocimiento del interviniente en el

⁶¹⁴ PARRA Quijano, Jairo (2011). Op. cit., p. 686.

⁶¹⁵ American Bar Association Rule of Law Initiative. Manual de Audiencias previas al Juicio Oral en el Sistema Acusatorio, editora Novo Art, S.A., Panamá, 2011, p. 35.

procedimiento a quien la nulidad ocasione un perjuicio, a fin de que proceda como crea conveniente a sus derechos, a menos de que se trate de una nulidad procesal absoluta, caso en el cual podrá decretarla de oficio”.

Por su parte, el artículo 199 hace referencia a la nulidad procesal cuando es absoluta así: “Es nula la actuación o diligencia judicial cuando el juicio haya impedido al interviniente el pleno ejercicio de las garantías y de los derechos reconocidos en la ley, la Constitución Política y los tratados o convenios internacionales ratificados por la República de Panamá. Esta nulidad es insubsanable”; y el artículo 63 ibídem señala como un deber de los Jueces, “sin perjuicio de lo establecido en el Código Judicial y en el proceso penal, los jueces deben: 1. Evitar toda dilación procesal, así como actos y actuaciones improcedentes o inconducentes, debiendo rechazarlos de plano (...). 2. Corregir las actuaciones irregulares (...)”.

Esta nulidad podrá ser declarada en la fase intermedia ante el juez de garantías en su función de depuración de los medios de prueba, puede ser oficiosa, siempre y cuando sea puesta en conocimiento de los intervinientes y si no es solicitada su nulidad y se trata de un vicio que no es subsanable, el juez está facultado para decretar la nulidad de oficio.

El Código Procesal Penal panameño en el artículo 428 que guarda relación con el principio de la congruencia indica que “La sentencia condenatoria no podrá exceder el contenido de la acusación, por tanto, no se podrá condenar por hechos o circunstancias no contenidos en ella, salvo cuando favorezca al imputado. En la sentencia, el Tribunal podrá dar al hecho una calificación jurídica distinta a la que le dio la acusación o apreciar la concurrencia de circunstancias agravantes de la responsabilidad penal no incluidas en ella, siempre que hubiera advertido a los intervinientes durante la audiencia”. Esta norma prevé la posibilidad de que la calificación del tipo penal pueda variar, que el Juez

de Juicio de manera oficiosa determine una calificación jurídica distinta a la que se dio en la acusación. Ante esta facultad tan amplia, nos surge la siguiente interrogante: ¿existe vulneración de derechos fundamentales al establecer el juez de manera motivada una calificación distinta a la que se declara en la acusación? No existe violación a las garantías ni a los derechos fundamentales, el juez llámese de garantía o de juicio siempre debe velar por los derechos de los intervinientes en el proceso penal. Además, la norma es clara al señalar que de darse, el juez, debe advertirlo a los intervinientes al inicio de la audiencia, de esta manera se garantiza el contradictorio y el derecho de defensa.

El artículo 64 del Código Procesal Penal, prevé otra facultad oficiosa del Juez en las medidas de sanción, al señala que “El Juez o Tribunal podrá, de oficio o a solicitud de parte, sancionar con multa de cincuenta balboas (B/.50.00) a quinientos balboas (B/.500.00) a: 1. Quien le falte el debido respeto en el ejercicio de sus funciones o por razón de ellas. 2. Quien desobedezca las órdenes impartidas por él en el ejercicio de sus atribuciones legales”. Norma que no es cónsona con el artículo 119 de la Ley 53 de 27 de agosto de 2015, “que regula la Carrera Judicial”, ley que es aplicable a todos los jueces de la República y posterior a la Ley 63 de 2008 y, que al referirse a los deberes en general de los magistrados y jueces señala el deber de sancionar a los abogados, pero previa comprobación de los cargos a través de incidente.

También, en la prueba testimonial, en El Sistema Penal Acusatorio, el juez tiene facultades oficiosas. Así vemos el artículo 390 del Código Procesal Penal que se refiere al deber de abstención de declarar, en su último párrafo señala que “Si el juez estima que el testigo invoca erróneamente la facultad de abstenerse o la reserva del secreto, ordenará su declaración mediante resolución fundada”. Por su parte, el artículo 403 ibídem establece respecto a la continuidad e integridad del testimonio que “El testigo no será interrumpido en sus respuestas y se recogerán como él las diga, y deberá responder

por sí mismo de palabra sin utilizar ningún borrador. Sin embargo, el Juez podrá, de oficio o a solicitud de parte, cuando advierta que el testigo se aparta de lo preguntado, requerirlo para que su respuesta se concrete a la pregunta o repregunta formulada”.

De las normas citadas se infiere que el juez de oficio puede ordenar la declaración del testigo que se abstenga de declarar erróneamente y requerir al testigo para que responda lo preguntado de manera efectiva. Ahora bien, en que momento la respuesta no es la adecuada, evidentemente cuando para el Juez la respuesta no es totalmente clara ni le convence para emitir su decisión.

En cuanto a la facultad oficiosa en la prueba testimonial, en la legislación colombiana, indica Oliver Galé “considero que el juez, no solamente se debe limitar a captar lo expuesto por el testigo ..., ya que además más que excepcional y complementario, dentro de las competencias para interrogar por parte del juez, las preguntas del mismo pueden versar además del cabal entendimiento del caso, sobre aquellos puntos que debe tener en cuenta para apreciar dicha prueba, pues como se verá se pueden presentar problemas de percepción o de interpretación, sea que se haya impugnado la credibilidad del testigo o no, pues en últimas es el juzgador quien debe dictar sentencia con base en dicha prueba. Lo contrario, sería únicamente detectar la deficiencia y no hacer nada al respecto, para aclarar sus dudas o para entender cabalmente el caso”⁶¹⁶.

Ernesto Chiesa, autor de Puerto Rico, indica que “bajo la regla 43(D) de evidencia de dicho país, le permite al juez por iniciativa o a petición de parte llamar a testigos a declarar, permitiendo a todas las partes contrainterrogar al testigo y también puede el juez en cualquier caso interrogar a un testigo sea llamado por él o por la parte, disponiendo lo mismo la regla federal 614. Indica que en el caso Pueblo V. Pabón, tanto

⁶¹⁶ OLIVER Galé, Carlos Alberto. Op. cit., p. 88.

en Estados Unidos como en Puerto Rico, la jurisprudencia le ha reconocido un papel crecientemente más activo al juez, siendo más borrosa la línea divisoria entre el juicio inquisitorial y el acusatorio”⁶¹⁷.

Este mismo autor⁶¹⁸ cita jurisprudencia de Puerto Rico: a) El juez no solo puede sino que debe ser participante activo en la búsqueda de la verdad, lo que incluye requerir la declaración de determinados testigos, aunque no hubieran sido llamados por las partes – e interrogar a los testigos llamados por las partes. b) La intervención del juez es legítima tanto en casos civiles como en criminales, con o sin jurado, aunque el juez debe actuar con más cautela ante el jurado. Vemos que no solo la legislación, sino también la jurisprudencia en Puerto Rico permiten la prueba de oficio en el testimonio. “Esto se permite para clarificar testimonio ambiguo o confuso y para promover la búsqueda y consecución de la verdad”⁶¹⁹.

7.3. Iniciativa Probatoria en Materia Penal en el Derecho Comparado.

Este acápite de derecho comparado nos permitirá establecer la aplicación de la prueba de oficio en los diversos ordenamientos vigentes en distintos países.

En Venezuela, el Código Orgánico Procesal Penal en su artículo 342 que forma parte del Capítulo II de Sustanciación Del Juicio dice: “Excepcionalmente, el Tribunal podrá ordenar, de oficio o a petición de parte, la recepción de cualquier prueba, si en el curso de la audiencia surgen hechos o circunstancias nuevas, que requieran su esclarecimiento. El tribunal cuidará de no reemplazar por este medio la actuación propia

⁶¹⁷ CHIESA, Ernesto. Tratado de Derecho Probatorio, Tomo I, Publicaciones JTS, Luigi Abraham editor, 2005, p. 348 a 352, citado por Op. cit. OLIVER Galé, Carlos Alberto, p. 89.

⁶¹⁸ Ibídem, p. 90.

⁶¹⁹ Ibídem, p. 91.

de las partes”⁶²⁰.

Además de Venezuela, otros países permiten la iniciativa probatoria oficiosa como Portugal, Alemania, Francia, Ecuador y el Código Modelo para Iberoamérica.

En Portugal, de acuerdo con el artículo 340 del Código Procesal Penal que entró en vigencia el 1 de enero de 1988, señala que “El tribunal ordenará, de oficio o a petición de parte, la práctica de todos los medios de prueba que crea necesarios para el descubrimiento de la verdad y la justa decisión de la causa. Si el tribunal considera necesario la presentación de pruebas que no consten en la demanda, sentencia o recurso lo pondrá en conocimiento de las partes con la antelación que sea posible, y lo hará constar en acta”. De acuerdo al artículo 340 del Código Procesal Penal de Portugal, los tribunales tienen facultades de práctica de prueba oficiosa de cualquier medio que considere necesario para el descubrimiento de la verdad y el buen resultado del caso; incluso para producir la evidencia no contenida en la acusación o la defensa.

En este orden, el artículo 244 de Alemania indica que “El tribunal ampliará de oficio, con el fin de indagar la verdad, la práctica de las pruebas a todos los hechos y medios de prueba que fueran de importancia para la resolución”. Se dice que es un proceso acusatorio con principio de investigación, es decir, que el tribunal solo puede actuar por medio de una acusación interpuesta por el Ministerio Público. No obstante, el artículo antes citado, entre otras cosas, señala que el tribunal tiene que establecer la verdad, por lo que es viable extender las pruebas de oficio en todos los hechos y las pruebas que sean relevantes para la decisión de importancia.

Igualmente, el Código Procesal Penal de Ecuador en el artículo 301, señala que entre “Otras pruebas: El presidente tendrá la facultad de llamar a cualquier persona para

⁶²⁰ Código Orgánico Procesal Penal de Venezuela. Decreto No. 9.042 de 12 de junio de 2012 (www.mp.ve).

interrogarla y de ordenar que se exhiban ante el tribunal los objetos o documentos que considere necesarios para esclarecer el hecho o alguna circunstancia alegada por las partes”. Vigente el Sistema Penal Acusatorio desde 2001.

Por su parte, el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica, en su artículo 289, contempla la prueba de oficio al indicar que “En la decisión, el tribunal ordenará de oficio, la recepción de la prueba pertinente y útil que considere conveniente, siempre que su fuente resida en las actuaciones ya practicadas”.

Es importante señalar que otros países admiten la prueba de oficio con limitaciones, como España, Italia, Argentina y Perú.

España sigue un sistema procesal acusatorio mixto, donde la primera fase tiene rasgos inquisitivos. La Ley Criminal de España, en sus artículos 728 y 729, establecen que:

“Artículo 728. No podrán practicarse otras diligencias de prueba que las propuestas por las partes, ni ser examinados otros testigos que los comprendidos en las listas presentadas.

Artículo 729. Se exceptúan de lo dispuesto en el artículo anterior ... 2. Las diligencias de prueba no propuestas por ninguna de las partes, que el tribunal considere necesarias para la comprobación de cualquiera de los hechos que han sido objeto de los escritos de calificación”.

Italia mantiene un sistema prevalentemente acusatorio. El Codice de Procedura Penale de Italia, en su artículo 507 indica que “Finalizada la práctica de las pruebas, el juez, si resulta absolutamente necesario, puede disponer también de oficio la práctica de nuevos medios de prueba”.

El Sistema procesal penal acusatorio de Argentina, Código Procesal Penal de la Nación 2014, establece en el ARTÍCULO 128.- Reglas sobre la prueba. La recolección y admisibilidad de la prueba se ajustará a las siguientes reglas procesales: c. los jueces no podrán de oficio incorporar prueba alguna;(…). Sin embargo, este mismo Código

Procesal Penal de la Nación de Argentina, en su artículo 356 indica que “El presidente del tribunal ordenará la recepción oportuna de las pruebas ofrecidas y aceptadas. El tribunal podrá rechazar, por auto, la prueba ofrecida que evidentemente sea impertinente o superabundante. Si nadie ofreciere prueba, el presidente dispondrá la recepción de aquella pertinente y útil que se hubiere producido en la instrucción”, es decir, que la aplica como excepción.

Así mismo, el Código Procesal Penal de Perú de 2004, manifiesta en su artículo 385 que “Otros medios de prueba y prueba de oficio.- 1. Si para conocer los hechos, siempre que sea posible, que no se haya realizado dicha diligencia en la investigación preparatoria o ésta resultara manifiestamente insuficiente, el Juez Penal, de oficio o a pedido de parte, previo debate de los intervinientes, ordenará la realización de una inspección o de una reconstrucción, disponiendo las medidas necesarias para llevarlas a cabo. 2. El Juez Penal, excepcionalmente, una vez culminada la recepción de las pruebas, podrá disponer, de oficio o a pedido de parte, la actuación de nuevos medios probatorios si en el curso del debate resultasen indispensables o manifiestamente útiles para esclarecer la verdad. El Juez Penal cuidará de no reemplazar por este medio la actuación propia de las partes. 3. La resolución que se emita en ambos supuestos no es recurrible.

El Código Procesal de Francia en el artículo 310 establece que “El Presidente – de la cour d’assises – está investido de un poder discrecional por el que puede, por su honor y conciencia, tomar las medidas que cree útiles para descubrir la verdad”. Francia tiene un proceso penal mixto.

Existen, además, de Panamá otros países en los cuales su ordenamiento procesal penal prohíbe el decreto de pruebas de oficios, entre éstos: Chile, Nicaragua, Bolivia y Colombia. Chile en su artículo 3 del Código Procesal Penal, establece de conformidad

con la Constitución y la Ley, la investigación de los delitos es exclusiva del Ministerio Público.

El Código Procesal Penal de Nicaragua prohíbe, en su artículo 10, el decreto de pruebas de oficio, por lo menos se deduce del mismo, ya que no lo señala de manera expresa como el Código Procesal Penal de Bolivia, Panamá y Colombia. Es así que el artículo 10 prescribe el Principio acusatorio de la siguiente manera “El ejercicio de la acción penal es distinto del de la función jurisdiccional. En consecuencia, los jueces no podrán proceder a la investigación, persecución ni acusación de ilícitos penales. No existirá proceso penal por delito sin acusación formulada por el Ministerio Público, el acusador particular o el querellante en los casos y en la forma prescritos en el presente Código”.

El Sistema Penal Acusatorio en Bolivia, en el artículo 342 del CPP Boliviano señala la prohibición de la prueba de oficio:

Artículo 342º.- (Base del juicio).- El juicio se podrá abrir sobre la base de la acusación del fiscal o la del querellante, indistintamente. Cuando la acusación fiscal y la acusación particular sean contradictorias e irreconciliables, el tribunal precisará los hechos sobre los cuales se abre el juicio. **En ningún caso el juez o tribunal podrá incluir hechos no contemplados en alguna de las acusaciones, producir prueba de oficio ni podrá abrir el juicio si no existe, al menos, una acusación.** El auto de apertura del juicio no será recurrible. **La acusación podrá retirarse en cualquier momento del juicio, hasta antes de la deliberación del tribunal.**

Colombia, en su artículo 361 del Código de Procedimiento Penal, señala la prohibición de prueba de oficio así “En ningún caso el juez podrá decretar la práctica de pruebas de oficio”. No obstante, vía jurisprudencia se ha dejado sentado la posibilidad del decreto de la misma.

Las legislaciones que comparten o regulan la prueba de oficio no promueven la

imparcialidad del juez ni vulneran la Constitución ni los Tratados y Convenios Internacional sobre Derechos Humanos; “países que se encuentran cobijados por el TEDH, tienen pruebas de oficio en su sistema jurídico procesal penal y no por ello se conozca, han establecido reservas al tratado ni cuestionada su legislación”⁶²¹.

Armenta se refiere a los sistemas europeos continentales y señala que “reconocen facultades al juzgador que contribuyen con las partes a verificar las afirmaciones de hecho, sin entender comprometida así su imparcialidad; en el proceso alemán (pagfs. 244.2; 202; 216 y 214 todos de la StPO); en el CPP, en la Ley de Enjuiciamiento Criminal española, y en el reformado CPP de Portugal, que hace desaparecer la instrucción judicial pero mantiene la búsqueda de la verdad material como un postulado esencial (art. 340.1 CPP)”⁶²².

De lo expuesto, observamos que al igual que otras legislaciones nuestro Código Procesal Penal panameño contiene facultades oficiosas de dirección del proceso y “permite ciertas facultades oficiosas al juzgador en sistemas acusatorios más puros que el nuestro en materia de prueba testimonial, amén de mostrar acercamiento de sistemas antes que alejamiento”⁶²³. Lo que no causa asombro, ya que tal como señala Armenta el juez no puede ser “un mero ordenador procedimental”⁶²⁴.

Si en un proceso penal a través de la prueba de oficio, “no en la investigación, sino en la comprobación de los hechos afirmados por las partes, encuentra que los mismos no ocurrieron de esa manera si no de otra, el juez no puede ser ajeno a tal circunstancia, en consecuencia, sin salirse del marco de congruencia, absolverá,

⁶²¹ OLIVER Galé, Carlos Alberto. Op. cit., p. 89.

⁶²² ARMENTA Deu, Teresa. La Prueba Ilícita (un estudio comparado), segunda edición, Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, 2011, p. 23.

⁶²³ OLIVER Galé, Carlos Alberto. Op. cit., p. 91.

⁶²⁴ ARMENTA Deu, Teresa (1995).Op. cit., p. 50 y 51.

verbigracia, al demandado o al procesado, por no corresponder a dicho marco”⁶²⁵. Que resultaría si no se decretará la prueba de oficio, las afirmaciones de las partes pueden llevar a una sentencia condenatoria; mientras que “se puede lograr entre otros eventos con las denominadas pruebas de oficio, en la medida en que la misma corrobore algunas de tales hipótesis”⁶²⁶, la absolución del imputado.

El Sistema Penal Acusatorio, sea americano, adversarial, puro o garantista, debe responder a la realidad de cada país y a las falencias del sistema de administración de justicia. De acuerdo con las normas analizadas, nuestro sistema no es acusatorio puro pues entre sus normas contiene facultades oficiosas. En Panamá el sistema acusatorio reemplaza el tradicional proceso escrito por formas de juicio oral, se rige por garantías, principios, reglas, respeto de los derechos humanos, cumple con el debido proceso y garantiza la seguridad jurídica en nuestro país (artículos 1, 3, 14 de la Ley 63 de 2008), acorde con los valores de un Estado de Derecho. No obstante, la principal misión del Estado de Derecho es hacer justicia y no puede un juez ser justo sino está convencido al momento de emitir su decisión, sino busca la verdad, por tanto, nos lleva a considerar que la prohibición del decreto de pruebas oficiosa no es compatible con este sistema.

7.4. Criterios en la Doctrina y la Jurisprudencia respecto a la Prueba de Oficio en el Sistema Penal Acusatorio.

Sin duda este nuevo modelo de justicia penal que aún está en implementación requiere ser analizado a medida que se va dando su desarrollo y aplicación, ya que la prohibición de la prueba de oficio no debe ser definitiva, el juez debe tener mayor protagonismo por ser el garante de las garantías y derechos de los intervinientes en el proceso penal, ya que la esencia de la función del juez es la declaración de los derechos

⁶²⁵ OLIVER Galé, Carlos Alberto. Op. cit., p. 132.

⁶²⁶ *Ibíd*em, p. 134.

de las partes, su principal fin es hacer justicia y a través de ella buscar la paz social en un Estado de Derecho.

Es admisible defender el Estado de Derecho con sus principios fundamentales, porque no puede concebirse un derecho penal sin control, principios y garantías, ya que éstos se manifiestan en derechos fundamentales de los particulares oponibles frente al Estado, es a través del derecho penal que el Estado legitima su poder y su límite lo constituyen los principios, garantías procesales y derechos fundamentales que consagra la Constitución, los tratados y convenios internacionales de derechos humanos.

Un sistema de justicia penal no es eficaz y eficiente por el tiempo en que se resuelvan las causas, ni porque las personas puedan observar lo que se da en el juicio oral y público, sino por las decisiones que se emiten; “considero debe triunfar la interpretación de la norma que garantiza los derechos fundamentales y la justicia material, frente a la interpretación que le da pie exclusivamente a la agilidad y rapidez del proceso”⁶²⁷.

En los capítulos anteriores de esta investigación hemos desarrollado como la prueba de oficio no vulnera principios como el debido proceso, seguridad jurídica, dignidad humana, imparcialidad y la verdad material, ésta última conlleva fallos más justos. Se ha analizado como estos valores se garantizan a través de la prueba de oficio. Una regulación adecuada de la prueba de oficio supone procesos no alejados de la justicia.

Al respecto, conviene recordar los planteamientos de Oliver Galé⁶²⁸, el cual señala que los conceptos de libertad, justicia, dignidad humana y seguridad jurídica no son extraños a dicho sistema; puesto que los principios, garantías y reglas que le

⁶²⁷ *Ibidem*, p. 125.

⁶²⁸ *Ibidem*, p. 51.

informan son derivados del marco constitucional que regula toda la actuación procesal del ente jurisdiccional. Tal señalamiento tiene su sustento en advertir que la inspiración de este nuevo sistema de juzgamiento no proviene de forma pura del derecho anglosajón, por el contrario, tiene matices derivados del derecho europeo continental en donde si se admite la prueba de oficio en el proceso penal.

En este estudio del decreto de pruebas de oficios y de verificar su viabilidad en el marco del Sistema Procesal Acusatorio de Corte Adversarial, es oportuno citar la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Penal fechada 30 de marzo de 2006, señaló que “En efecto en varias oportunidades esta Corporación ha dicho que el juez de control de garantías, juez constitucional por excelencia, es el <garante de los derechos constitucionales y ... supervisor de la actuación de las autoridades públicas y de los particulares en la etapa de la investigación penal ... tiene a su cargo la ponderación y armonización de los derechos en conflicto>. De esta forma es lógico sostener que el funcionario judicial que tiene a su cargo conciliar el eficientismo y el garantismo del derecho penal, en tanto que debe preservar los derechos y libertades individuales que consagra la Constitución y, al mismo tiempo, debe favorecer la eficacia de la investigación penal como método escogido por las sociedades civilizadas para sancionar el delito y materializar la justicia en el caso concreto, puede decretar pruebas de oficio cuando considere estrictamente indispensable para desarrollar su labor. De hecho, no se trata de convertir la etapa de preparación al juicio en una fase investigativa por parte del juez, por lo que, dentro de la lógica del sistema acusatorio, él no tendría autorización para averiguar la veracidad de lo ocurrido o para preparar la acusación o la absolución del indiciado, se trata de permitirle al juez instrumentos adecuados para ejercer su función de guardián de los derechos y libertades en tensión en el proceso penal”⁶²⁹.

⁶²⁹ Sentencia de 30 de marzo de 2006, Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia de Colombia.

Afirma la Sala de Casación Penal, de la Corte Suprema de Justicia de Colombia que “la justificación de la pasividad probatoria del juez de conocimiento encuentra respaldo constitucional desde la perspectiva de la neutralidad judicial y la igualdad de armas entre las partes en el sistema penal acusatorio, no tiene sustento alguno pretender aplicar esa misma tesis en la etapa procesal en la que no existen partes, ni controversia de pruebas, ni debate en torno a la validez y eficacia de la prueba dirigida a demostrar supuestos arbitrariamente contradictorios. Luego es fácil concluir que la prohibición acusada no se aplica en el ejercicio de las funciones propias del juez de control de garantías, sino únicamente ante el juez de conocimiento y, en estos términos, la norma acusada se ajusta a la Constitución”⁶³⁰.

La postura de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Penal, se centra en la importancia de que no se restrinja la labor del juzgador de garantías, que debe tener un control amplio de las actuaciones que se someten a su análisis; puesto que el mismo debe procurar la armonización de los derechos en conflictos, siendo necesaria la práctica de pruebas de oficio. Tal criterio, se circunscribe propiamente a la protección de derechos, mas no al ejercicio de una labor investigativa propiamente tal; toda vez que la naturaleza adversarial del sistema radica en la separación de funciones de los intervinientes, de lo contrario se desnaturalizaría el rol del juez al asumir funciones inquisitivas.

En Panamá, al igual que en Colombia, la legislación prohíbe de manera expresa la práctica de pruebas de oficio, no obstante, coincidimos con el criterio de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Penal, que en la etapa de investigación formal luego que se formula la imputación, incluso en la investigación preliminar (antes de la imputación), no existen propiamente partes, ni pruebas, por lo que es dable la práctica oficiosa de pruebas para el control de garantías. Si bien sería

⁶³⁰ Sentencia de 30 de marzo de 2006, Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia de Colombia.

posible el decreto oficioso de pruebas en esta fase de investigación preliminar y formal para la protección de los derechos fundamentales de los intervinientes, no puede por ello soslayarse que gran parte del debate probatorio de la fase intermedia se fundamenta en supuestos derivados de éstas, es decir, que los intervinientes controlan la afectación de derechos que pudieran ocasionarse solicitando al juez la correspondiente exclusión de pruebas para el juicio. Es así que, tanto el juez como las partes, pueden ejercer el control de afectación de derechos fundamentales.

La Corte Constitucional de Colombia mediante Sentencia C-396/07 Magistrado Ponente Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra, con salvamento de voto incluido del Magistrado Dr. Nilson Pinilla Pinilla, declaró exequible el artículo 361 de la Ley 904 de 2004. Con anterioridad la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, le dio cabida excepcional a las pruebas de oficio en el proceso penal (Sentencia de 30 de marzo de 2006, M.P. Dr. Edgard Lombana Trujillo Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia)⁶³¹.

El artículo 361 de la Ley 906 de 2004 “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal del Congreso de la República de Colombia señala: “En ningún caso el juez podrá decretar la práctica de pruebas de oficio”. A pesar que literalmente está clara dicha prohibición, la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal en Colombia, vía jurisprudencia niegan su carácter absoluto.

Afirma Parra Quijano, que la Sentencia C-396/07 de la Corte Constitucional de Colombia, se sustenta en los siguientes criterios:

“Es claro que sólo (sic) puede realizarse la justicia material cuya búsqueda hace parte de la esencia del Estado Social de Derecho, cuando el proceso penal se dirige a encontrar la verdad fáctica o, por lo menos, cuando la decisión judicial se acerca a ella, pues la aproximación a la verdad es un fin,

⁶³¹ OLIVER Galé, Carlos Alberto. Op cit., p. 55.

un principio y un derecho constitucional que se impone a las autoridades y a los particulares que se encuentran en el proceso penal.

La Corte con base en esa premisa, procede a estudiar cómo se ha concretado en la Constitución y cómo debe desarrollarse en la ley el procedimiento penal que busca aproximar la verdad fáctica con la verdad procesal y jurídica y, de esta manera, encontrar la verdad verdadera y no sólo (sic) la formal.

En el desarrollo de los límites constitucionales en la búsqueda de la verdad en el proceso, se concluye así: ... Es evidente que la visión del proceso penal en la Constitución no se agota en la búsqueda de la verdad, pues el concepto de justicia en la averiguación o aproximación a la misma, está condicionada al respecto de las garantías mínimas que deben ser protegidas por el juez y se exigen de todas las autoridades y en todas las situaciones, pues ni siquiera en estados de excepción pueden suspenderse (artículo 214, numeral 2 de la Carta). De esta forma puede concluirse que la búsqueda de la verdad en el proceso penal está subordinada al respeto por la dignidad humana, a la eficacia de los derechos fundamentales y al cumplimiento de un conjunto de principios rectores y reglas probatorias que racionalizan su consecución en el proceso”⁶³².

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de Colombia fechada 30 de marzo de 2006⁶³³, manifestó lo siguiente: Como viene de verse, en términos generales, el Juez no tiene iniciativa en materia probatoria, y por ende no puede decretar pruebas de oficio. No obstante, a la luz de la Constitución Política la prohibición contenida en el artículo 361 del Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004, no puede ser absoluta. Reside legítimamente en la comunidad el interés público consistente en que se investiguen los delitos, se reconstruya la verdad para conocerla, se sancione a los responsables y se indemnice a las víctimas, cuando a ello hubiere lugar. Similar interés se reconoce a la comunidad sobre la preclusión de las investigaciones y la absolución de los inocentes, si fuere el caso. En cuanto tiene que ver con actos de investigación, la Constitución Política confió primordialmente la salvaguarda de ese interés público a la Fiscalía General de la Nación. Es, por tanto, imperativo que los

⁶³² PARRA Quijano, Jairo (2011). Op. cit., p. 676.

⁶³³ Sentencia de 30 de marzo de 2006, Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia de Colombia.

Fiscales Delegados se desempeñen con responsabilidad máxima por la senda del principio de objetividad. Aun así, en términos Constitucionales, el interés público inherente al sistema de justicia penal no es del resorte exclusivo de la Fiscalía, sino que el Ministerio Público, también tiene sus propias responsabilidades; y, por supuesto, el Juez ocupa un papel protagónico.

En este mismo orden de ideas, la Sala Penal de Casación Penal de Colombia a través de la Sentencia de 12 de junio de 2005, con la vigencia del sistema penal acusatorio en dicho país “verificó que el Juez cumplía una función jurídico política, en los siguientes términos: El Juez encarna al promotor de todos los cometidos que el Estado Social, democrático y de derecho aspira cumplir en desarrollo de la función judicial a través de la Rama Judicial del Poder Público. Cuando el Juez vela por el cumplimiento de los fines constitucionales del proceso penal; entre ellos alcanzar el valor de la justicia material dentro de un marco jurídico (no por fuera de la legalidad), entonces la actividad jurisdiccional se proyecta más allá del caso particular hacia el alcance de los fines superiores del Estado. Así, el Juez no es solo un instrumento funcional destinado a administrar normas jurídicas, ni a repetir en términos de justicia formal lo que a cada quien corresponde, pues de su labor de jurisprudencia trasciende y debe trascender hacia la búsqueda y alcance de los valores superiores que caracterizan el Estado de principio a fin. Esos valores fundantes, de la organización estatal se resumen en el Preámbulo de la Carta, desde cuya óptica, a los Jueces como autoridad pública también corresponde velar porque se asegure a los habitantes del territorio nacional la vida, la convivencia, el trabajo, **la justicia**, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo. De ahí que no son legítimas las pretensiones de relegar al Juez al plano de un mero espectador, a quien no corresponde más que declarar la verdad que a bien tengan construir los intervinientes en desarrollo del proceso penal; pues, contrario a tal postura, **el Juez debe luchar por alcanzar la verdad histórica objetiva, aquella desde la cual pueda realizar la idea de justicia material, y no**

solamente la justicia formal. Posteriormente, la Corte Constitucional, en la Sentencia C-591 de 2005 (junio 19) en un aparte destinado a destacar los rasgos que caracterizan el sistema penal acusatorio colombiano, descartó que se tratara de un proceso adversarial típico o puro, y puso de relieve que **el Juez, más allá de ser un árbitro, desempeña un papel activo hacia el logro de la verdad y la aplicación de la justicia material**⁶³⁴.

Vemos como en Colombia, vía jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y de acuerdo a su Constitución Política, el juez no cumple un papel de mero árbitro en El Sistema Penal Acusatorio. “La prohibición de que el Juez decrete pruebas de oficio podría tener eventuales excepciones; para ello es imprescindible que el Juez argumente razonablemente frente a cada caso concreto que de aplicarse literalmente la restricción contenida en el artículo 361, se producirían efectos incompatibles con la Carta y, por ende, inaceptables. Por lo tanto, es factible que por razones de índole constitucional, excepcionalmente el Juez decida inaplicar la prohibición del artículo 361 de la Ley 906 de 2004, para en su lugar aplicar la Constitución Política como norma preponderante que es, con el fin de garantizar precisamente el cumplimiento de alguno de sus fines constitucionales del proceso penal”⁶³⁵.

Al observar los planteamientos de la Corte Constitucional de Colombia, respecto a la prueba de oficio en materia penal, la misma no excluye la posibilidad de su práctica, sino que la limita a parámetros como la dignidad humana, la eficacia de los derechos fundamentales y al cumplimiento de un conjunto de principios y reglas; lo cual permite la búsqueda de la denominada verdad verdadera.

Resulta interesante los supuestos bajo los cuales dicha corporación de justicia circunscribe la práctica de prueba de oficio, los cuales son similares a los establecidos al

⁶³⁴ Sentencia de 12 de junio de 2005, Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia de Colombia.

⁶³⁵ OLIVER Galé, Carlos Alberto. Op. cit., p. 58.

principio de libertad probatoria que recoge la legislación patria; además dichos tribunales colombianos supeditan dicho decreto oficioso al cumplimiento de fines constitucionales del propio proceso penal, aspecto que se asemeja al principio de constitucionalización del proceso penal que rige en el sistema penal acusatorio nuestro.

Señala Oliver Galé que “en términos generales, el Juez Penal está en la obligación de acatar el artículo 361 de la Ley 906 de 2004, en cuanto prohíbe decretar pruebas de oficio, pues se trata de un mandato legal que tiene razón de ser en el sistema acusatorio implementado en Colombia. Sin embargo, cuando por motivos de orden constitucional el Juez arribe a la convicción de que es imprescindible una prueba de oficio, antes de hacerlo debe expresar con argumentos cimentados las razones por las cuales en el caso concreto la aplicación del artículo 361 produciría efectos inconstitucionales, riesgo ante el cual, aplicará preferiblemente la Carta, por ser la norma de normas, como lo estipula el artículo 4 constitucional”⁶³⁶.

La sentencia constitucional antes citada por Oliver Galé, indica que “es lógico inferir que el hecho de que otros países hubiesen adoptado la prueba de oficio como una regla necesaria en el proceso penal, no significa que el legislador colombiano estaba obligado a seguir esa corriente en nuestra legislación. Es más, el hecho de que en países en los que la prohibición de pruebas de oficio en el sistema penal acusatorio es aún más absoluta que en Colombia, tales como Estados Unidos y Puerto Rico, nuestro legislador se encuentra en el deber constitucional de regularlo de forma idéntica ... Finalmente, es importante aclarar si, como lo sostienen algunos de los intervinientes, es necesario condicionar la constitucionalidad de la norma acusada, en tanto que si bien no encuentran discutible su constitucionalidad, el carácter absoluto de la prohibición exige que, en algunos casos es necesario autorizar el decreto y práctica oficiosa de pruebas para evitar la afectación grave de derechos de las víctimas o del sindicato”⁶³⁷.

⁶³⁶ *Ibíd*em, p. 59.

⁶³⁷ *Ibíd*em, p. 60.

De acuerdo con Oliver Galé, “no solamente el juez de control de garantías puede decretar pruebas de oficio, sino el juez de conocimiento, pero de manera excepcional como se ha dicho. Me pregunto ¿el juez del conocimiento no garantiza derechos fundamentales, para que en caso de transgresión de los mismos pueda decretar pruebas de oficio, si ella resulta pertinente? La respuesta, considero es afirmativa, ya que el juez ordinario, en cualquier proceso, es el primer garante de los derechos fundamentales de las partes en un proceso. La Corte Constitucional dice que el legislador, tiene un marco de libertad para escoger el sistema procesal penal que considere conveniente, sin embargo, el Norteamericano que toma de referencia en el que se niega la prueba de oficio, parte de una premisa fundamental, como lo es que el juez americano es el director formal del proceso, mas no de la decisión, la cual queda en mano del jurado, situación que no ocurre en Colombia, lo cual impide aplicar la prohibición en los términos de la norma, pues el juzgador en nuestro sistema jurídico, debe motivar las sentencias, que incluye como se verá la posibilidad de decretar pruebas de oficio”⁶³⁸.

Coincidimos con el autor citado, al opinar que el hecho de que en otros ordenamientos jurídicos se haya excluido la posibilidad del decreto de pruebas de oficios en materia penal, tal postura no necesariamente implica que Colombia deba asumirla; puesto que cada legislación debe adaptarse a las condiciones particulares de la sociedad. De acuerdo a su criterio, la necesidad de la prueba de oficio debe garantizarse para salvaguardar los derechos de los intervinientes del proceso penal, como las víctimas y los imputados o acusados; por lo que tanto los jueces de garantías, como los de juicio, de forma excepcional, están facultados para su práctica en aras de garantizar tal protección.

Dicho criterio de prohibición absoluta es válida en el sistema norteamericano, puesto que el juez dirige el proceso, más no tiene a cargo la emisión de la sentencia, la cual es responsabilidad exclusiva del jurado; en oposición al juez panameño y

⁶³⁸ Ibídem, p. 64.

colombiano que tiene una obligación de motivar sus decisiones, de allí que deba tener tal facultad.

A diferencia de Colombia que el juez de conocimiento es unipersonal, en Panamá el tribunal de juicio es colegiado y por tanto deben tomar decisiones por mayoría. De allí que debe analizarse con detenimiento la factibilidad o no de la prueba de oficio, máxime que la legislación descarta la posibilidad de dicho tribunal de practicar pruebas, bajo la premisa que la existencia de dudas deben, conforme al principio de indubio pro reo, favorecer al acusado y es un deber del Ministerio Público ofrecer las pruebas de cargo suficientes, como titular de la acción penal por mandato constitucional. Ahora bien, el tribunal de juicio, también tiene un deber constitucional que es el reconocimiento de los derechos de las partes, por lo que nos surge la siguiente interrogante ¿el no hacer uso de la prueba de oficio para verificar las afirmaciones de las partes, ante el supuesto de dudas antes señalado, podría esa omisión del tribunal ser una infracción al deber constitucional del juzgador de emitir fallos conforme a la verdad, justos y en derecho, o vulnerar derechos fundamentales de la víctima?.

Nuestro Sistema Penal Acusatorio al igual que el sistema angloamericano prohíbe la prueba de oficio. No obstante, los principios de separación de funciones, independencia e imparcialidad, el control judicial de afectación de derechos fundamentales, seguridad jurídica y emitir una decisión debidamente motivada supone determinar la verdad para cumplir con la labor de administrar justicia. El principal deber del juez y con el que se encuentra comprometida su dignidad es con hacer justicia, una justicia material. La finalidad de la prueba de oficio es la búsqueda de la verdad, y como toda prueba su función es formar la convicción del juez; es decir, que de acuerdo a nuestra legislación a sus garantías, principios y reglas esa prohibición al decreto de pruebas de oficio no es definitiva, en palabras de Oliver Galé no es “absoluta” en el marco legal ni constitucional.

Oliver Galé cita al profesor Gerardo Barbosa Castillo, quien acepta la posibilidad de pruebas de oficio en el nuevo sistema penal acusatorio e indicó que “en Colombia, el tenor literal de la Ley 906 de 2004 podría hacer pensar que en este sentido la nueva legislación se asemeja más a los procedimientos anglosajones que a los continentales, pero nuevamente es necesario insistir en que el punto de referencia para llegar a una conclusión de esta naturaleza no pueden ser las reglas del estatuto procesal, sino que debe mirarse hacia el bloque de constitucionalidad. En este sentido, sí se restringen por completo las facultades del juez para, por ejemplo, ordenar excepcionalmente la práctica de pruebas de manera oficiosa, se estaría negando al Estado la posibilidad de que a través de su órgano jurisdiccional cumpla con imperativos tales como aproximarse suficientemente al conocimiento de la verdad y hacer justicia material, así como la garantía de los derechos fundamentales de la víctima y los procesados, que podrían quedar en entredicho en numerosos casos”⁶³⁹.

La profesora española Teresa Armenta Deu nos ilustra sobre la viabilidad de las pruebas de oficio en el proceso penal de corte acusatorio señaló:

“<b) En el proceso penal, para dilucidar la segunda cuestión planteada (vigencia del principio de aportación de parte o del de investigación de oficio) conviene previamente diferenciar, de un lado, entre: a) introducción de hechos en el proceso; y b) actividad probatoria; y, de otro, entre la fase de investigación o sumarial y la de enjuiciamiento. Para un sector resulta común afirmar que la no admisión de más medios de pruebas que los determinados por las partes es manifestación del principio de aportación de parte, consustancia, al principio acusatorio y con arreglo al cual corresponde a aquéllas introducir los hechos mediante los escritos de calificación (art. 728 LECrim.). No obstante y ante la presencia de determinados preceptos legales, que limitan el valor de la afirmación anterior, catalogan estas excepciones como adecuaciones necesarias justificadas por un doble orden de consideraciones (art. 729 LECrim.). En primer término, la mencionada adecuación de la forma procesal al contenido específico del derecho sustantivo que se dilucida. En segundo término, la finalidad del proceso penal, encaminado a la búsqueda de la

⁶³⁹ Ibídem, p. 53.

verdad material, que imprime un relevante sello en todos los aspectos relativos al derecho de prueba: apertura del procedimiento a prueba (art. 701 LECrim.); proposición de oficio de la práctica de medios de prueba (art. 709,2 LECrim.); examen de la prueba documental (art. 726 LECrim.) y carga de la prueba. Como por otra parte, se concluye la práctica de nuevas diligencias queda limitada a los hechos alegados en los escritos de calificación, no cabe negar La vigencia del axioma: *iudex secundum alegata et probata a partius iudicare debet*.

No es pacífica, como se ha señalado, esta doctrina. Otro sector doctrinal interpreta que las excepciones a la vigencia del principio de aportación de parte son la regla, resultando principio aplicable el de investigación oficial, no sólo (sic) en la fase de sumario donde resulta ilimitado e indiscutible (art. 406 LECrim.), sino también en el juicio oral. Si buscamos la referencia comparada de sistemas procesales tradicionalmente acusatorios, como el alemán, o recientemente modificados con esta orientación, como el portugués o el italiano, observamos la conjunción que en los mismos se hace entre las exigencias del acusatorio (determinación del objeto de las partes), la búsqueda de la verdad material y los poderes jurisdiccionales del órgano que debe resolver. La ordenanza procesal alemana en la que no se olvide impera el principio de oficialidad, se consagra el *Aufklärungspflicht* (deber de esclarecimiento o averiguación) plasmado en los parágrafos 155, y 244,2 StPO.

Este principio también denominado *Ermittlungsgrusatz* conlleva la no sujeción del tribunal, ni a las declaraciones de las partes, ni especialmente a la confesión del acusado; ni a las solicitudes probatorias interpuestas, ni a determinadas actitudes del imputado (por ejemplo, su ausencia). En definitiva, esta investigación oficial encuentra justificación, sin que por ello la doctrina alemana la haya valorado como quiebra del sistema acusatorio, en el también principio de libre valoración de la prueba, a tenor del cual el juez debe resolver conforme a su libre convicción formada en la vista (pgf. 261 StPO)⁶⁴⁰.

El Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica contempla en su artículo 289 la prueba de oficio y señala que “En la decisión, el tribunal ordenará, de oficio, la recepción de prueba pertinente y útil que considere conveniente, siempre que su fuente resida en las actuaciones ya practicadas”. Siendo Panamá uno de los países iberoamericanos por qué seguir un modelo angloamericano?. Dicho sistema imparte un

⁶⁴⁰ ARMENTA Deu, Teresa (1995). Op. cit., p. 52 y 54.

modelo de gestión diferente, pero ello no implica que impartan mejor justicia que la de nuestros pueblos.

El profesor español Hernández García, citado por Oliver Galé, señala:

“De nuevo, creo, vuelven a confundirse los planos. Una cosa es el acusatorio, con la ineludible carga de proponer las pruebas tendentes a la acreditación de los hechos de la acusación que incumbe a la parte que afirma, y otra muy diferente es que el juez de la decisión renuncie a obtener la mayor información probatoria, siempre claro está, que ello no suponga subrogarse en la función o en las cargas probatorias que incumben a las acusaciones. Ante la prueba pericial científica el juez no puede mostrarse pasivo cuando, por ejemplo, no alcanza a entender las conclusiones o las bases metodológicas de las mismas. A mi parecer, en estos casos, la intervención aclaratoria del juez deviene obligada. El juez no puede permitir que la ciencia transite sin control cognitivo alguno por el proceso. Cabe contraargumentar que el método adversarial sirve de forma suficiente para depurar la fuente probatoria de elementos distorsionadores pero ello sabemos que no siempre es así. El proceso adversarial, como proceso de partes, garantiza el sometimiento de la fuente probatoria a determinados estándares de validación, pero no permite, en todo caso, afirmar que la pasividad del juez constituye una consecuencia necesaria de su adecuado desarrollo.

Los defensores del adversarial puro afirman que éste reclama un juez silente, encargado exclusivamente de ordenar la adecuación procedimental del debate, y suelen poner como ejemplo el modelo de adquisición probatoria norteamericano donde el juez en efecto, se sitúa como mero árbitro del debate probatorio. Pero como expone de forma convincente Nobill, y confirman Garapon y Papadopoulus, no puede olvidarse la diferente perspectiva que condiciona la actuación del juez anglosajón. Este es el señor del proceso, pero no de la decisión, la cual se transfiere al jurado, en condiciones decisionales casi incontrolables, en términos cognitivos. Dicha disociación entre corte y jurado tiende a producir la neutralidad del juez angloamericano. No es fácil afirmar que el juez del common law no le importa la justicia de la decisión que se alcance pero sí creo que puede apuntarse que le importa mucho más la equidad del proceso que desemboca en aquella. La posición del juez continental es muy diferente. El proceso y la decisión le competen de forma primaria, aun en el proceso por jurados (...). La indagación informativa del tribunal, sobre todo a la prueba científica, siempre que no comprometa las cargas de indagación probatoria

que incumbe a las acusaciones, constituye una exigencia del modelo de adquisición que deja incólume el principio- deber de imparcialidad. Si el juez es el actor de la decisión, ya sea en el proceso penal como en el civil, resulta difícil negarle una posición activa en la búsqueda de información relevante, sin que ello suponga, desde luego, desplazar las funciones que el principio acusatorio o dispositivo, en su caso, se encarga de distribuir entre las partes del proceso”⁶⁴¹.

Así mismo, Garapon y Papadopoulus citados por Olivier Galé, reafirman que “En el Common law, la parte decisoria del juicio es un hecho del jurado y no del juez. Es el jurado el que, lo hemos visto individualiza la regla de derecho. Al juez se le confía la parte irracional-diría Max Weber- del juicio, aquella que no se justifica, lo cual, a contrario, obliga al juez a ocupar plenamente la función argumentativa. El juez es un término medio, un recodo técnico obligatorio, jamás un verdadero poder. Si bien el juez francés ejerce un verdadero poder, el juez americano no es más que un mediador entre el pueblo y su representación en el jurado”⁶⁴².

Indica Oliver Galé que “en un sistema como el norteamericano, dentro de su cultura se justifica la no inclusión de pruebas de oficio, más no así en nuestro ámbito cultural, donde se conserva en el proceso penal la potestad del juzgador de la decisión y de la motivación de la sentencia”⁶⁴³.

Nos dice Parra Quijano que “si el juez, se dedicará a investigar, tenemos que reconocer que abandonaría su rol y se apropiaría de las partes, pero si llega a la conclusión que tiene un vacío cognoscitivo, que surge de las pruebas practicadas a solicitud de las partes, incluyendo al Ministerio Público a las víctimas, debería poder decretar pruebas de oficio, sin perder su imparcialidad, más bien si no las decreta se

⁶⁴¹ HERNÁNDEZ García, Javier. Conocimiento Científico y Decisión Judicial, en Jueces para La Democracia No. 54, página 80, Madrid, noviembre de 2005; citado por OLIVER Galé, op. cit., p. 65.

⁶⁴² GARAPON, Antoine y PAPADOPOULUS, Ioannis. Juzgar en Estado Unidos y en Francia, editorial Legis, Bogotá, 2006, página 141; citado por Op cit. OLIVER Galé, Carlos Alberto, p. 66.

⁶⁴³ OLIVER Galé, Carlos Alberto. Op. cit., p. 66.

parcializa con la parte que resulta favorecida en ese vacío. Capturemos bien el razonamiento, habría parcialidad cuando se sabe cuál podría ser la verdad y surge la llamada neutralidad cognoscitiva del juez, la cual permite seguramente el triunfo de quien no tiene la razón. Esta decisión tendría una justificación ideológica cuando favorece al reo, por la institución de la presunción de inocencia y el indubio pro reo, pero ¿cuál sería la justificación cuando condenamos a un inocente, con sustento en la neutralidad cognoscitiva, como concreción de la igualdad de armas?”⁶⁴⁴.

Afirma Montero Aroca que “la prueba de los hechos aportados por el acusador, y el reconocimiento al juzgador de facultades para contribuir con las partes a la comprobación de la verdad de esos hechos no atenta, en principio, a su imparcialidad”⁶⁴⁵.

Teresa Armenta Deu, desestima el quebrantamiento del principio de imparcialidad al decretar una prueba de oficio. Manifiesta que:

“Desde este punto de partida y presupuesto al aspecto de la imparcialidad ya estudiado, esto es, la necesaria separación entre función instructora y enjuiciadora, se afronta un nuevo punto de vista de este requisito de imparcialidad. Requisito que pone en conexión la posición del juez como tercero y el poder de este para resolver a tenor de la calificación jurídica que estime más ajustada a los hechos probados, y los poderes de contribuir con las partes a la prueba del hecho, con la única limitación de no modificar el objeto del proceso penal introducido por aquéllas. Se sostiene en síntesis, que ni los poderes oficiales relativos a la calificación jurídica, ni la ampliación de las facultades que en orden a la introducción y prueba de los hechos implica el peculiar régimen del proceso penal supone pérdida de imparcialidad.”⁶⁴⁶.

“En tanto los hechos son introducidos por las partes y no admiten modificaciones, las mencionadas facultades son ejercicio de la función jurisdiccional que contribuye a comprobar la certeza de los elementos

⁶⁴⁴ PARRA Quijano, Jairo (2011). Op. cit., p. 688.

⁶⁴⁵ MONTERO Aroca, Juan. La Garantía Procesal Penal y el Principio Acusatorio, p. 543, recuperado de <https://archivos.juridicas.unam.mx>.

⁶⁴⁶ ARMENTA Deu, Teresa (1995). Op. cit., p. 50 y 51.

fácticos relevantes, en concurso con la actividad probatoria de las propias partes. La idea clave que subyace en este razonamiento y que viene a conducir a conclusión semejante a la sostenida al tratar otros aspectos de este trabajo, es negar la razón a una determinada doctrina jurisprudencial, e incluso por lo que aparece un cierto criterio del legislador, conforme a los cuales, sólo (sic) queda preservada la imparcialidad del juzgador si éste asume una posición impasible y alejada del objeto del proceso, del que pudiera acabar siendo mero ordenador procedimental. Esta exigencia que torna a poner de manifiesto una peligrosa equiparación sistema acusatorio-principio dispositivo, más allá incluso de lo que la vigencia de este último principio conlleva en el proceso civil. La imparcialidad no debe confundirse ni con las exigencias de la contradicción, ni con las de la interdicción de la indefensión, que no se comprenden en el sistema penal acusatorio, por más que no quepa negar su conexión. Como se tornará a resaltar, el principio acusatorio implica la vinculación del juzgador con la acusación, esto es, a la persona y a los hechos acusados, pero no a otros elementos (calificación, pena) que deben ponerse en relación con el proceso de contradicción”⁶⁴⁷.

Afirma Parra Quijano, que en un proceso “con marcada tendencia acusatoria, el hecho de que el juez decreta pruebas de oficio no compromete su imparcialidad. Reténgase bien: el juez compromete su imparcialidad cuando tiene que hacer hipótesis para buscar la prueba, porque tiene que indagar e investigar y al hacerlo se compromete psíquicamente con lo que logra y ese imperio psíquico, por decirlo en alguna forma opaca la racionalidad y le hace perder al juez la imparcialidad, porque arrastrará prejuicios y preconcepciones. Pero si en la etapa del juicio, donde el juez es prácticamente un espectador, se presentan vacíos cognoscitivos y para poder decidir con sustento en la verdad, hay pruebas que se muestran objetivamente como expeditas y que el juez no las buscó de propósito, y que devienen en útiles y necesarias para lograr construir la sentencia con sustento en la verdad las debe decretar y no con ello compromete su imparcialidad”⁶⁴⁸.

Indica Parra Quijano, en su obra “Manual de Derecho Probatorio”, que:

⁶⁴⁷ *Ibidem*, p. 50 y 51.

⁶⁴⁸ PARRA Quijano, Jairo (2011). *Op. cit.*, p. 676.

“La Constitución colombiana, es promulgada para asegurar entre otros valores la justicia, y el conocimiento (el Preámbulo). De tal manera que ese marco hace muy difícil sostener que el juez no puede decretar pruebas de oficio (cuando se necesita para conocer la verdad) para poder administrar la justicia. No es justa una sentencia cuando no se sustenta en la verdad de los hechos. Uno de los principios rectores con respaldo en la Constitución Nacional es el consagrado en el artículo 5 de la Ley 906 de 2004, titulado imparcialidad. En ejercicio de las funciones de control de garantías, preclusión y juzgamiento, los jueces se orientaran por el imperativo de establecer con objetividad la verdad y la justicia.

La noción de principio la tomamos con el siguiente significado: Fundamento, razón fundamental sobre la cual se procede discurrendo en cualquier materia”, de tal manera que la imparcialidad es un fundamento para interpretar el código. La imparcialidad se logra si se establece con objetividad la verdad y la justicia. Luego es fácil entender que en determinados casos el juez podrá decretar pruebas de oficio para cumplir con este principio que en el mejor de los sentidos contamina toda interpretación.

El artículo 361 de la Ley 906 de 2004, resulta <sitiado> por la Constitución como ya lo dijimos y, además, por el principio indicado, y si bien el legislador puede dentro de su competencia consagrar esa disposición como regla general, para que no se desvirtúe la tendencia acusatoria, en determinados casos podrá el juez decretar pruebas de oficio. Haciendo la afirmación que esa probabilidad de decretar pruebas de oficio es excepcional”⁶⁴⁹.

Ante lo expuesto por hora bien en cuanto al modelo de juez en la oralidad, Oliver Galé indica que:

“Independientemente, de cualquier aspecto teórico preestablecido, un buen juez para la oralidad, además de prudente, con templanza, imaginación, motivador de sus decisiones, innovador, entre otros, etc, debe ser descomplicado, pragmático y teórico a la vez, garante de los derechos fundamentales, ajeno a los caprichos y resuelto. Lo primero por cuanto, las complejidades de los temas debatidos en un proceso, requieren de una persona que pueda definir en el menor tiempo posible, el conflicto, y para ello debe desprenderse de aquellas situaciones intrascendentes que puedan truncan la rapidez requerida; lo segundo, lo lleva a manejar la teoría y descenderla al caso con cierta facilidad que le permitan, no sólo (sic) aplicar la subsunción, sino la creación del derecho en los casos difíciles; lo

⁶⁴⁹ Ibídem, p. 681.

tercero, viene impuesto por ser un garante de que los derechos de las partes, sean protegidos adecuadamente, más si se parte de que muchas normas de derechos fundamentales, no tienen descritas las condiciones de modo, tiempo y lugar del ejercicio del derecho, condiciones que algunas veces están establecidas por la jurisprudencia constitucional, sin embargo en otras no; lo mismo que el legislador aún no las ha desarrollado, y es en donde el juez no puede entrar a pretextar omisión, sino que debe desde la Constitución establecer dicho contenido, que luego tendrá irradiación sobre todo el ordenamiento, mostrándose de esta manera el carácter objetivo y subjetivo de los derechos fundamentales; en cuarto lugar un juez caprichoso, no puede ser un buen juez en la medida en que va a complicarse a sí mismo y presentará estorbo a los derechos de las partes, finalmente lo resuelto del juez, no implica que no tenga dudas, si no que ante las dudas debe tener la capacidad de poder definir prontamente una situación frente a los extremos en que se encuentre en su estado de dubitación, pues de lo contrario el proceso resultará interminable. Indudablemente, el juez deber ser activo tanto en lo normativo como en lo fáctico, bajo el entendimiento que lo primero estipulativamente, como conecedor del ordenamiento jurídico para evitar aplicar normas derogadas, ora aplicar Doctrinas ya desgastadas; y lo segundo bajo en entendido de que debe buscar la verdad de las afirmaciones de las partes, dentro del respeto a la congruencia y al debido proceso en general, utilizando para ello la prueba de oficio”⁶⁵⁰.

Para Oliver Galé⁶⁵¹ que tales virtudes no solo deben predicarse del juez singular de única, primera o segunda instancia, sino también al juez colegiado de segunda instancia, respecto del cual se pueden presentar otra serie de problemas. No se relacionan todas las virtudes que deben tener los jueces, todos conocemos nuestros defectos y cualidades, ni pretendemos pontificar al respecto, simplemente frente al reto que nos pone de presente el sistema de la oralidad, que en Panamá se encuentra en etapa de implementación y en el cual consideramos no puede el juez dejar de buscar la verdad de las afirmaciones de las partes, mediante la prueba de oficio.

Indica Ferrajoli que “con el fin de tomar una posición responsable, sobre una de

⁶⁵⁰ OLIVER Galé, Carlos Alberto. Op. cit., p. 146 y 147.

⁶⁵¹ Ibídem, p. 147.

las teorías en materia penal, más influyentes de la última mitad del siglo XX, y que ha llegado a rebasar los límites del derecho penal, se hace necesario que nos ubiquemos en el apartado 41 en el número 3 de la extraordinaria obra Derecho y Razón. Y nos permitimos hacer unas pinceladas de lo dicho por el autor para poder tomar una posición. En efecto:

<i>i) Con relación a la verdad, no es la monologante, además absoluta o sustancial, perseguida por el proceso inquisitivo; sino por el contrario la perseguida por el proceso acusatorio es concebida como relativa o formal, y no es monologante, ya que se adquiere como en cualquier investigación empírica, a través del “procedimiento ensayo y error”.

ii) En el proceso inquisitivo, la actividad probatoria se le confía al juez, quien es al mismo tiempo acusador; en cambio en el proceso acusatorio dice el autor textualmente lo siguiente: “la principal garantía de su obtención se confía a la máxima exposición de las hipótesis acusatorias a la refutación de la defensa, es decir, al libre desarrollo del conflicto entre las dos partes del proceso, portadoras de puntos de vista contrastantes, precisamente porque son titulares de intereses opuestos”.

iii) El primer conflicto del sistema acusatorio, obliga que el primer movimiento sea dado por la acusación, ya que el justiciable está asistido por la presunción de inocencia, y, por consiguiente, la prueba en contrario la debe suministrar quien la niega y quien ha formulado la acusación.

iv) Por la rígida separación de papeles de los actores del proceso, impide que esa carga pueda ser asumida por otros sujetos y dice textualmente: “ni tampoco por el juez, que tiene la función de juzgar libremente la fiabilidad de las verificaciones o refutaciones expuestas”. Afirmado que lo mismo sucede con el acusador a quien le están vedadas las funciones de enjuiciamiento. Y esto según el autor lo diferencia del proceso mixto “donde el ministerio público forma pruebas y decide sobre la libertad iniciativa en materia probatoria y desarrolla de hecho las investigaciones con ayuda de la acusación.

Conclusión: Ferrajoli, con relación a su diseño ha dicho: “Se trata de un modelo límite, sólo (sic) tendencial y nunca perfectamente satisfiable”⁶⁵².

Ante lo expuesto por Ferrajoli, expone Parra Quijano que:

“Si ello es cierto, se puede afirmar que puede tener el juez poderes para decretar pruebas de oficio, sin que deje de pertenecer al modelo concebido

⁶⁵² FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal. Editorial Trotta, Madrid, 1995, p. 597, citado por Op cit., PARRA Quijano, Jairo, p. 677.

por Ferrajoli y mucho menos que por ello el proceso no sea acusatorio, sino inquisitivo. Se podrían enunciar algunas razones para confirmar nuestra aseveración:

i) El dominio de la prueba (por decirlo de alguna forma) corresponde a las partes: acusación y defensa.

ii) El juez no ha participado en la indagación, ni en la investigación, luego no tiene ni ha tenido compromisos de tipo psíquico con la búsqueda de las pruebas.

iv) El juez aquí se muestra imparcial, que es de lo que de él se demanda: No tiene intereses particulares en el proceso y, además, no está contaminado por la búsqueda de la prueba. No participó en la instrucción. No hay un ser humano que tenga su racionalidad en blanco frente a un acontecimiento y mucho menos un juez, siempre tendrá una hipótesis y esto no le hace perder su imparcialidad, porque sin ella todo lo que pensaría sería caótico y la racionalidad no podría operar.

v) Pero si las argumentaciones anteriores, no son suficientes, es buena recordar que en la concepción garantista el mayor saber (el mayor cognoscitivismo), le quita área al decisionismo y la providencia tendrá mayor legitimidad. Luego si la prueba de oficio arroja luz, habrá crecido el conocimiento y la decisión tendrá mayor legitimidad. Y si el reproche es por el decreto oficioso de pruebas por parte del juez, éste desaparece si se permite que las partes ejerzan su derecho de contradicción.

vi) No permitir que en determinados casos el juez decreta pruebas de oficio, como lo hemos afirmado anteriormente, es obligar al juez que decida sin el conocimiento necesario que hubiera podido lograr con el decreto aludido, sobre todo si se tiene en cuenta que de acuerdo con el garantismo, el método que se sigue para evaluar las pruebas es rigurosamente inductivo y pensando siempre en la motivación, luego es muy difícil que el juez pueda realizar rigurosamente este itinerario si tiene vacíos cognoscitivos que no puedo llenar por un texto legal que le prohíbe el decreto de pruebas o por no romper el modelo ideal diseñado por el garantismo⁶⁵³.

En efecto, cómo puede el juez motivar una decisión sin tener o adquirir un conocimiento, cómo fundamentar su decisión sin comprender la causa que le ocupa, cómo obtener un criterio razonado sin buscar la verdad; sin duda es necesario que el juez decreta pruebas de oficio, evidentemente de manera excepcional, es decir, para garantizar el respeto de la dignidad humana, la vigencia de los derechos fundamentales,

⁶⁵³ PARRA Quijano, Jairo (2011). Op. cit., p. 678 y 679.

en cumplimiento de principios rectores y reglas probatorias y como verificación de las afirmaciones de las partes, que constan en el proceso y que son presentadas por el Ministerio Público, querellante, la víctima y la defensa.

En los procesos penales con anterioridad a la Ley 63 de 2008, el juez penal solo podía decretar pruebas de oficio para aclarar puntos oscuros o dudosos respecto de las pruebas que constaban en autos. Ante las omisiones del Ministerio Público no podía el juez hacer uso del decreto oficioso, ya que es el ente investigador el llamado por ley a acreditar la comisión y responsabilidad del hecho delictivo.

La jurisprudencia patria en materia penal no ha resuelto pretensiones sobre el tema de prueba de oficio en el marco del sistema de juzgamiento adversarial; sin embargo, en materia constitucional, precisamente en amparo de garantías constitucionales, se ha reconocido en casos de destituciones de funcionarios públicos amparados en normativa de discapacidad, la posibilidad de practicar pruebas de oficio para garantizar la eficacia de los derechos de los amparistas, frente a falencias de la tramitación administrativa.

Resulta importante anotar que tal postura fue objeto de un salvamento de voto, al estimar que la vía de amparo no era la idónea para este tipo de reclamaciones; puesto que la vía contenciosa administrativa garantizaba mayor protección de derechos, la posibilidad de ampliar las posibilidades probatorias de las partes e incluso reclamaciones de salarios caídos que no pueden ser discutidos en sede de amparo. Estimamos que por la naturaleza de lo que se ventiló en este caso en estudio, lo procedente era una acción rápida como la de amparo de garantías constitucionales que revisa la vulneración de derechos y garantías de manera urgente y se logra retrotraer la actuación de manera inmediata, es decir, se restablecen los derechos del amparista, sin perjuicio de que se reclamen con posterioridad por la vía contenciosa administrativa los salarios caídos, por

lo que somos del criterio que la acción de amparo fue acertada.

Es importante destacar que en el Sistema Penal Acusatorio, el juez no debe investigar, puesto que se convertiría en parte y dejaría el rol de juzgador; sin embargo, no puede negarse la posibilidad de la práctica de prueba de oficio bajo la premisa de que se interpreta como una pérdida de parcialidad, puesto que, el vacío del conocimiento sobre los hechos generaría una afectación de la neutralidad cognoscitiva que llevaría a que la decisión favorezca a la parte que no le asiste la razón, lo que implicaría que se parcializa frente a la parte que resulta favorecida por tal falencia. Agregar que la existencia de tal justificación sería viable cuando favorece al reo, a quien le asiste la presunción de inocencia y el indubio pro reo; pero refiere a que efectos tendría cuando la falencia genera una condena respecto a un inocente con fundamento a la igualdad de armas.

En el proceso penal acusatorio, el juez no compromete su imparcialidad al decretar pruebas de oficio, puesto que su función consiste en determinar si las alegaciones presentadas por las partes corresponden con el material probatorio debatido en el curso del juicio; de allí que al existir vacíos cognoscitivos, es un deber del juzgador suplir el mismo con la incorporación de los elementos de convicción suficientes para sustentar la verdad que debe reflejar en su sentencia. En virtud de lo anterior, no puede introducirse criterios de parcialidad, puesto que no trae al proceso una postura particular de los hechos, lo que no implica la generación de prejuicios, ni preconceptos que puedan afectar su decisión.

Es imperioso considerar la experiencia colombiana frente al abordaje de la prueba de oficio en El Sistema Penal Acusatorio, sin embargo, no podemos pasar por alto que existen marcadas diferencias en la estructuración y regulación de los mismos, pero a pesar de ello compartimos el criterio expuesto por la jurisprudencia Colombiana y el

autor Oliver Galé en cuanto al decreto de la prueba de oficio en materia penal en un sistema adversarial, puesto que el norte de todo juez debe ser el reconocimiento de los derechos fundamentales de los intervinientes y lo pretendido en el proceso. Expuesto lo anterior, consideramos acertado referirnos a los factores o causas que determinan la no aplicación de la prueba de oficio y las repercusiones en su no aplicación.

8- Factores o Causas que determinan la no aplicación de la prueba de oficio.

Hemos observado las diversas facultades oficiosas que posee el Juez en el proceso civil, desde dirección, impulso, saneamiento, entre otras; no obstante existe desidia en el uso de la prueba de oficio. Podríamos decir que un poco de desinterés de algunos jueces, y en otros se vislumbra pasividad en este tema, ya que tienen como pauta de conducta ser un mero espectador del proceso.

Dicha pasividad la justifican algunos en la incompatibilidad de dicha facultad probatoria, ya que afirman que la prueba es un derecho de las partes; también la sustentan en que el objeto del litigio es de carácter privado, puesto que es a las partes a quien le interesa el resultado del mismo y por tanto no es dable que el juez interfiera en dicha contienda; otros argumentan que la carga de la prueba la tiene el actor a fin de demostrar los hechos que afirma. Por otra parte, otros afirman que la imparcialidad del juez se ve afectada al tomar la iniciativa probatoria oficiosa; incluso señalan que se vulnera el principio de igualdad. Para algunos hacer uso de la prueba de oficio implica abuso del poder en el proceso. “Otro contorno esencial de la delimitación a probar, a través de la prueba de oficio, es la configuración de una concepción distinta del papel del juez en un Estado Social y Democrático de Derecho”⁶⁵⁴. También se considera como otra

⁶⁵⁴ OLIVER GALÉ, Carlos Alberto. Op. cit., p. 31.

de las posibles objeciones al decreto oficioso de pruebas que “podría convertirse en un obstáculo para la solución oportuna de las controversias sociales”⁶⁵⁵. Todas estas causas o factores son determinantes en la pasividad del Juez respecto a disponer la prueba de oficio; lo que al final incide en la no aplicación de la norma.

La Exposición de Motivos de uno de los Proyectos de reformas a la Ley de Enjuiciamiento Civil española, parte de cuyo articulado fuera aprobada en la Ley de reformas urgentes de 1984 y que concuerdan con las orientaciones del anteproyecto del Código Procesal Civil para Iberoamérica señala:

“El abstencionismo judicial ha sido uno de los más acusados mitos procesales. Tanto la teoría como la práctica, han puesto de relieve que los presupuestos de independencia e imparcialidad no juegan en función de la no intervención judicial en la dirección del proceso. El fin, supremo del proceso es procurar justicia, para cuya garantía se estima esencial un sistema que se asiente en la independencia y en la imparcialidad. Ahora bien, es notorio que la pasividad judicial habilita evidentes deformaciones procesales en cuanto en el libre juego de las partes prevalezca la arbitrariedad habilidosa de alguna de ellas. El abstencionismo del Juez es la fórmula ingenua de tolerar pacíficamente contiendas con equilibrio teórico, pero con desequilibrio práctico y medio decepcionante de utilizar la valiosa energía del proceso en empeños carentes, en ocasiones, de las más elementales justificaciones. (...) La reforma se encamina a infundir ese cambio ideológico en nuestro enjuiciamiento, reforzando extraordinariamente la función y autoridad del Juez, para que sin dejar de ser el árbitro imparcial de la contienda, que es el proceso, se convierta en el verdadero rector del mismo, que lo encauce y oriente al descubrimiento de la verdad”⁶⁵⁶.

Según Arazi⁶⁵⁷, los poderes-deberes de los jueces se encuentra limitado por temor a que éstos abusen de ellos. Lo que vislumbra la necesidad de establecer

⁶⁵⁵ *Ibíd.*, p. 185.

⁶⁵⁶ Exposición de Motivos de uno de los Proyectos últimos de reformas a la Ley de Enjuiciamiento Civil española, citada en la Exposición de Motivos del Anteproyecto del Código Procesal Civil para Iberoamérica, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, Montevideo, 1988, p. 28.

⁶⁵⁷ ARAZI, Roland. *Op. cit.*, p. 43.

presupuestos claros de procedencia del decreto oficioso. Existen jueces que por muchos años en el ejercicio de sus funciones no han ejercido los poderes que la ley les confiere. Es clara la norma constitucional que señala que los Jueces están sometidos a la Constitución y a la Ley (artículo 210). Así mismo los artículos 64 y 119 de Ley No. 53 de 27 de agosto de 2015, “Que regula la Carrera Judicial” señala que es deber de los magistrados y jueces “Cumplir y hacer cumplir la Constitución y la ley”, la prueba de oficio tiene una base constitucional y es el reconocimiento de los derechos de las partes y además se encuentra regulada en nuestro ordenamiento jurídico en un sin fin de disposiciones, por lo que la omisión de su decreto es contraria a los deberes del juez.

El Código de Ética Judicial Panameño, desarrolla el principio de equidad al señalar que el Juez equitativo es el que, sin transgredir el derecho vigente toma en cuenta las peculiaridades del caso y las consecuencias que podrían derivarse y lo resuelve basándose en criterios coherentes con los valores del ordenamiento jurídico y que puedan extenderse a todos los casos sustancialmente semejantes. Indica que en las esferas de discrecionalidad que le ofrece el Derecho, el juez deberá orientarse por consideraciones de justicia y de equidad. En todos los procesos, el uso de la equidad estará especialmente orientado a lograr una efectiva igualdad de todos ante la ley. Finaliza señalando que el Juez debe sentirse vinculado no solo por el texto de las normas jurídicas vigentes, sino también por las razones en las que se fundamentan (artículo 42 a 45).

Vemos la equidad como un principio ético, en la cual el juez debe fundamentar sus decisiones en una efectiva igualdad de todos ante la ley; si bien debe estar vinculado con el texto de las normas jurídicas, también en las razones que la fundamentan, como lo es la verdad y la justicia.

Arazi cita a Escalpez, quien señala que “no hay que temer a las facultades

otorgadas a los jueces; (...) hasta ahora nunca se ha tenido noticias de que los jueces hayan incurrido en arbitrariedad por exceso en el ejercicio de tales facultades; al contrario, el peligro está en que el juez, por exceso de trabajo o por indiferencia, no haga uso de esas facultades cuando la situación del pleito así lo exija. Las partes siguen siendo dueñas de los hechos, con la carga de su respectiva prueba, pero el juez se reserva el derecho de comprobar esos hechos a fin de que la verdad legal, que surge del expediente, y la verdad real, que surge de los hechos sea una sola”⁶⁵⁸.

Por su parte, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, en sentencia de 26 de julio de 2004, destacó la importancia del decreto oficioso como cumplimiento del deber del juez: “Es así como de vieja data, recién entrando en vigencia el Código de Procedimiento Civil, ya la Corte desde 1974 se vio obligada a reclamarles expresa y enérgicamente “el cumplimiento de los deberes que les imponen las leyes de procedimiento, relativamente a la debida y eficaz producción de las pruebas ... y a exhortarlos con vehemencia para que ejerzan, con segura autoridad, la importante facultad de decretar, siempre que ello sea menester, pruebas de oficio para que se alcance la realización del derecho material debatido”, a lo que adicionó, en ese mismo momento, cómo “no es posible que frente a la radical reforma que contienen las nuevas leyes de enjuiciamiento civil, continúe la inveterada práctica de nuestros jueces”, para terminar diciendo que “ante los imperativos del nuevo Código de Procedimiento, es necesario desterrarla para que el juez, conservando la imparcialidad que debe guardar frente a las partes, tome partido a favor de la justicia, interviniendo decisivamente en la búsqueda de la verdad, para que sus fallos se funden en la realidad, en la verdad histórica y no, como antes, en una simple verdad formal” (G.J.t. CXLVIII, pag.7)”⁶⁵⁹.

⁶⁵⁸ ESCALPEZ, Hugo. Los Tres Principios Rectores del Nuevo Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, “Revista Jurídica de San Isidro”, 1968, II-245, citado por Op cit., ARAZI, Roland, p. 43 y 44.

⁶⁵⁹ Sentencia de 26 de julio de 2004, dictada por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Colombia.

La Sala de Casación Civil- Agraria de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, mediante Sentencia de 25 de mayo de 2004, señaló: “Por ello es que repetidamente esta Corporación ha resaltado la importancia y alcances de la atribución de decretar oficiosamente pruebas, para indicar sobre el particular, entre otras, que <a los órganos jurisdiccionales en el orden civil no les está permitido ... desentenderse de la investigación oficiosa con el fin de llegar a la verdad material frente a los intereses en pugna, asumiéndose cómodas actitudes omisivas, por lo general puestas al servicio de una desapacible neutralidad funcional que el estatuto procesal en vigencia repudia siempre que por fuerza de las circunstancias que rodean el paso llegaren a hacerse patente que decretando pruebas de oficio, puede el juez mediante la práctica de las respectivas diligencias y aun a pesar de que hacerlo implique suplir vacíos atribuibles al descuido de las partes, lograr que en definitiva resplandezca la verdad y por lo mismo, impere en la sentencia un inequívoco designio de justicia”⁶⁶⁰. La búsqueda de la verdad por parte del juez no puede verse restringida o supeditada, a juicio de la referida Sala, a la actividad probatoria de los intervinientes o a la ausencia de la misma; es por ello, que el ejercicio del deber de practicar pruebas de oficios no puede considerarse como una falta de imparcialidad del juzgador, puesto que las pretensiones que se esgrimen deben ser satisfechas con una decisión cónsona a la realidad.

Otro aspecto que debemos resaltar es que en la práctica en el período probatorio pasa desapercibida la oportunidad de decretar pruebas de oficio. Se hace uso de esta iniciativa judicial con mayor frecuencia en el momento de fallar, es en esta etapa que el juez detecta deficiencias probatorias.

9- Consecuencias de la no aplicación de la prueba oficiosa.

⁶⁶⁰ Sentencia de 25 de mayo de 2004, dictada por la Sala de Casación Civil-Agraria de la Corte Suprema de Colombia.

Una de las consecuencias de la no aplicación de la prueba de oficio, es el **incumplimiento del Juez de su función jurisdiccional**, que es participar e intervenir en el desarrollo del proceso de tal manera que le brinde al usuario una efectiva y justa tutela de sus derechos en litigio.

La inaplicación de la prueba de oficio puede **premiar la ineptitud o acierto de los apoderados judiciales de las partes en materia de pruebas**, no puede el juez dar vigencia a la astucia y alejarse de la función encomendada por el Estado y confiada por el ciudadano, como lo es emitir fallos justos y de acuerdo con la ley.

La facultad probatoria oficiosa no limita ni es contraria al derecho a la prueba de las partes, por el contrario su no aplicación **conlleva a reconocer la existencia de una exclusividad de las partes respecto a la prueba**, situación que ante el proceso no corresponde, ya que las pruebas una vez presentadas le pertenecen al proceso y no a las partes. No se puede suponer que cada prueba le favorece a quien la presenta, por el contrario algunas veces dicha prueba resulta desfavorable a sus intereses. Tampoco supone que ante la iniciativa probatoria oficiosa del juez, las partes deban mantenerse pasivos.

La no aplicación de la prueba oficiosa puede traer como consecuencia el **desconocer el carácter público del proceso**, independientemente de que los intereses del mismo sean privados como los que se discuten en el proceso civil, corresponde al juez garantizar los fines del Estado Social de Derecho, es decir, la convivencia pacífica.

Es el Estado, de la mano del juez, quien vela porque la función jurisdiccional se desenvuelva con efectividad, su no aplicación propicia la **falta de legitimación del Estado**, ya que estaría actuando alejado de un mandato superior como lo es el orden justo y la paz social.

El Juez al procurar que su fallo sea lo más cercano a la verdad, hace uso de la prueba de oficio; **su no aplicación permite crear en el ánimo de los ciudadano que ante pruebas insuficientes aportadas por las partes, el juez dicta una sentencia alejada de la verdad y por tanto, injusta; descuida así su deber de cumplir con la función de juzgar.**

El no decretar la prueba de oficio implica que el juez **no garantiza la búsqueda de la verdad real**, siendo que “averiguar la verdad en el proceso es la orientación de la valoración y fin de la prueba”⁶⁶¹. En este sentido se pronunció la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia de Colombia: “La atribución que la ley le otorga al funcionario para decretar pruebas de oficio, explica la Corte en reciente pronunciamiento, si bien por el interés público del proceso no constituye una facultad sino un deber (...) establecido para garantizar la búsqueda de la verdad real que no aparece en el expediente (...). Dice la Corte Constitucional de Colombia, refiriéndose al juez: <... y se convierta en un partícipe más de las relaciones diarias de forma tal que sus fallos no solo sean debidamente sustentados desde una perspectiva jurídica, sino que, además, respondan a un conocimiento real de las situaciones que le corresponden resolver”⁶⁶².

La omisión del decreto oficioso de prueba incide en que **el litigio sea decidido de manera insegura**, propiciando en los litigantes desánimo, desconfianza no solo en el juez sino en la administración de justicia de manera general y en el ordenamiento jurídico, ya que es el Estado quien incumple con su fin que es mantener la paz, el orden justo, la convivencia pacífica entre los ciudadanos.

Al no hacer uso el juez de la prueba de oficio, **es posible que la prueba no**

⁶⁶¹ PARRA Quijano, Jairo (2011). Op. cit., p. 151.

⁶⁶² Sentencia de 4 de marzo de 1998, Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia de Colombia. Expediente 4921. Mag. Pon. Dr. Carlos Esteban Jaramillo Schloss.

cumpla con su función, ya que su finalidad es comprobar la existencia de los hechos alegados por las partes en el proceso; ante una prueba insuficiente debe el juez ordenar su perfeccionamiento a través de la prueba de oficio, a fin de verificar las afirmaciones de las partes, ya que su función es adquirir certeza sobre los hechos. Desconoce el juez a quien favorecerá su resultado.

Un Juez que se abstiene del decreto de pruebas de oficio, **se aleja de la equidad procesal necesaria en cada caso en concreto**. Hacer uso de la misma le permite acercarse lo más posible a la verdad, y por ende decide en equidad.

De acuerdo con jurisprudencia constitucional de la Corte Suprema de Justicia, el no decretar pruebas de oficio cuando se requiere verificar situaciones en las que se encuentran inmersas personas vulnerables como aquellas con discapacidad **vulnera derechos fundamentales**.

Afirma la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, que “la omisión del decreto oficio de pruebas, configura error de derecho y da lugar al recurso de casación si debido a ostensibles particularidades que circundan la litis, constatadas objetivamente y ajenas por lo demás a cualquier manipulación fraudulenta de las partes, el uso de aquellas facultades se torna ineludible pues lejos de mediar razón atendible alguna que lleve a estimar que es inoficioso o imposible desde el punto de vista legal, un proceder de tal naturaleza, omitido por el juez o tribunal, se muestra a las claras como factor necesario para evitar una decisión jurisdiccional absurda, imposible de conciliar con dictados elementales de justicia (Sentencia de 12 de septiembre de 1994. Reiterado en sentencias de 4 de marzo de 1998, 11 de noviembre de 1999)”⁶⁶³.

⁶⁶³ Sentencia 4 de marzo de 1998, M.P. Dr. Carlos Esteban Jaramillo Schlos, Exp. 4.921.

Son evidentes las repercusiones o consecuencias de la no aplicación de la prueba oficiosa, para las partes, para el proceso y para la sociedad en general, frente a una verdadera impartición de justicia. Desarrollaremos el fundamento de la prueba de oficio.

10. Fundamento legal de la Prueba de Oficio.

El derecho a la prueba tiene a nivel Constitucional y legal, una gran importancia respecto a la tutela judicial efectiva.

Nuestra Constitución entre sus preceptos, afirma que los jueces deben administrar justicia para todos los ciudadanos por igual, es decir, darle a cada quien lo que le corresponde, hacer justicia. Sabido es que nuestro país estuvo unido a España y posteriormente a Colombia, por lo que nos rigieron sus leyes y constituyen estas la base de nuestra legislación, por lo que consideramos acertado referirnos a éstas. El preámbulo de la Constitución Española aparece como primer anhelo de la Nación el de establecer la justicia y en el preámbulo de la Constitución Colombiana se mantiene el valor de la justicia y además el fin de asegurar la vigencia de un orden justo.

El Órgano Judicial cumple con la Ley No. 6 de 22 de enero de 2002 que formula el establecimiento de Códigos de Ética para el correcto ejercicio de la función pública y dicta el Acuerdo No. 523 de 4 de septiembre de 2008, que regula el Código de Ética Panameño, que contribuye a la mejor prestación del servicio de justicia en un ámbito específico de exigencias y responsabilidades éticas. Lo anterior se desarrolla en atención al proyecto de Fortalecimiento y Modernización del Sistema de Administración de Justicia del Fondo Mixto Hispanoamericano Panameño de Cooperación, con el apoyo de la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo y el Ministerio de Economía y Finanzas. Siendo el Órgano Judicial participante de las Cumbres Judiciales

Iberoamericanas, suscribió el Código de Ética Judicial Modelo para Iberoamérica, que recoge una diversidad de principios para el buen ejercicio de los servidores judiciales.

Lo fundamental es que este código reafirma valores como la justicia orientada a su mejor administración y eficacia de la misma. Principios como la independencia judicial, imparcialidad, objetividad, probidad, profesionalismo y la excelencia en el ejercicio de la judicatura, mediante el cultivo de virtudes judiciales.

Este Código de Ética Judicial de la mano con la Carta de Derechos de las Personas ante la Justicia (Acuerdo No. 244 de 13 de abril de 2011 del Pleno de la Corte Suprema de Justicia) reconocen la justicia como un derecho fundamental de las personas, el acceso a la misma y garantizan que la administración de justicia sea eficiente, eficaz y equitativa. Su objeto es lograr que estos principios fundamentales guíen la función judicial. Este código es inspirado por los Códigos Modelos para Iberoamérica: Ética Judicial y de Procedimiento Civil; el Código de Ética Judicial Modelo para Iberoamérica, en su exposición de motivos nos recuerda que en el Estado de Derecho al juez se le exige que se esfuerce por encontrar la solución justa y conforme al Derecho para el caso jurídico que está bajo su competencia, y que ese poder imperium que ejerce procede de la misma sociedad que, a través de los mecanismos constitucionales establecidos, lo escoge para tan transparente y necesaria función social. Este poder trae consigo la ineludible tarea de dictar sus fallos en derecho y con apego a la justicia, lo cual es alcanzable de existir dudas mediante la prueba de oficio.

Sin duda, todos nuestros códigos de procedimiento y éticos tienen como antecedente la Constitución de España y Colombia que mantienen el valor de la justicia y además el fin de asegurar la vigencia de un orden justo.

Igualmente, se fundamenta la prueba de oficio en la Ley de Enjuiciamiento Civil inspirada en el sistema de la Partida III, del régimen romano canónico, la cual constituye el antecedente más remoto de la prueba de oficio, ya que contemplaron en aquella época cientos de situaciones en las que dentro del aspecto probatorio, podía el juez participar.

La prueba de oficio, es una figura procesal probatoria y se fundamenta en primer lugar en la Constitución Política, en el Título VII “La Administración de Justicia”, Capítulo I “Órgano Judicial”, artículo 215 que establece que las leyes procesales que se aprueben se inspirarán en el principio que el objeto del proceso es el reconocimiento de los derechos consignados en la Ley substancial; este principio también lo recoge el Código Judicial en el Libro II “Procedimiento Civil”, Parte I “Reglas Generales del Procedimiento”, Capítulo I “Principios” artículo 469 al señalar que el objeto del proceso es el reconocimiento de los derechos consignados en la Ley Substancial y con este criterio se deben interpretar todas las disposiciones; es así que el juzgador al hacer uso de la prueba de oficio otorga vigencia al principio antes aludido, ya que la búsqueda de la verdad permite el reconocimiento de los derechos de las partes.

Otro de los fundamentos de la prueba de oficio lo constituye el Título VII “Pruebas”, Capítulo I “Normas Generales, artículos 793 y 794 del Código Judicial, que de manera expresa regulan el deber probatorio oficioso del juez. Y la Ley 53 de 27 de agosto de 2015, que regula la Carrera Judicial, artículos 64, 119 que prevén como deberes de los jueces y magistrados cumplir y hacer cumplir la Constitución y la Ley. Además el numeral 15 del artículo 119, señala como deber de los magistrados y jueces, resolver expresamente las cuestiones planteadas por las partes y decidir la litis dentro de los límites en que fue propuesta o fuera de estos cuando la ley así lo faculte, es del caso que la ley faculta a los jueces y magistrados al decreto de la prueba de oficio.

El sistema procesal vigente contempla el deber probatorio oficioso del juez, con el reparto de cargas procesales y probatorias con las partes; se mantiene la iniciativa de acción, en los actos procesales, y probatorios; el principio de congruencia y el de segunda instancia, los limitan de lo apelado y al juez la averiguación de la verdad o no de los hechos alegados por las partes cumpliendo así con ese principio -valor como lo es la justicia.

11. Presupuestos o Reglas para la Práctica de la Prueba de Oficio en los Juicios Civiles en Panamá.

Ser juzgado bajo presupuestos o reglas jurídicas claras es un derecho de todos los ciudadanos. En un Estado de Derecho, el Estado tiene el deber de garantizar a los ciudadanos ser juzgado con reglas preestablecidos y claras, de tal manera que se evite arbitrariedad, abuso de poder, pero sobre todo que se haga vigente los principios constitucionales y el respeto de los derechos fundamentales, es así que la prueba de oficio debe estar regida por presupuestos previamente establecidos para su aplicación.

A lo largo de esta investigación se han desarrollado una multiplicidad de criterios doctrinales respecto a la prueba de oficio, es así que nos surge la pregunta de el por qué tantos autores se han dedicado a escribir ya sea a favor o en contra de la iniciativa probatoria oficiosa que tiene el juez. Nuestro ordenamiento procesal civil la consagra, pero de acuerdo con la interrogante formulada lo primero que debemos preguntarnos es si la prueba de oficio tal como está desarrollada en la norma cumple con su finalidad en el proceso?; funciona o estamos conforme con el uso que se le da por parte de los juzgadores?, pues a mi modo de ver ésta requiere de algunas delimitaciones, que son necesarias para evitar arbitrariedades o abuso de poder. Establecer los presupuestos que deben imperar en la aplicación de la prueba de oficio, propicia que los juzgadores hagan uso de la misma sin ningún prejuicio, sin el temor a ser demandados mediante una

acción de amparo de garantías constitucionales, o la interposición de quejas y querellas penales.

Por otra parte, siempre se debe partir de la buena fe de las personas, sobre todo si se trata de jueces y magistrados, quiénes son los llamados al reconocimiento de los derechos de los ciudadanos, éstos administran justicia y por tanto, debe existir la confianza que representa la dignidad de la función jurisdiccional. El hecho de decretar pruebas de oficio no lo aleja de su principal misión que es ofrecer un buen servicio: hacer justicia, por el contrario la búsqueda de la verdad permitirá fallos justos.

Consideramos importante referirnos a la Sentencia de 21 de diciembre de 2009, de la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo, aunque no es en materia civil, sino de reparación directa, indemnización en contra del Estado, ya que dicho fallo contempla un salvamento de voto que desarrolla claramente, algunos presupuestos esenciales para el decreto de la prueba de oficio y la importancia de la misma. El Magistrado Spadafora no coincide con el modo de llegar a la decisión mayoritaria, es decir a la condena del Estado panameño a indemnizar a los actores de manera Abstracta, en atención a que consta en el proceso, una Nota No. AL-212-07, proveniente del departamento de Asesoría Legal del Ministerio de Obras Públicas, dirigida a la Secretaría del Tribunal, en la que se informó que la Aseguradora Ancón, indemnizo (sic) a los señores MARGARITO CORDOBA, ALEX GONZALEZ, MIREYA GONZALEZ y GUMERSINDO MORENO, incluyendo los servicios profesionales de los apoderados judiciales de los mismos. Para el magistrado lo pertinente era decretar pruebas de oficio, mediante auto de mejor proveer, con el fin de que se aclararán dudas relevantes del caso y se determinará claramente la vigencia del finiquito. Situación que fue advertida en la primera lectura del proyecto, a través de las observaciones expuestas. Expondremos su criterio en este salvamento de voto:

Explica el ex magistrado Spadafora que ante la **prueba de oficio**, "... es importante fundamentar los motivos y los criterios de admisibilidad cumplidos, nos referimos a la **pertinencia, utilidad y conducencia de la prueba necesaria**, toda vez que lo que se está deslindando es si el estado es o no, responsable de un hecho generador de obligación, de acuerdo a

su mala prestación del servicio público de fiscalización sobre el concesionario y la obra, dada la previsibilidad del daño, por las constantes quejas y noticias referidas de forma previa con tanta antelación al hecho dañoso. Se puede apreciar de forma clara aquí, la pertinencia de la prueba.

La Sala llega a la conclusión que el Estado sí es responsable, empero, el finiquito a ver, nos dará luces del alcance de la protección de éste porque de proteger al Estado también, entonces, los beneficiados estarían cobrando dos veces por un mismo hecho cuando ya se habría acordado que no se interpondrían acciones legales en contra de los protegidos por el Contrato de Seguro. He aquí, lo relativo a la **utilidad de la prueba**, el hecho de ser confirmada o no, esta situación, es de gran valía para el proceso porque se debe procurar decidir en base a todos los hechos controvertidos de relevancia para el proceso.

La conducencia se entiende ya que frente a los documentos privados, es menester que se celebre la respectiva diligencia de reconocimiento de firma y ratificación del documento (si es que existe) a fin de que sea medio idóneo para crear la convicción en el juzgador.

Debemos resaltar que es muy práctica la diligencia ya que **se respeta la oportunidad del contradictorio a las partes** a fin que puedan objetar o desconocer, el finiquito. Toda vez que esto tampoco quita la posibilidad de que de existir el documento, hayan sido debidamente notariadas, las firmas de los contratantes, por lo que en esta ocasión, no sería necesaria tal diligencia.

Se debe solicitar este medio probatorio puesto que es necesario conocer el finiquito a fin de dar una solución justa y legal, a una controversia que no sabemos si se llegó a un arreglo extrajudicial, en donde el Estado estuvo protegido o no, por este instrumento. Esta controvertida situación en duda, se configura como un punto oscuro en la causa de marras.

Por lo tanto, sería ilógico, estar condenando al Estado cuando existe un finiquito que tiene alcance de tutela para él y se entiende que esta situación fáctica ya ha sido controvertida en el proceso, mediante la Nota del MOP, ut supra señalada.

Esta decisión **estaría tanto distante de la verdad procesal como de la material**, de ser el caso, ya que hay **indicios o sucedáneos probatorios de la existencia del finiquito** dentro del dossier a foja 295, además de que si es la realidad, estaríamos fallando alejados de ella o sin tenerla en consideración, **atentando contra un principio efectivo de motivación que valorará tanto las consideraciones fácticas como jurídicas para poder emitir una decisión justa y legal**".

...

El hecho indicador es la afirmación de parte del Departamento Legal del

Ministerio de Obras Públicas, cuando expresa que la parte actora ha sido indemnizada. El Hecho indicado es que ya fueron indemnizados. La relación de causalidad consiste en que si ya fueron indemnizados, esto se hace mediante finiquito, instrumento que de acuerdo a su propia naturaleza y finalidad, posee una cláusula en donde se libera de responsabilidad a la aseguradora, al asegurado y/o hasta a personas relacionadas con el asegurado, en este caso, el Estado, quien fue el que le dio la concesión, un vínculo sumamente sustancial que se constituye como el acto que le da la legitimación al concesionario, a fin de ejecutar el objeto de la concesión.

En lo alusivo a los llamados problemas técnicos probatorios (ALVARADO VELLOSO, Adolfo. Prueba Judicial -Reflexiones críticas sobre la confirmación procesal-Universal Books, Primera Edición, Panamá, 2008, fojas 49-51) debemos aclarar los puntos trascendentales de la pruebas que debieron haberse practicado. El objeto de la confirmación estriba en, como dijimos, definir si aún le es exigible responsabilidad al Estado. El tema a probar, es ver si existe un finiquito vigente, el alcance de éste y deslindar su ámbito de protección, es decir, si se extendía hasta el Estado. La fuente probatoria, se constituiría en la Aseguradora Ancón, así como los demandantes que le correspondiera reconocer su firma y ratificar el finiquito, de existir, en el supuesto de que no hayan sido las firmas de los estipulantes, notariadas porque recordemos que de ser así, se presumen auténticas y haría innecesaria e inútil, la diligencia de reconocimiento, a menos que se tache el documento y se surtan efectivamente, las acciones legales de rigor⁶⁶⁴.

Nos resulta interesante el salvamento de voto emitido en este fallo, ya que no solo desarrolla su posición sobre la manera en que se debe fundamentar el decreto de la prueba de oficio, sino que además resalta la importancia de los poderes probatorios que tiene el juez. Afirma que al no hacer uso de esta iniciativa oficiosa se emite un fallo alejado de la realidad, lo que incide en el principio de motivación de las resoluciones judiciales.

⁶⁶⁴ Sentencia de 21 de diciembre de 2009, dictada por la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo, Magistrado Ponente Hipolito Gill Suazo (magistrado suplente), con salvamento de voto del Ex Magistrado Winston Spadafora.

Es necesario resaltar que la norma que regula la prueba de oficio en el proceso civil es aplicada de manera supletoria en otras jurisdicciones, al igual que otras normas del procedimiento civil, en este caso en la contenciosa administrativa. Veamos como en el salvamento de voto de la sentencia en estudio se hace referencia a la trascendencia de la iniciativa probatoria oficiosa de los jueces y magistrados, en la delicada labor que desempeñan:

“Hay que precisar que los poderes probatorios oficiosos del Juzgador, son facultativos según la ley procesal (son poderes que si bien se tienen, se pueden usar o no), porque se decretan las pruebas de oficio, cuando se estiman convenientes, sin embargo, acorde a la ética judicial, son un deber para fallar de la manera más justa, en atención a la realidad de los hechos y afirmaciones.

No podemos dejar de recordar que un gran poder implica una gran responsabilidad y sobre todo, cuando se tiene el privilegio de juzgar y administrar justicia, por lo que debe hacerse de la forma más justa y dentro de los parámetros de la ley; haciendo uso de todos los utensilios y herramientas que nos dé la legislación aplicable para obtener el mejor resultado posible y sea la justicia, elemento edificante de la paz social.

Estas facultades y la opción de utilizarlas, están en nuestro ordenamiento, exactamente para ser ejecutadas, toda vez que el caso lo amerita, a todas luces, porque hay una situación controvertida que está oscura y podría incidir sustancialmente en lo dispositivo de esta resolución”⁶⁶⁵.

Expuesto lo anterior, desarrollaremos los presupuestos o reglas jurídicas que debe considerar el juez para el decreto de la Prueba de Oficio:

1. Legalidad, al respecto debemos señalar que la prueba de oficio está regulada en nuestro ordenamiento procesal civil, por lo tanto es un deber que le otorga la ley en varios artículos, se hace patente el sometimiento del juez al imperio de la ley. El juez

⁶⁶⁵ Sentencia de 21 de diciembre de 2009, dictada por la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo, Magistrado Ponente Hipolito Gill Suazo (magistrado suplente), con salvamento de voto del Ex Magistrado Winston Spadafora.

debe observar las reglas de procedimiento entre éstas el decreto de la prueba de oficio. Por otra parte, los medios probatorios en que se basa el fallo deben ser incorporados al proceso cumpliendo con los procedimientos prescritos en la ley para cada clase de prueba, de esta manera se asegura la legalidad y claridad en la práctica de la prueba de oficio; su decreto debe ser legalmente eficaz en la búsqueda de la verdad y así garantizar la tutela judicial efectiva.

2. Criterios de procedencia.

Debe reunir los requisitos de procedencia: pertinencia, conducencia y utilidad, es decir, guardar relación con los hechos y afirmaciones de las partes y no deben ser prohibidas por la Ley.

En cuanto a los presupuestos de pertinencia, conducencia y utilidad, el artículo 794 del Código Judicial, claramente los recoge al establecer que en todo caso en que se ordene de oficio la práctica de pruebas, el juez observará las reglas establecidas en el Título VII del Libro II, para cada medio probatorio, es decir, las normas generales en materia probatoria, entre éstas el artículo 783 que señala que las pruebas deben ceñirse a la materia del proceso y son inadmisibles las que no se refieren a los hechos discutidos, así como las legalmente ineficaces. También se establece que el juez debe rechazar de plano aquellos medios de prueba prohibidos por la ley, notoriamente dilatorios o propuestos con el objeto de entorpecer la marcha del proceso; también puede rechazar la práctica de pruebas obviamente inconducentes o ineficaces.

Cumplir con los requisitos de admisibilidad al disponer el decreto de pruebas de oficio permite que la misma esté debidamente fundamentada y a la vez constituya un medio idóneo para crear la convicción en el juzgador. Aplicar o hacer uso de la prueba de oficio hace vigente el deber del juez de cumplir y hacer cumplir la Constitución y la Ley.

Nos dice Lorca Navarrete⁶⁶⁶ que la pertinencia de los medios probatorios alude a la relación que esos medios probatorios guardan con lo que es el objeto del debate procesal y, por tanto, expresa - se entiende la pertinencia - la capacidad de los medios probatorios utilizados para formar la definitiva convicción del órgano jurisdiccional sin que se produzca indefensión.

3. Debe cumplir con los siguientes principios:

a) Publicidad, la resolución en que se decreta la prueba de oficio debe ser notificada a las partes; las partes deben conocer y estar en contacto con la prueba decretada de oficio, lo que permitirá transparencia; en nuestro ordenamiento procesal civil dicha notificación es mediante edicto. El decreto de la prueba de oficio debe ser publicado lo que permitirá el contradictorio y una real y debida motivación.

b) Contradictorio, es la oportunidad de ambas partes de intervenir en la práctica de la prueba de oficio, de velar porque la misma se desarrolle cumpliendo con las formalidades legales y así ejercer su derecho de defensa de la prueba ordenada por el juez.

c) La Congruencia, implica que el juez debe sustentar su criterio en base a los hechos afirmados y discutidos. La prueba de oficio tiene como fundamento todo el material de hecho aducido o aportado por las partes, es decir, los hechos alegados y discutidos en el proceso.

d) La Motivación permite valorar tanto las consideraciones fácticas como jurídicas para emitir una decisión legítima y justa. No basta con que el juez exprese las disposiciones legales que regulan la prueba de oficio, debe justificar, argumentar, fundamentar las razones que hacen viable la aportación al proceso de pruebas oficiosas,

⁶⁶⁶ LORCA Navarrete, Antonio, Op. cit., p. 5.

explicar su finalidad, es decir, establecer porque es pertinente, conducente y útil, sobre todo por el hecho de que esta resolución que dispone de la prueba de oficio es inapelable. Una debida motivación también coadyuva con el cumplimiento de la publicidad, con el control de la actividad jurisdiccional que debe ejercer la sociedad al conocer con claridad las actuaciones judiciales.

e) Interés Superior y prevalente del proceso que es la Justicia, la actividad probatoria está dirigida por un interés público y superior como lo es la justicia, cumpliendo así con los fines del Estado de Derecho. El derecho a la prueba es un derecho fundamental y la prueba una vez aportada le pertenece al proceso, no a las partes ni al juez; es por ello, que le es permitido hacer uso de la misma para lograr su convencimiento y así cumplir con un principio constitucional como lo es la justicia.

Las partes concurren al juez pretendiendo el reconocimiento de sus derechos; es el Estado de la mano del juez quien tiene el deber de dar una respuesta al ciudadano que presenta su demanda, evitando así que éste procure la justicia por cuenta propia, es el juez quien debe fallar con apego a la justicia y a la Ley. En palabras de Ulpiano, la justicia consiste en “dar a cada uno lo suyo”. La justicia se materializa en presencia del juez, esta intermediación es la que le permitirá al juzgador la aptitud de deducir los hechos controvertidos y si los mismos han sido lo suficientemente explícitos para él arribar a su convencimiento, es por ello, es con posterioridad a esta etapa, que el juez podrá verificar, aclarar, repetir o perfeccionar cualquier prueba que considere necesaria para emitir su fallo.

4. En cuanto al Término u Oportunidad, la prueba de oficio debe cumplir con las exigencias de ley, para ser apreciada debe reunir los presupuestos de oportunidad, es decir, ser incorporada al proceso dentro de los términos u oportunidades señaladas en el Código Judicial, de conformidad con el artículo 793 del Código Judicial son los siguientes:

a) En el período probatorio. De conformidad con nuestro ordenamiento procesal civil, el juez puede hacer uso de la iniciativa probatoria oficiosa en materia de pruebas, en el período probatorio, es decir, que al admitir las pruebas aducidas o aportadas por las partes, puede considerar decretar pruebas de oficio. Esta etapa procesal debe estar reservada a las partes, ya que es en esta fase que éstas comprueban, demuestran o acreditan su dicho ante el juez; el demandante respecto a los hechos afirmados en su demanda y el demandado en relación a lo expresado en su contestación, defensa y excepciones. Dada esta contienda entre las partes en presencia del juez es lo que le permitirá al juzgador la aptitud de fijar los hechos controvertidos, aquellos que se encuentran en debate y si los mismos han sido suficientes para él arribar a una decisión. Es así que con posterioridad a esta etapa que el juez podrá verificar, aclarar, repetir o perfeccionar cualquier prueba que amerite necesaria para emitir su fallo.

b) En el momento de fallar. Finalizado el período probatorio y realizado los alegatos en el proceso, es que puede el juez estimar la conveniencia o necesidad de aplicar una prueba de oficio, es en esta etapa del proceso que las pruebas arrojan un resultado y le es posible al juez establecer si algún hecho requiere verificación, aclaración, repetición o perfeccionamiento, y lograr así un claro conocimiento de los hechos, lo que propiciará un fallo justo. La concepción que compartimos de la prueba de oficio y que ha sido externada durante esta investigación, es aquella que supone auto para mejor proveer.

Observemos el criterio reiterado de la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, respecto a este tema de oportunidad:

“En verdad como lo afirma el recurrente, que de conformidad con lo establecido en el artículo 361 del Código de Procedimiento Civil, en el trámite de la apelación de una sentencia, solo les es posible a las partes, pedir la práctica de pruebas en los cinco casos contemplados en esta norma.

Adviértase que las limitaciones consagradas en el canon citado se refieren únicamente a las partes, como claramente se dice en el primer inciso. El precepto no es limitativo de la amplia potestad que, según el artículo 180 del Código de Procedimiento Civil, tiene el juez o el Tribunal del conocimiento para decretar pruebas de oficio no solo en los términos probatorios de las instancias y de los incidentes, sino <posteriormente, antes de fallar>⁶⁶⁷.

La prueba de oficio debe decretarse por una sola vez y en el momento de fallar. El período probatorio es una contienda entre las partes quienes tienen la carga de la prueba, y con posterioridad, el juez debe cumplir con uno de sus deberes que es colocar el proceso en estado de resolver, por lo que si existen dudas le corresponde hacer uso de la práctica de la prueba de oficio antes de emitir el fallo correspondiente, ya sea para verificar (a quo), aclarar puntos oscuros (ad quem), o la repetición o perfeccionamiento de la prueba cuando ha sido mal practicada o sea deficiente; de tal manera proferir una decisión legal y justa.

Respecto al ámbito de aplicación debemos manifestar que la misma se da en tres oportunidades: 1. Es deber del Juez de Primera Instancia (a quo) verificar las afirmaciones de las partes. 2. El Tribunal de Segunda Instancia (ad quem) le corresponde aclarar puntos oscuros o dudosos en el proceso. 3. La Corte Suprema de Justicia convertida en tribunal de instancia.

5. Práctica de la Prueba de Oficio. La práctica de la prueba es una fase determinante en el período probatorio, es aquella en la que el juez recibe la prueba, donde logra y se apropia de los hechos, para luego apreciarlos y formar su criterio. Por regla general el tribunal a quo, decreta la prueba de oficio y así mismo interviene en práctica. Igualmente, el tribunal ad quem, la decreta y está presente en su práctica.

⁶⁶⁷ Sentencia de 12 de febrero de 1977. Reiterado en sentencia de 26 de octubre de 1988, 7 de marzo de 1997, 8 de noviembre de 2000, Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, citadas por PARRA Quijano, Jairo. Manual de Derecho Probatorio, decimoctava edición, Librería ediciones del Profesional Ltda, Bogotá-Colombia, 2011, p. 189.

Ahora bien, estimamos que la Corte Suprema de Justicia convertida en tribunal de instancia, debe decretar la prueba de oficio y según la naturaleza de la misma puede optar por practicarla o disponer que el tribunal de primera instancia la practique. Una vez el tribunal a quo, cumpla con la práctica de la prueba de oficio remitirá el proceso a la Corte Suprema de Justicia, quien decreto la misma para que emita su decisión.

Un fallo emitido por la Sala Primera de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia⁶⁶⁸ nos permite reflexionar respecto a la práctica de la prueba de oficio. Esta máxima Corporación de Justicia mediante sentencia de 22 de agosto de 2014, estimó en un Proceso Ordinario de Mayor Cuantía en estado de liquidación de condena en abstracto, que el Tribunal de Segunda Instancia violó la regla de procedimiento que ordena al juez la obligación de decretar pruebas de oficio cuando aplicando los principios de la lógica y la experiencia encuentre que a liquidación presentada o las pruebas aportadas no reflejan la realidad de los hechos de la liquidación (artículo 996 del Código Judicial), al no decretar pruebas de oficio, a fin de determinar si la liquidación presentada corresponde a la realidad de su derecho material. Por lo tanto, en dicho proceso Casa la resolución dictada por el tribunal ad quem, pero ordena la devolución del expediente al tribunal a quo, para que continúe con el curso normal del proceso, y le dé el trámite correspondiente, consistente en práctica de pruebas de oficio dentro del proceso en referencia.

Veamos algunas interrogantes que nos surgen luego del análisis de dicho pronunciamiento. Sabido es que en atención al artículo 201 de la Constitución Política y el artículo 2 del Código Judicial, los inferiores están obligados a acatar y cumplir las decisiones que en los procesos dicten sus superiores jerárquicos al revocar o reformar, en virtud de los recursos legales o de consultas, las resoluciones emitidas por aquellos. Ahora bien, el decreto de pruebas de oficio es una deber-facultad discrecional del juez,

⁶⁶⁸ Sentencia de 22 de agosto de 2014, dictada por la Sala Primera de lo Civil de la de la Corte Suprema de Justicia de Panamá. Magistrado Ponente: Harley J. Mitchell D.

es discrecional en la medida que el juez la estime necesaria o no para llegar a su convencimiento antes de emitir la decisión, por tanto, ¿puede otro tribunal disponer que el inferior jerárquico decrete la misma?

¿Está obligado el tribunal que decreta la prueba de oficio a presidir su práctica?

Por otra parte, ¿es ante un recurso de casación que la Corte Suprema de Justicia estimó que en el caso en estudio lo procedente era el decreto de la prueba de oficio, corresponde su decreto al tribunal ad quem, por ser la resolución emitida por dicho tribunal la que se recurre en casación o le compete el decreto de la prueba de oficio al juez a quo?

Observemos otro pronunciamiento de la Sala Primera de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, en esta oportunidad nuestra máxima instancia en un Proceso Ordinario Declarativo de Mejoras, estimó que “En el caso bajo examen, esta Corporación estima que las declaraciones rendidas como pruebas por los señores antes identificados, adolecen de elementos que le confieran fortaleza para demostrar lo que mediante ellas se asevera, puesto que, como se expresara previamente, los declarantes se limitan a hacer una afirmación sin referir por qué lo saben y/o cómo llegaron a tener conocimiento sobre lo cuestionado, por tanto, puede concluirse que el Tribunal Superior incurrió en el cargo de errónea valoración de la prueba alegado por el casacionista, resultando imperativo casar la sentencia impugnada y aplicar el procedimiento regulado en el artículo 1195 lex cit., a efecto de actuar como tribunal de instancia y decretar pruebas de oficio, de manera que los medios probatorios obrantes en autos, particularmente las declaraciones testimoniales indicadas como indebidamente valoradas por el recurrente, sean completadas aclarando ciertas dudas razonables sobre aspectos importantes del litigio, en ánimo de producir una decisión final congruente con la pretensión esgrimida en la demanda”⁶⁶⁹.

⁶⁶⁹ Sentencia de 11 de diciembre de 2012, dictada por la Sala Primera de lo Civil de la de la Corte

Se contempla como la Corte Suprema de Justicia resalta el principio de congruencia antes desarrollado en este apartado como uno de los presupuestos para emitir el decreto de la prueba de oficio. La prueba ordenada en esta ocasión se dicta en vista de las deficiencias advertidas a las declaraciones de los testigos aducidos por una de las partes, y se consideró necesario repetir los interrogatorios de los mismos y se estableció en la sentencia que se analiza el cuestionario a absolver por los testigos que permitirán aclarar las dudas. También se dispuso mediante la prueba de oficio que se hicieran llegar al proceso copias autenticadas de dos fallos a los que hizo referencia el Tribunal Superior con la indicación si se encuentran en firme o están pendientes de que surta el trámite de algún recurso. Es por lo anterior, que la Corte Suprema de Justicia, Casa la resolución y convertida en tribunal de instancia, ordena para mejor resolver lo antes señalado y dispone que se libre comisión para que la prueba de oficio sea practicada por el juez a quo.

Estimamos que la prueba de oficio es un deber del juez, no obstante, la decisión de si es necesaria o no, es una determinación muy particular del juzgador, es por ello, que la normativa respecto a la prueba de oficio permite que ésta sea decretada tanto en el primera como en la segunda instancia, y en casación, incluso el Tribunal de Amparo de Garantías Constitucionales, puede hacer uso de la prueba de oficio para proteger derechos fundamentales de las personas, así lo ha establecido la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. De esta manera ante la omisión del juez a quo, puede el tribunal ad quem o incluso la Corte, disponer de la misma. Igualmente, estimamos que el tribunal que decreta la prueba de oficio debe presidir su práctica o comisionar a otro tribunal por tratarse de lugares fuera de su residencia, así lo dispone nuestro ordenamiento jurídico en los artículos 204 y siguientes del Código Judicial. El tribunal que ordena una prueba de oficio es con la finalidad de verificar, aclarar puntos oscuros o

dudosos y que dicho resultado le permita emitir su decisión.

5. No puede suplir la negligencia e inacción probatoria de las partes. Lo anterior en atención a que la prueba de oficio guarda relación con las pruebas que han sido admitidas en juicio, y que se dejó de practicar por causas no imputables a las partes o que se haya sido practicada defectuosamente, por ejemplo que el perito no haya respondido las interrogantes presentadas por el peticionario de la prueba pericial, dicha prueba puede ser perfeccionada por el juez, ordenando su ampliación, ya que dicha situación no les imputable al actor de dicha prueba sino al perito que no cumple con el fin encomendado.

Al respecto, es importante señalar que la Sala de Casación Civil - Agraria de la Corte Suprema de Colombia⁶⁷⁰, estima que la prueba de oficio es necesaria para acreditar las aseveraciones de las partes, incluso cuando ellas hayan sido deficientes en el ejercicio de los deberes que impone la carga de la prueba, puesto que es un deber superior del juzgador utilizar sus facultades legales en esta materia, sin que exista ninguna restricción, por ser una expresión de la normativa vigente.

En nuestro país existen pronunciamos en contrario, como la Sentencia de 8 de febrero de 2001, emitida por el Primer Tribunal Superior de Justicia del Primer Distrito Judicial de Panamá, al expresar que “debe tenerse mucho cuidado con las pruebas que se ordenan de oficio. Hay que tomar en cuenta que es a las partes a quienes les incumbe probar. Por tanto, si se trata de una prueba que se practicó defectuosamente o se dejó de practicar por negligencia de las partes, no procede remediar ese entuerto aplicando una prueba ordenada de oficio”⁶⁷¹.

⁶⁷⁰ Sentencia de 25 de mayo de 2004 dictada por la Sala de Casación Civil-Agraria de la Corte Suprema de Colombia.

⁶⁷¹ Sentencia de 8 de febrero de 2001, emitida por el Primer Tribunal Superior de Justicia del Primer Distrito Judicial de Panamá.

6. No puede traer al proceso pruebas nuevas. La prueba de oficio recaerá sobre los antecedentes que existan en el proceso, no pretende traer al proceso pruebas nuevas que no han sido aducidas, aportadas ni discutidas en juicio.

Para garantizar la imparcialidad del juez debe fundamentarse en la fuente de prueba que conste en el proceso; en los medios de prueba existentes en el proceso, es decir, el material de hecho aducido o aportado por las partes, los hechos alegados y discutidos en el proceso.

La prueba de oficio no puede recaer sobre pruebas nuevas, ya que las partes deben conocer la prueba, apreciarla y la misma debe ser incorporada con conocimiento o en audiencia de ambas partes, no puede existir reserva en la prueba, ni aquella que es decretada por el juez.

7. La prueba de oficio se decreta con el fin de verificar, aclarar, repetir o perfeccionar cualquier prueba aducida o presentada por las partes y que fueron admitidas por el juez en el proceso.

Consideramos acertado citar a Taruffo, quien al referirse al temor que se tiene de otorgar poderes de instrucción al juez señaló que “parece evidente que el remedio para estos peligros (en realidad más temidos que reales) no consiste en privar al juez de todo poder de instrucción, sino en someter a controles adecuados el ejercicio de estos poderes. Es aquí donde se vuelve esencial la garantía de los derechos de las partes, y donde el principio del contradictorio cumple una relevante función epistémica, constituyéndose en una técnica esencial de control racional sobre el uso que el juez hace de sus poderes. En otras palabras, es necesario que las partes estén en condiciones de controlar la relevancia y la admisibilidad de las pruebas que el juez dispone de oficio en

ejercicio de esos poderes, que estén en condiciones de aportar pruebas contrarias o diferentes respecto de las dispuestas por el juez, y que tengan por último la posibilidad de discutir el resultado y el valor de estas pruebas. La solución concreta del problema parece residir, por tanto, en la vigencia integral de la garantía del contradictorio, más que en la anulación de los poderes probatorios del juez. Se podría incluso sostener que desde el punto de vista epistémico la mejor solución posible consiste en maximizar al mismo tiempo tanto la realización del derecho de las partes a la prueba, en todas sus manifestaciones, incluyendo las que se refieren al control de las partes sobre el ejercicio de los poderes de instrucción del juez, como los poderes de instrucción autónomos de los que el juez debiera disponer. Se debe notar que estas dos estrategias no están en conflicto la una con la otra y que pueden, en cambio, combinarse para garantizar que la adquisición de los datos cognoscitivos necesarios para la determinación de la verdad sea lo más completa y lo más racional posible⁶⁷².

De lo expuesto, se concluye que la ausencia de parámetros claros respecto a los presupuestos o reglas que deben ser considerados por el juez al hacer uso de la prueba oficiosa, en los juicios civiles, elimina la posibilidad de garantizar un sistema procesal que brinde seguridad jurídica, toda vez que se genera el riesgo de vulneración del principio de impulso y economía procesal; el principio de legalidad; igualdad, imparcialidad, el principio de debido proceso, tutela judicial efectiva, verdad material, equidad procesal y el principio de certeza jurídica. En palabras de Taruffo, lo determinante es imponer controles adecuados para el ejercicio de los poderes oficiosos en materia de prueba y así garantizar los derechos de las partes mediante la observación racional de dicho poder.

⁶⁷² TARUFFO, Michele. (2010). Op. cit., p. 201 y 202.

ANÁLISIS DE RESULTADOS.

La práctica de la prueba oficiosa en el proceso civil panameño:
determinación de sus límites y consecuencias jurídicas.

| Tabla 1. Principios Rectores del Proceso Civil y Normas que lo rigen. | |
|--|---|
| PRINCIPIOS: | NORMAS: |
| 1. <u>Dispositivo</u> . La regla general es que el proceso inicia a instancia de parte, las partes disponen de las pruebas y del derecho en litigio y existe congruencia en la decisión del juez. Las partes también pueden instar al juez a ejercer las facultades oficiosas que le autoriza la ley; podríamos entonces decir que no rige el principio dispositivo de manera pura. | Artículos 253, 461, 522, 523, 524 del CJ. Acuerdo No. 294 de 6 de septiembre de 2001, modificado por el Acuerdo No. 225, de 9 de junio de 2003 de Pleno de la CSJ. |
| 2. <u>Impulso Procesal</u> . La regla general es el impulso de oficio, donde el juez es el director del procedimiento; el Juez impulsa el proceso desde su inicio hasta su culminación; vela porque no haya demora o llegue a paralizarse; ahora bien, existen actos procesales que corresponden exclusivamente a las partes (impulso de parte) y las mismas ante su inactividad son sancionadas con la caducidad. | Artículos 465, 466, 474, 476, 510 del CJ. Artículo 119 de la Ley 53 de 2015. |
| 3. <u>Contradicción o Bilateralidad</u> . Garantiza que los actos procesales se ejecuten con la misma posibilidad de intervención de la contraparte, excepto las medidas cautelares. | Artículos 704, 521, 1235, 1242, 1243, 1255, 1284, 1346 del CJ. |
| 4. <u>Igualdad de las partes en el proceso</u> . La igualdad procesal no se restringe a un trato idéntico, sino también a la correspondencia en el ejercicio de acción y oposición, ya sea en su calidad de demandante (demanda) o como demandado (contestación), a través de sus defensas o excepciones, lo cual debe ser garantizado por el juzgador en ejercicio de su función tutelar. | Artículo 7 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Artículo 24 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos. Artículos 19 y 20 de la CP. Artículos 119 de la Ley 53 de 2015. Artículos 413 a 423, 469, 1446 a 1450 del CJ. Artículo 1 del CC. |
| 5. <u>Economía Procesal</u> . Tiende a la reducción o realización con el menor ahínco los actos procesales con miras a la concreción de los resultados del proceso, por medio de la disminución de la duración de las distintas fases que lo componen; es una manifestación integral de otros principios como el de concentración, eventualidad, preclusión, celeridad y saneamiento; los cuales garantizan un efectivo ejercicio de la actividad jurisdiccional para la satisfacción de las pretensiones de las partes. | Artículo 215 de la CP. Artículos 468, 472, 608, 676, 678, 682, 686, 696, 702, 708, 720 a 731 del CJ. Artículo 119 de la Ley 53 de 2015. |
| 6. <u>Eventualidad o Preclusión</u> . Pretende que en el proceso exista un orden lógico, claridad y rapidez en la tramitación del mismo; una etapa precede a la otra, fases que son de tracto sucesivo basadas en un sistema que permite su conexión. | Artículos 508, 517, 523, 526, 796, 1132 del CJ. |

La práctica de la prueba oficiosa en el proceso civil panameño:
determinación de sus límites y consecuencias jurídicas.

| PRINCIPIOS RECTORES DEL PROCESO CIVIL Y LAS NORMAS QUE LO RIGEN | |
|--|--|
| PRINCIPIOS: | NORMAS: |
| 7. <u>Inmediación</u> . Supone que el juez mantiene un acercamiento con los elementos fácticos, jurídicos y probatorios que componen la realidad denominada proceso; lo cual le da un conocimiento palmario de las interioridades de los elementos debatidos dentro del procedimiento, emanados del poder de dirección que tiene el juez del proceso que implica un enlace del mismo a cada una de las etapas que lo componen; advirtiéndose un mayor uso de estas facultades en los procesos civiles orales que en los de naturaleza escritos, pero siendo en ambos un elemento esencial. | Artículos 782, 923, 906 del CJ. |
| 8. <u>Publicidad</u> . Se reduce a la discusión de las pruebas, motivación del fallo y a la notificación o comunicación a las partes del proceso de las resoluciones judiciales. | Artículos 1, 183, 483, 496, 626, 787, 1001 a 1027, 1940.5 del CJ. |
| 9. <u>Congruencia</u> . La determinación de las pretensiones de las partes se efectúa a través de su fijación en los libelos de demanda y contestación de la misma, con base a ellas, el juzgador debe determinar en su sentencia si se han acreditado o no las mismas; es allí donde emerge el principio de congruencia, pues vincula al juez a pronunciarse concretamente sobre lo pedido y no le es dable, en materia civil, proferir decisión distinta a la requerida. | Artículos 991, 201.2, 475, 1170.7 del CJ. |
| 10. <u>Probidad y Lealtad Procesal</u> . Supone que los actores (las partes y el juez) en el proceso civil actúen con un compromiso real, absoluto y consecuente con sus poderdantes y con el proceso. | Artículos 201, 215, 467, 684, 889, 954, 961, 984, 1071, 1227.6, 1256, 1263. Artículo 119 de la Ley 53 de 2015. |
| 11. <u>Doble Instancia e Impugnación</u> . La doble instancia significa que los tribunales de mayor jerarquía puedan revisar, por requerimiento de las partes, las actuaciones de los tribunales de inferior jerarquía. La doble instancia presupone dos decisiones por tribunales distintos. Esto es posible mediante la impugnación, que surge por los recursos judiciales. | Artículo 463 del CJ. |
| Recursos Ordinarios: guardan relación con la disconformidad del recurrente o con toda la resolución impugnada. | Artículos 1129 a 1161 del CJ. |
| a) <u>Reconsideración</u> . Conlleva que la autoridad jurisdiccional pueda volver a revisar la actuación procesal recurrida con miras a verificar, a solicitud de parte, aquellos puntos esgrimidos como afectación; y también el tribunal de oficio puede abolir su propia decisión, incluso, por razones distintas a las alegadas por la parte solicitante. | Artículos 1129 y 1130 del CJ. |
| b) <u>Apelación</u> . Su finalidad es que el superior jerárquico examine la decisión dictada por el juez de primera instancia y la revoque, reforme o confirme. | Artículos 1131 a 1151 del CJ. |

La práctica de la prueba oficiosa en el proceso civil panameño:
determinación de sus límites y consecuencias jurídicas.

| PRINCIPIOS RECTORES DEL PROCESO CIVIL Y LAS NORMAS QUE LO RIGEN | |
|--|---|
| PRINCIPIOS: | NORMAS: |
| c) De Hecho. Es el que le corresponde a la parte agraviada en el proceso para solicitar al superior que admita el recurso de apelación o conceda el recurso casación que haya interpuesto y que le fue negado por un juez inferior. | Artículos 1152 a 1161 del CJ. |
| Recursos Extraordinarios: se presentan contra resoluciones ejecutoriadas o contra violaciones establecidas de manera taxativa en la Ley. | Artículos 1162 a 1224 del CJ. |
| a) Casación. Tiene por objeto invalidar determinadas resoluciones judiciales, cuando éstas han sido pronunciadas con infracción de la ley, o con omisión de las formalidades procesales, y, siempre que esa infracción haya influido sustancialmente en lo dispositivo de la resolución impugnada. | Artículos 1162 a 1203 del CJ. |
| b) Revisión. Su fin es invalidar sentencias ya ejecutoriadas que han sido dictadas injustamente, por la Corte Suprema de Justicia, Tribunales Superiores o por Jueces de Circuito. | Artículos 1204 a 1224 del CJ. |
| c) La Consulta. No es propiamente un recurso, pero está consagrada para proteger los intereses de la administración pública, incapaces, bienes vacantes, partes representadas por curadores ad litem, defensores de ausentes. | Artículos 1225 y 1226 del CJ. |
| 12. <u>Motivación</u> . El juzgador debe justificar razonadamente los fallos. | Artículos 989 y 990 del Código Judicial. Artículo 119 de la Ley 53 de 27 de agosto de 2015. |
| 13. <u>Legitimación</u> . Significa que todo aquel (demandante y demandado) que pretenda actuar o dirimir una disputa en juicio, debe tener un interés genuino y verdadero en la sentencia. | Artículos 585, 618 del CJ. |

Fuente: Elaborado por la investigadora Yanireth Herrera.

La práctica de la prueba oficiosa en el proceso civil panameño:
determinación de sus límites y consecuencias jurídicas.

| Tabla 2. FUNCIÓN DEL PROCESO CIVIL. | |
|---|--|
| FUNCIÓN | AUTORES |
| 1. Resolver o Dirimir conflictos o litigios entre los ciudadanos. | Rolando Tamayo y Salmorán. Cipriano Gómez Lara. Eisner (no persigue la averiguación de la verdad). Opositor: Chiovenda. |
| 2. Búsqueda de la verdad; adquisición o declaración de la certeza. | Kielmanovich. Ugo Rocco. Opositor Eisner. |
| 3. Actuación de la Voluntad de la Ley, inspirado en un ideal de justicia. | Chiovenda (no pretende dirimir controversias). |
| 4. Equilibrio entre la tesis de aplicación del ordenamiento jurídico y el de tutela de los derechos de las partes. | Jorge Fábrega Ponce. |
| 5. Reconocimiento de los derechos consignados en la Ley. | Artículo 215 de la Constitución Política de Panamá y Artículo 469 del Código Judicial. |
| 6. En la decisión del conflicto que se presenta debe existir una armonía entre la aplicación de las pretensiones de un caso concreto a la Ley, y la observancia y protección de los derechos de las partes, como medio para alcanzar la justicia y mantener el orden. | Nuestro criterio. |

Fuente: Elaborado por la investigadora Yanireth Herrera.

La práctica de la prueba oficiosa en el proceso civil panameño:
determinación de sus límites y consecuencias jurídicas.

| Tabla 3. PRUEBA- CONCEPTO E IMPORTANCIA. | |
|--|--|
| CONCEPTO: | AUTOR: |
| Conjunto de motivos o razones, que de los medios aportados se deducen y que nos suministran el conocimiento de los hechos para los fines del proceso. | Devis Echandía. |
| Acreditamiento, la verificación, la confirmación de los hechos aducidos por las partes. | Gómez Lara. |
| Puede tener distintos significados: a) Proposición de la existencia o de la verdad de hechos, por obra de las partes, a los cuales vinculan ellas efectos jurídicos (nacimiento, modificación, extinción de relaciones jurídicas); b) Control de la verdad o de la existencia de los hechos propuestos y afirmados por las partes, lo cual implica: 1. La actividad de las partes; 2. La actividad de los órganos de control (jurisdiccionales). | Rocco. |
| Es comprobación y no averiguación. | Couture. |
| Verificación de afirmaciones, formuladas por las partes. | Sentis Melendo (coincide con Couture). |
| El juez debe investigar la verdad de las afirmaciones de las partes, para que triunfe la verdad. | Devis Echandía (opositor a Couture y Sentis Melendo) |
| Demostración de la verdad de un hecho realizada por los medios legales (legítimos). | Carnelutti. |
| Son los actos o cosas que permiten a quien enuncia algo, fijar, instaurar, acreditar, comprobar, afirmar, confirmar, verificar, acreditar ante el juez de la existencia o no de los hechos discutidos en juicio, teniendo como fin la verdad de las afirmaciones alegadas, en la forma que prescribe la ley. Es un instrumento de comprobación pero también verificación. | Nuestro concepto. |
| IMPORTANCIA DE LA PRUEBA: Formar en la mente del juzgador, el convencimiento sobre la veracidad de las afirmaciones que constituyen las pretensiones o excepciones presentadas por las partes en el proceso. | |

Fuente: Elaborado por la investigadora Yanireth Herrera.

La práctica de la prueba oficiosa en el proceso civil panameño:
determinación de sus límites y consecuencias jurídicas.

| Tabla 4. OBJETO DE LA PRUEBA. | |
|---|---------------------------------------|
| OBJETO: | AUTOR: |
| Los hechos controvertidos y solamente los hechos. | Manuel Osorio |
| Los hechos cuya demostración tenga interés para el proceso. | Arazi, amplía el concepto. |
| Los hechos presentes, pasados y futuros. | Devis Echandía, aduce un espectro más |
| Los hechos no admitidos y que no sean notorios. | Chiovenda. |
| Aquellos hechos que es necesario probar, por ser los supuestos de las normas jurídicas cuya aplicación se discute en un determinado proceso. | Parra Quijano. |
| Establecer la existencia de un hecho jurídicamente relevante. | Taruffo. |
| No son los hechos per se sino los hechos afirmados por las partes. Se comprueban las afirmaciones sobre los hechos realizados por las partes. | Carnelluti. |
| Lo que se prueba son las afirmaciones que se refieren a los hechos. | Sentís Melendo. |
| Las afirmaciones articuladas por las partes respecto a hechos controvertidos. | Fábrega Ponce. |
| Es lo que debe demostrarse en juicio, es decir, tanto el hecho como toda afirmación enunciada por el demandante y demandado respecto a los hechos efectuados por los mismos y que se encuentran en litigio. | Nuestra posición. |

Fuente: Elaborado por la investigadora Yanireth Herrera.

| Tabla 5. FUNCIÓN DE LA PRUEBA. | |
|---|-------------------|
| FUNCIÓN: | AUTOR: |
| Tiene un fin individual de acuerdo a la parte que la suministra y un fin concreto lo que cada interesado busca con la prueba en el proceso. | Carnelluti. |
| Formar la convicción del juez. | Rocco. |
| Convencer de la verdad. | Kielmanovich. |
| Darle al juez el conocimiento o la certeza sobre los hechos. | Devis Echandía. |
| Busca la verdad de los hechos. | Parra Quijano. |
| Establecer la verdad de los hechos. | Taruffo. |
| Conocimiento de la verdad acerca de lo que se le ha planteado. | Gómez Lara. |
| Convicción del juez respecto de las afirmaciones vertidas sobre los hechos controvertidos. | Nuestro criterio. |

Fuente: Elaborado por la investigadora Yanireth Herrera.

La práctica de la prueba oficiosa en el proceso civil panameño:
determinación de sus límites y consecuencias jurídicas.

| Tabla 6. DISTINCIÓN ENTRE FUENTES Y MEDIOS DE PRUEBA. | | | |
|--|----------------|--|----------------|
| FUENTES DE PRUEBA (CONCEPTO): | AUTOR | MEDIOS DE PRUEBA (CONCEPTO): | AUTOR |
| Es el hecho del cual se sirve el juez para deducir la propia verdad. Agrega que el documento, el testigo y el indicio son las tres fuentes atípicas de la prueba. | Carnelluti. | Actividad del juez mediante la cual busca la verdad del hecho a probar. | Carnelluti |
| Es el elemento preexistente al proceso del cual emerge determinado medio probatorio. Ejemplo: el transeúnte que presencia un accidente es una fuente que puede convertirse en medio de prueba. La cosa o persona sobre la que recae la inspección. | Fábrega Ponce. | Diversos instrumentos o elementos utilizados dentro del proceso y dirigidos a producir convencimiento del juez respecto a las afirmaciones de las partes. Ejemplo: testimonio, documento, peritaje, inspección judicial, confesión, indicio. | Fábrega Ponce. |
| Son las personas, las cosas cuya existencia son anteriores al proceso e independiente de él, que tienen conocimiento o representan el hechos a probar. | | | |
| a) Son limitadas | | a) Son ilimitados. | Arazi. |
| b) No pueden crearse por orden judicial. | | b) Pueden crearse por orden judicial. | |
| c) Pertenecen a una realidad extraprocetal. | | c) No se concretan fuera del proceso, tienen una realidad procesal. | |
| d) Existen o no existen”. | | d) Siempre existen”. | |
| e) No están reguladas. | | e) Están regulados. | |

La práctica de la prueba oficiosa en el proceso civil panameño:
determinación de sus límites y consecuencias jurídicas.

| DISTINCIÓN ENTRE FUENTES Y MEDIOS DE PRUEBA. | | | |
|---|-------------------|---|-------------------|
| FUENTES DE PRUEBA (CONCEPTO): | AUTOR | MEDIOS DE PRUEBA (CONCEPTO): | AUTOR |
| | | Son los elementos o instrumentos como: testimonio, documentos, indicio, confesión, inspección por el juez mismo, etc. | Devis Echandía. |
| | | Procedimientos destinados a procurar la verificación de los aspectos técnicos y científicos. | Gómez Lara. |
| | | Son las fuentes de las que se extrae los motivos de prueba (testigos, inspecciones, documento público). Actividad del juez desarrollada en el proceso. | Chiovenda. |
| | | Instrumentos y órganos que le suministran al juez el conocimiento de los hechos que integran el tema de la prueba: declaración de parte, confesión o testimonio, testimonio de terceros, dictamen pericial, inspección judicial y los indicios. | Parra Quijano. |
| | | Medios suministrados por las partes para realizar el control de la verdad y existencia de hechos. | Rocco. |
| Constituyen las situaciones o circunstancias en que se encuentra una persona o cosa en un momento dado y que determina por su importancia un medio para acreditar un hecho. No se encuentran reguladas. | Nuestro criterio. | Es la fuente presentada en juicio para convencer al juez de las afirmaciones. Se encuentran establecidos en la ley. | Nuestro criterio. |

Fuente: Elaborado por la investigadora Yanireth Herrera.

| Tabla 7. PRINCIPIOS PROBATORIOS EN EL PROCESO CIVIL. | |
|--|--|
| PRINCIPIOS: | NORMAS: |
| 1. <u>Vinculación de las normas probatorias.</u> Las normas probatorias ofrecen una vinculación a los distintos sujetos procesales, puesto que las mismas son de obligatorio cumplimiento, por ser de orden procesal; lo que implica que las partes no pueden desconocerlas, salvo que exista un mandato legal expreso que faculte a ello o que las partes celebren acuerdos respecto a las mismas. | Artículos 789, 791 del CJ. |
| 2. <u>Carga de la Prueba.</u> Corresponde al demandante y demandado acreditar los hechos que cimientan su pretensión o excepción, respectivamente. | Artículo 784 del CJ. |
| 3. <u>Unidad de la Prueba.</u> La unidad de la prueba implica que la misma debe ser analizada en conjunto, pero sin descuidar el análisis individualizado de cada uno de los elementos que lo componen. La comunidad de la prueba supone que con independencia de quien fue la parte que la incorporó al proceso, debe ser examinada íntegramente y es un elemento del proceso, por lo que su valoración puede ser utilizada en lo favorable y desfavorable para cada una de los litigantes; no siendo dable la posibilidad de renunciar a pruebas que fueron válidamente incorporadas al proceso en las oportunidades y en las formas previstas por la disposición vigente. | Artículo 710, 782, 788, 801, 814, 885 del CJ. |
| 4. <u>Igualdad de Oportunidades para la Prueba.</u> El juzgador debe lograr un equilibrio no solo en la oportunidad de presentación de pruebas, en su práctica y en contradecir las mismas sino en el conocimiento claro de los hechos que se pretenden demostrar con esos medios de prueba. Por ello, le es permitido el decreto de pruebas de oficio, para garantizar más allá de la igualdad probatoria, la equidad procesal. | Artículo 19 y 20 de la CP. de la República de Panamá, el artículo 469 del CJ. Artículo 1 del CC. Artículo 7 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Artículo 24 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos. Artículo 119 de la Ley 53 de 27 de agosto de 2015. |

| PRINCIPIOS PROBATORIOS EN EL PROCESO CIVIL. | |
|--|--|
| PRINCIPIOS: | NORMAS: |
| 5. <u>Contradictorio de la Prueba.</u> Se traduce en el conocimiento que debe existir entre las partes de los actos procesales y la comunicación en materia de pruebas, a ambas partes; es decir, tanto el demandante como el demandado deben tener la oportunidad de contradecir las pruebas presentadas por la parte contraria en el proceso, debe existir igualdad de oportunidades en materia probatoria. | Artículos 787, 793, 794, 795, 851, 893 del CJ. |
| 6. <u>Preclusión de la actividad probatoria.</u> La ley establece concretamente las fases y oportunidades con que las partes cuentan para incorporar al debate procesal los medios de pruebas que estiman permitirán acreditar sus pretensiones e incluso desvirtuar las de su contraparte. Entre las cuales se encuentran la presentación de la demanda, la contestación de la demanda y el período probatorio con que cuente el proceso; siendo cualquier otra oportunidad ineficaz para ello, por lo que las mismas se sancionan por extemporáneas y sobre estas últimas no es dable al juez emitir una valoración por tal motivo. Nos enseña este principio que una vez finaliza el plazo, precluye la oportunidad de presentar la prueba o su práctica, ya que no se repite, el proceso continúa. | Artículos 604, 792, 796 del CJ. |
| 7. <u>Publicidad de las pruebas.</u> Consiste en observar y en estar en contacto con las pruebas presentadas por la parte contraria y también implica la exigencia en su valoración mediante una debida motivación. Este principio responde también a un fin muy importante en la administración de justicia como lo es la transparencia de lo actuado, tanto frente a las partes, a los terceros, a los abogados y a la sociedad en general. | Artículos 604, 792, 796 del CJ. |
| 8. <u>No valerse las partes de sus propias pruebas.</u> No permite la incorporación de aquellos documentos emanados de la parte que los intenta hacer valer; y la imposibilidad de aducir su propia declaración. | Artículos 856, 871 y 903 del CJ. |
| 9. <u>Inmediación.</u> El juez tiene el deber de recibir él las pruebas que las partes presenten o aduzcan, ya sea en la demanda, contestación, reconvenición, excepciones, incidentes, entre otros. Esto le permite al Juez tener contacto directo con los hechos objeto del debate y cumple con la facultad de dirección del proceso. El juez civil en primer término decide sobre la admisibilidad de las pruebas y luego en su práctica. El juez interviene activamente en la práctica de las mismas y para ello la ley le faculta, es el director en dicha contienda probatoria, con la potestad de decretar pruebas de oficio cuando sea necesario. | Artículo 782 del CJ. |

| PRINCIPIOS PROBATORIOS EN EL PROCESO CIVIL. | |
|---|----------------------------------|
| PRINCIPIOS: | NORMAS: |
| 10. <u>Presunciones o prueba por indicio.</u> A través de la presunción el juez establece hechos de la conducta procesal de las partes y de las pruebas. Indicios que deben sustentarse en hechos probados. | Artículos 785, 831 y 868 del CJ. |
| 11. <u>Conocimiento extraprocesal del juez.</u> El juez tiene conocimiento de los hechos a través de las alegaciones de las partes; ante la afirmación de un hecho por una de las partes y la negación del mismo por la otra parte o quizás su aceptación; el juez conocerá la afirmación real o la verdad material mediante la prueba. Ahora bien, si existe un hecho que no es controvertido o negado por la otra parte no se exige prueba, por tratarse de un hecho admitido por la parte contraria, de acuerdo con la doctrina lo mismo sucede con los hechos notorios, ya que no requieren prueba. | Artículo 784 del CJ. |

Fuente: Elaborado por la investigadora Yanireth Herrera.

La práctica de la prueba oficiosa en el proceso civil panameño:
determinación de sus límites y consecuencias jurídicas.

| Tabla 8. ACTORES DEL PROCESO CIVIL, LAS PARTES. | |
|--|---|
| CARGAS : | DERECHOS: |
| 1. Promover una pretensión a través de la demanda (demandante); contestar la demanda (demandado). | 1. Ser oídas, defenderse. |
| 2. Aducir o presentar las pruebas que acrediten sus afirmaciones. | 2. Conocer las pruebas presentadas por su adversario. |
| 3. Deber de colaboración en la práctica de pruebas. | 3. Presentar pruebas y contradecir las proporcionadas por la contraparte. |
| 4. El deber de decir la verdad. | 4. Participar de la práctica de las pruebas. |
| 5. Proceder con lealtad y buena fe en todos los actos. | 5. Instar al juez a que haga uso de las facultades oficiosas, entre éstas la audiencia de concentración, el decreto de pruebas de oficio. |
| 6. Abstenerse de usar expresiones indecorosas u ofensivas, debe guardar el debido respeto a los Magistrados y Jueces, a los subalternos, a las partes en el proceso. | 6. Alegar. |
| 7. Impulso de Parte, colaborar con el tribunal en presentar las direcciones correctas para que las partes puedan ser notificadas, entre otros. | 7. Conocer del estado del proceso. |
| 8. Solicitar nulidades procesales. | 8. Obtener copias del expediente. |
| 9. Presentar incidentes, excepciones, todas las defensas que estén a su alcance y sean viables de acuerdo al derecho. | 9. Que la decisión que se adopte le sea explicada de manera sencilla y clara. |
| | 10. Presentar medios de impugnación. |
| | 11. Reconocimiento de sus derechos. |
| | 12. Accionar en busca de la justicia. |

Fuente: Elaborado por la investigadora Yanireth Herrera.

| Tabla 9. BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD, CONCEPTO Y FUNDAMENTO. | | |
|--|---|--|
| CONCEPTO: Reconoce rango constitucional a las normas internacionales en materia de derechos humanos. | | |
| MÉXICO | COLOMBIA | PANAMÁ |
| <p>a) Artículo 1. En los Estado Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.</p> <p>Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.</p> <p>Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.</p> | <p>a) Artículo 9. Las relaciones exteriores del Estado se fundamentan en la soberanía nacional, en el respeto por la autodeterminación de los pueblos y en el reconocimiento de los principios del derecho internacional aceptados por Colombia.</p> <p>b) Artículo 53. ... Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados hacen parte de la legislación interna. La Ley, los contratos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores.</p> <p>c) Artículo 93. Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.</p> | <p>a) Artículo 4. La República de Panamá acata las normas de Derecho Internacional.</p> <p>b) Artículo 17. Las autoridades de la República están instituidas para proteger en su vida, honra y bienes a los nacionales dondequiera se encuentren y a los extranjeros que estén bajo su jurisdicción; asegurar la efectividad de los derechos y deberes individuales y sociales, y cumplir y hacer cumplir la Constitución y la Ley. Los derechos y garantías que consagra esta Constitución, deben considerarse como mínimos y no excluyentes de otros que incidan sobre los derechos fundamentales y la dignidad de la persona.</p> |

La práctica de la prueba oficiosa en el proceso civil panameño:
determinación de sus límites y consecuencias jurídicas.

| BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD, CONCEPTO Y FUNDAMENTO. | | |
|---|--|---|
| MÉXICO | COLOMBIA | PANAMÁ |
| | <p>d) Artículo 94. La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos.</p> | <p>c) Jurisprudencia Constitucional.</p> |
| | <p>e) Artículo 214, al regular los estados de excepción, señala en el acápite 2: “No podrán suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales. En todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario. Una ley estatutaria regulará las facultades del Gobierno durante los estados de excepción y establecerá los controles judiciales y las garantías para proteger los derechos, de conformidad con los tratados internacionales, las medidas que se adopten deberán ser proporcionales a la gravedad de los hechos.</p> | |

Fuente: Elaborado por la investigadora Yanireth Herrera.

| Tabla 10. LA PRUEBA COMO DERECHO FUNDAMENTAL DE LAS PARTES. | |
|---|---|
| PRUEBA DE PARTE – DEBER Y FINALIDAD. | PRUEBA DE OFICIO – DEBER. |
| Aportación y práctica de pruebas. | Verifica las afirmaciones de las partes. |
| Utilizar todos los medios de prueba que estime pertinente para acreditar los hechos y sus afirmaciones. | Utilizar todas aquellas pruebas que consten en el proceso y estime procedente para verificar los hechos afirmados por las partes. |
| Instar al juez para verificar afirmaciones mediante la prueba de oficio. | Posibilidad de acoger la solicitud de parte del decreto de pruebas de oficio. |
| PRUEBA – VULNERACIÓN. | PRUEBA DE OFICIO – VULNERACIÓN. |
| Limitar su presentación o proposición. | Limitar el decreto de prueba de oficio. |
| Impedir la práctica de prueba. | Abstenerse del decreto de prueba de oficio. |
| <u>PRUEBA – ACCIONES.</u> 1. Recurso de Apelación, ante la omisión de un trámite probatorio (revocatoria). 2. Casación en la forma (art. 1170 del C.J.). 3. Acción de Amparo de Garantías Constitucionales. | <u>PRUEBA DE OFICIO - ACCIONES.</u> 1. Acción de Amparo de Garantías Constitucionales, si el decreto de la prueba de oficio, constituye vulneración a los derechos fundamentales. 2. El Tribunal de Amparo de Garantías Constitucionales, puede hacer uso de la prueba de oficio para proteger derechos fundamentales de las personas. |

Fuente: Elaborado por la investigadora Yanireth Herrera.

Esquema 1. Libertad Probatoria.



Fuente: Elaborado por la investigadora.

| Tabla 11. DEBERES Y PODERES OFICIOSOS DEL JUEZ EN EL PROCESO CIVIL. | |
|---|---|
| EL JUEZ: | |
| 1. Ordenar la corrección del poder, de la demanda y de la contestación. | Artículo 686 del CJ. |
| 2. Búsqueda de la verdad. | Artículo 793 del CJ. |
| 3. Evitar la paralización del proceso. | Artículo 466 del CJ. |
| 4. Integrar la relación procesal. | Artículo 678 del CJ. |
| 5. De oficio debe dar a la demanda, petición, recurso o incidente, el trámite que corresponda, a pesar de la incorrecta denominación de las partes. | Artículo 476 del CJ. |
| 6. Audiencia de concentración. | Artículo 493 del CJ. |
| 7. Ejercer el Despacho saneador. | Artículo 696 del CJ. La Ley 53 de 27 de agosto de 2015. |
| 8. Saneamiento oficioso antes de fallar. | Artículo 745 del CJ. |
| 9. La declaración de oficio de nulidades de determinados actos procesales o cuando las partes lo soliciten. | Artículo 733 del CJ. Artículo 119 de la Ley 53 de 2015. |
| 10. Saneamiento oficioso en materia probatoria. | Artículos 793, 847, 854, 878 y 914 del CJ. |
| 11. Puede exigir de oficio o a petición de parte a terceros la entrega de pruebas. | Artículo 870 ibídem. |
| 12. Pedir informes a cualquier oficina pública, entidad estatal o descentralizada o a cualquier banco, empresa aseguradora o de utilidad pública, informes que estime procedente incorporar al proceso para verificar las afirmaciones de las partes. | Artículo 893 ibídem. |
| 13. Decretar pruebas de oficio. | Artículos 793, 794 del CJ. |
| 14. Colocarse en estado de resolver. | Artículo 793 del CJ. |
| 15. Revocar su propia resolución. | Artículo 1129 del CJ. |

Fuente: Elaborado por la investigadora Yanireth Herrera.

La práctica de la prueba oficiosa en el proceso civil panameño:
determinación de sus límites y consecuencias jurídicas.

| Tabla 12. ANTECEDENTES DE LA PRUEBA DE OFICIO. | |
|---|--|
| Prueba de Oficio | Las Siete Partidas, Leyes 2, 3, 11, 13 y 31 de la Tercera Partida (Período Romano-canónico). |
| | Constitución de España. |
| | Ley de Enjuiciamiento Civil de España. |
| | Constitución de Colombiana. |
| | Código del Estado de Cundinamarca. |
| | Código Judicial Panameño de 1987 |

Fuente: Elaborado por la investigadora Yanireth Herrera.

La práctica de la prueba oficiosa en el proceso civil panameño:
determinación de sus límites y consecuencias jurídicas.

| Tabla 13. PODERES DE INSTRUCCIÓN DEL JUEZ EN RELACIÓN CON LA INICIATIVA PROBATORIA. | |
|--|---|
| PODER DE INSTRUCCIÓN: | NORMAS: |
| 1. Prueba de Oficio. | Artículos 793 y 794 del CJ. |
| 2. Saneamiento oficioso en materia probatoria. | Artículos 793, 847, 854, 878 y 914 del CJ. |
| 3. Solicitar de oficio al Registro Público certificación respecto a la inscripción de determinado documento. | Artículo 847 del CJ. |
| 4. Prueba Documental. 4.1. Documentos Públicos. 4.2. Documentos Privados. | Artículos 846, 847, 854 del CJ. Artículos 870, 883 del CJ. |
| 5. Ordenar de oficio la traducción de un documento en lengua que no sea el español. | Artículo 878 del CJ. |
| 6. Prueba de informes. | Artículo 893 ibídem. |
| 7. Incidentes. | Artículo 705 del CJ. |
| 8. Verificar la existencia o contenido de documentos o actos. | Artículo 786 del CJ. |
| 9. Declaraciones de Parte. | Artículo 906 del CJ. |
| 10. Testimonios. | Artículo 914 del CJ. |
| 11. Careos | Artículo 953 del CJ. |
| 12. Inspección Judicial y Reconstrucción de los Hechos. | Artículo 954, 960 del CJ. |
| 13. Prueba Pericial | Artículo 966, 976 del CJ. |
| 14. Dictámenes Especiales | Artículo 981 del CJ. |
| 15. Liquidación de Condena en Abstracto. | Artículo 996 del CJ. |
| 16. Procesos Civiles de Menor Cuantía. | Artículo 1235 del CJ. |
| 17. Procesos Sumarios | Artículo 1346 del CJ. |
| 18. Procesos No Contenciosos. | Artículo 1423 del CJ. |
| 19. Procesos Especiales de Deslinde y Amojonamiento. | Artículo 1474 del CJ. |
| 20. Excepciones en los Procesos Ejecutivos. | Artículo 1682, 1688 del CJ. |
| 21. Todos los Procesos Civiles | Artículo 793 y 794 del CJ. |
| 22. Jurisdicciones Especiales: 22.1. Niñez y Adolescencia y Familia. 22.2. Laboral. 22.3. Protección al Consumidor. | Artículos 764, 786 y 828 del CF. Artículos 740, 969 y 973 del CT. Artículo 793 por remisión del artículo 191 de la Ley 45 de 31 de octubre de 2007. |

Fuente: Elaborado por la investigadora Yanireth Herrera.

La práctica de la prueba oficiosa en el proceso civil panameño:
determinación de sus límites y consecuencias jurídicas.

| Tabla 14. DERECHO COMPARADO RESPECTO A LA PRUEBA DE OFICIO EN EL PROCESO CIVIL. | |
|--|---|
| PAÍSES QUE REGULAN LA PRUEBA DE OFICIO. | NORMAS: |
| Colombia. | Artículos 37.4, 179 y 180 del C.P.C. |
| Costa Rica. | Artículo 136 del C.P.C. |
| Argentina. | Artículo 36.4 de la Ley 17454. |
| Uruguay. | Artículo 139 de la Ley 15982. |
| Ecuador. | Artículo 122 del C.P.C. |
| México, DF. | Artículos 278 y 279 del C.P.C. |
| Perú. | Artículo 194 del C.P.C. |
| España. | Artículos 282, 429.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000. |
| Suiza. | Artículo 37 Ley Federal Suiza. |
| Francia. | Artículos 16 y 143 Code de Procedure Civile. |
| Brasil. | Artículos 5 y 130 Ley 9.099 de 26 de octubre de 1995. |
| Otros países: Puerto Rico, Bélgica, Alemania, Italia y Portugal. | |
| Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica. | Artículo 24. |
| Chile, trabaja en un proyecto de un nuevo Código Procesal Civil. | Artículos 288, 289 y 290 Proyecto de Ley. |

Fuente: Elaborado por la investigadora Yanireth Herrera.

La práctica de la prueba oficiosa en el proceso civil panameño:
determinación de sus límites y consecuencias jurídicas.

| Tabla 15. PRUEBA DE OFICIO EN PANAMÁ, COLOMBIA, COSTA RICA, ARGENTINA Y MÉXICO. | | | | |
|---|---|--|---|--|
| PANAMÁ | COLOMBIA | COSTA RICA | ARGENTINA | MEXICO (DF) |
| <p>- El juez debe: Primera instancia: ordenar en el expediente principal y en cualquier incidencia que surja, en el período probatorio o en el momento de fallar, la práctica de todas aquéllas que estime procedentes para verificar las afirmaciones de las partes. El de segunda practicará aquéllas que sean necesarias para aclear puntos oscuros o dudosos en el proceso.</p> <p>- El juez debe, en cualquier momento, ordenar de oficio la repetición o perfeccionamiento de cualquier prueba, cuando ha sido mal practicada o sea deficiente.</p> | <p>-Es deber del juez emplear los poderes que este Código le concede en materia de pruebas, siempre que lo considere conveniente para verificar los hechos alegados por las partes y evitar nulidades y providencias inhibitorias (Art. 37, numeral 4 CPC).</p> <p>- El Juez puede decretar pruebas de oficio, en los términos probatorios de las instancias, de los incidentes y antes de fallar. Cuando no sea posible practicar estas pruebas dentro de estas oportunidades, el juez señalará para tal fin una audiencia o un término que no podrá exceder del que se adiciona, según fuere el caso (art 180 CPC).</p> | <p>-Fracasada la conciliación y saneado el proceso, el juez ordenará recibir las pruebas ofrecidas que sean procedentes, y las que de oficio considere necesarias (Art. 316).</p> <p>- Pruebas para mejor proveer, antes de fallar los tribunales podrán acordar, para mejor proveer, la práctica de cualquier medio probatorio o la ampliación de los recibidos; también podrán tener a la vista cualquier actuación, de lo cual se dejará constancia si fuera de influencia en la decisión.</p> <p>_ Comprende pruebas nuevas o que hayan sido declaradas inevaluables o nulas, o rechazadas por extemporáneas o inadmisibles, o que se refieran a hechos tenidos como ciertos en rebeldía del demandado.</p> | <p>Los jueces deberán ordenar las diligencias necesarias para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos, respetando el derecho de defensa de las partes. Y a este efecto podrán: a) Disponer en cualquier momento, la comparecencia personal de las partes para requerir las explicaciones que estimen necesarias al objeto del pleito. b) Decidir en cualquier estado de la causa la comparecencia de testigos, peritos y consultores técnicos, para interrogarlos acerca de lo que creyeren necesario. c) Mandar, con las formalidades prescritas en este Código, que se agreguen documentos existentes en poder de las partes o de terceros (Art. 36).</p> | <p>Para conocer la verdad sobre los puntos controvertidos puede el juzgador valerse de cualquier persona, sea parte o tercero, y de cualquier cosa o documento, ya sea que pertenezca a las partes o a un tercero; sin más limitación que la de que las pruebas no están prohibidas por la ley ni sean contrarias a la moral (Art. 278 CPC).</p> |

| PRUEBA DE OFICIO EN PANAMÁ, COLOMBIA, COSTA RICA, ARGENTINA Y MÉXICO. | | | | |
|--|-----------------|--|---|--------------------|
| PANAMÁ | COLOMBIA | COSTA RICA | ARGENTINA | MEXICO (DF) |
| <p>- La resolución es irrecurable y si se tratare de la declaración de testigos en ella expresará el juez las razones por las cuales tuvo conocimiento de la posibilidad de dicho testimonio.</p> <p>- Debe ser notificada a las partes para que concurren a la diligencia si así lo estiman conveniente.</p> <p>- Los gastos que implique la práctica de estas pruebas serán de cargo de las partes, por igual, sin perjuicio de lo que se resuelva sobre costas. (Art. 793 del CJ.).</p> | | <p>- La ejecución de la misma debe darse sin demoras, es aplicable a todo tipo de proceso y se ordenará en un único auto, salvo que la evacuada en esa forma exigiere una nueva prueba de esa clase; no interrumpirá el plazo para fallar, sino que lo suspenderá.</p> <p>- No admite recurso alguno, y las partes solo podrán intervenir en su ejecución en la medida en que el tribunal expresamente así lo disponga (Art. 331).</p> | <p>- Los tribunales podrán decretar en todo tiempo, sea cual fuere la naturaleza del negocio, la práctica o ampliación de cualquier diligencia probatoria, siempre que sea conducente para el conocimiento de la verdad sobre los puntos cuestionados, sin lesionar el derecho de las partes, oyéndolas y procurando su igualdad (Art. 279).</p> | |

Fuente: Elaborado por la investigadora Yanireth Herrera.

| Tabla 16. PRUEBA DE OFICIO EN PERÚ, CHILE, URUGUAY Y ESPAÑA. | | | | |
|---|---|--|--|---|
| PANAMÁ | PERÚ | CHILE | URUGUAY | ESPAÑA |
| <p>- El juez debe: Primera instancia: ordenar en el expediente principal y en cualquier incidencia que surja, en el período probatorio o en el momento de fallar, la práctica de todas aquéllas que estime procedentes para verificar las afirmaciones de las partes. - El de segunda practicará aquéllas que sean necesarias para aclearar puntos oscuros o dudosos en el proceso.</p> <p>- El juez debe, en cualquier momento, ordenar de oficio la repetición o perfeccionamiento de cualquier prueba, cuando ha sido mal practicada o sea deficiente.</p> | <p>Excepcionalmente, cuando los medios probatorios ofrecidos por las partes sean insuficientes para formar convicción el Juez de Primera o de Segunda Instancia, ordenará la actuación de los medios probatorios adicionales y pertinentes que considere necesarios para formar convicción y resolver la controversia, siempre que la fuente de prueba haya sido citada por las partes en el proceso. El Juez cuidará de no reemplazar a las partes, asegurar el derecho de contradicción. La resolución que ordena las pruebas de oficio debe estar debidamente motivada.</p> | <p>- No contempla la prueba de Oficio.</p> <p>- Proyecto de Ley : Las partes podrán solicitar al juez que ordene la generación u obtención de otras pruebas que tengan conocimiento y que no dependan de ellas, sino de un órgano o servicio público, de terceras personas o de la contraparte, tales como documentos, certificaciones u otros medios aptos para producir fe sobre un hecho determinado.</p> <p>-Hasta antes del término de la audiencia preliminar, el tribunal, de oficio, podrá ordenar las diligencias probatorias que estime necesarias para el esclarecimiento de la verdad de los hechos controvertidos, respetando el derecho de defensa de las partes. (Art. 288).</p> | <p>El Juez podrá ordenar las diligencias necesarias al esclarecimiento de la verdad de los hechos controvertidos; disponer en cualquier momento la presencia de testigos, peritos y de las partes, para requerirles las explicaciones que estime necesarias al objeto del pleito (Art.24).</p> <p>-La distribución de la carga de la prueba no obstará a la iniciativa probatoria del tribunal ni a su apreciación, conforme con las reglas de la sana crítica, de las omisiones o deficiencias de la prueba (Art. 139.2).</p> <p>-Efectos de las diligencias para mejor proveer sobre los plazos para dictar sentencia (Art. 194).</p> | <p>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 (Art. 282).</p> <p>- Si el Tribunal considera que las pruebas propuestas por las partes son insuficientes para el esclarecimiento de los hechos controvertidos, lo pondrá de manifiesto a las mismas indicando el hecho o los hechos que podrían verse afectados por la insuficiencia probatoria e incluso podrá señalar también la prueba o las pruebas, cuya práctica considere conveniente.</p> |

| PRUEBA DE OFICIO EN PERÚ, CHILE, URUGUAY Y ESPAÑA. | | | | |
|--|---|---|---------|--|
| PANAMÁ | PERÚ | CHILE | URUGUAY | ESPAÑA |
| <p>- La resolución es irrecurrible.</p> <p>- Debe ser notificada a las partes para cumplir con el contradictorio (Art. 793 del CJ.).</p> | <p>-Resolución inimpugnable.</p> <p>- Su no aplicación no implica nulidad</p> <p>- Excepcionalmente se puede ordenar la comparecencia de un menor de edad con discernimiento a la audiencia de pruebas o a una especial (Art. 194).</p> | <p>-A petición de alguna de las partes, el tribunal, después de escuchar a la contraria, podrá ordenar la recepción de pruebas que aquella no hubiere ofrecido oportunamente, cuando justificare no haber podido ni debido conocer su existencia sino hasta ese momento y siempre que el juez considere que resultan esenciales para la resolución del asunto (Art. 289).</p> <p>- Excepcionalmente, el juez 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 (Art. 290).</p> | | <p>Excepcionalmente, contempla la práctica de nuevas pruebas sobre los hechos relevantes que hubiesen sido alegados, si las pruebas anteriores no hubiesen resultado conducentes, siempre que exista motivos para creer que las nuevas actuaciones permitirían adquirir certeza sobre aquellos hechos (Art. 429.1,2).</p> |

Fuente: Elaborado por la investigadora: Yanireth Herrera.

| Tabla 17. PRUEBA DE OFICIO EN SUIZA, FRANCIA, AUSTRIA Y BRASIL. | | | | |
|--|--|--|---|--|
| PANAMÁ | SUIZA | FRANCIA. | AUSTRIA. | BRASIL. |
| <p>- El juez debe: Primera instancia: ordenar en el expediente principal y en cualquier incidencia que surja, en el período probatorio o en el momento de fallar, la práctica de todas aquéllas que estime procedentes para verificar las afirmaciones de las partes. - El de segunda practicará aquéllas que sean necesarias para aclarar puntos oscuros o dudosos en el proceso.</p> <p>- El juez debe, en cualquier momento, ordenar de oficio la repetición o perfeccionamiento de cualquier prueba, cuando ha sido mal practicada o sea deficiente. - La resolución es irrecurable y si se tratare de la declaración de testigos en ella expresará el juez las razones por las cuales tuvo conocimiento de la posibilidad de dicho testimonio.</p> <p>- Debe ser notificada a las partes para que concurran a la diligencia si así lo estiman conveniente. (Art. 793 del C.J.).</p> | <p>El juez no es vinculado por el ofrecimiento de pruebas de las partes ... puede ordenar las pruebas que las partes no han ofrecido (Art. 37).</p> <p>- Pruebas nuevas.</p> | <p>El juez tiene el poder de ordenar de oficio todas las medidas de instrucción legalmente admisibles (Art. 16).</p> <p>Los hechos de los cuales depende la solución del litigio pueden, a petición de parte o de oficio, ser el objeto de toda la medida de instrucción legalmente admisible (Art. 143)</p> <p>- Amplia la facultad, todas aquellas medidas que sean legalmente admisibles.</p> | <p>La Ordenanza Procesal Civil (ZPO) de 1895, contempla la actividad probatoria oficiosa.</p> | <p>El juez dirigirá el proceso con libertad para determinar las pruebas a ser producidas, para apreciarlas, y para dar especial valor a las reglas de experiencia común o técnica (Art. 5).</p> <p>- El juez es libre en materia probatoria en cuanto a determinación, apreciación y valoración.</p> <p>-Autoriza al órgano judicial, de oficio o a requerimiento de parte, a ordenar las pruebas necesarias para la instrucción del proceso (Artículo 130).</p> <p>- Amplia facultad para ordenar de oficio las pruebas que considere necesarias.</p> |

Fuente: Elaborado por la investigadora Yanireth Herrera.

La práctica de la prueba oficiosa en el proceso civil panameño:
determinación de sus límites y consecuencias jurídicas.

| Tabla 18. DERECHO COMPARADO EN EL PROCESO PENAL. | |
|---|--|
| PAÍSES QUE REGULAN LA PRUEBA DE OFICIO. | NORMAS: |
| Venezuela. | Artículo 342 del Código Orgánico Procesal Penal. |
| Portugal. | Artículo 340 del C.P.P. |
| Alemania. | Artículo 301 del C.P.P. |
| Ecuador. | Artículo 301 del C.P.P. |
| Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica. | Artículo 289. |
| PAÍSES QUE ADMITEN LA PRUEBA DE OFICIO CON LIMITACIONES. | NORMAS: |
| España. | Artículos 728 y 729 de la Ley Criminal. |
| Italia. | Artículo 507 del C.P.P. |
| Argentina. | Artículo 128 del C.P.P. |
| Perú. | Artículo 385 del C.P.P. |
| Francia. | Artículo 310 del C.P.P. |
| PAÍSES QUE PROHIBEN LA PRUEBA DE OFICIO. | NORMAS: |
| Panamá. | Artículo 348 del C.P.P. |
| Colombia. | Artículo 361 del C.P.P. |
| Chile. | Artículo 3 del C.P.P. |
| Nicaragua. | Artículo 10 del C.P.P. |
| Bolivia. | Artículo 342 del C.P.P. |

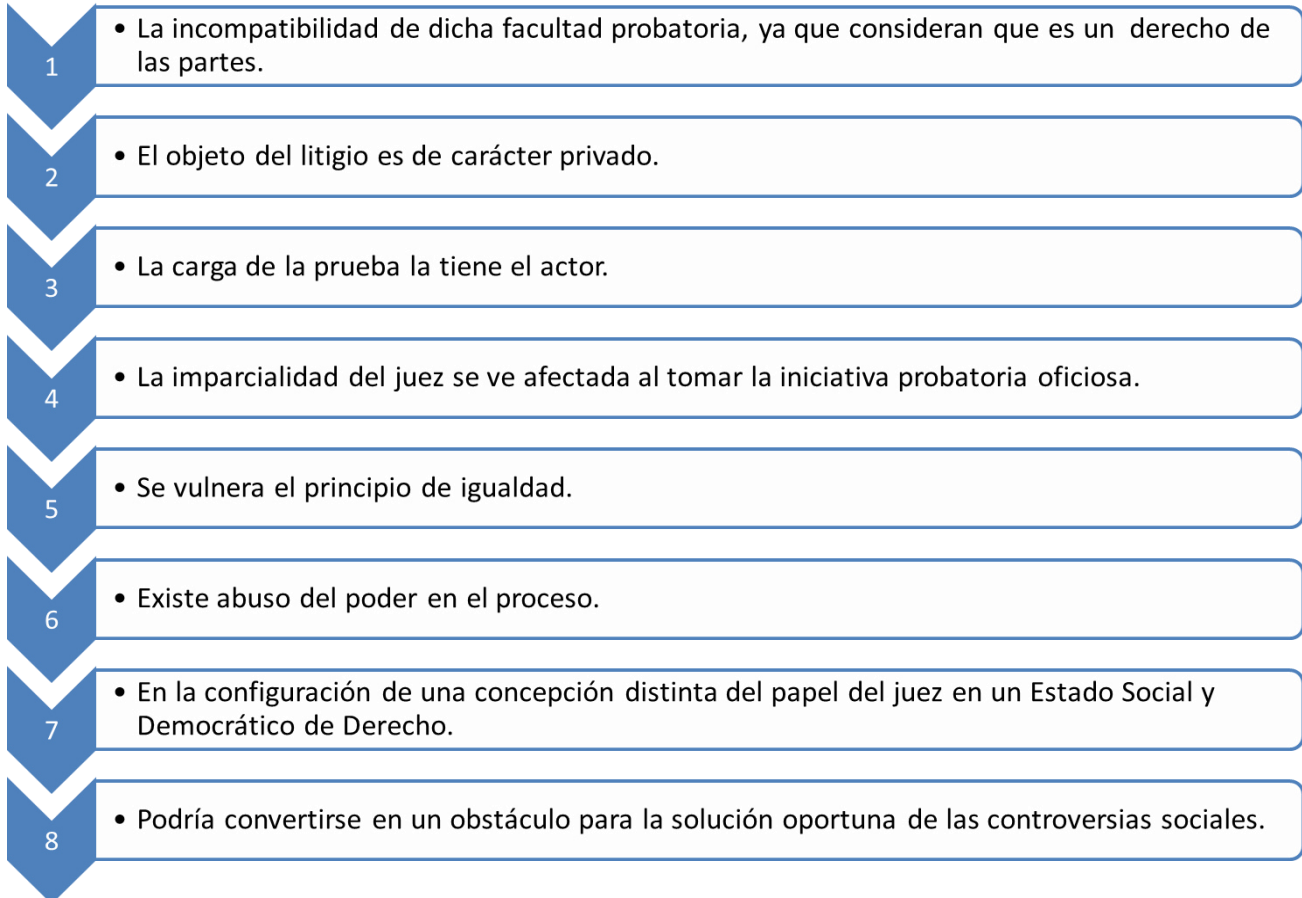
Fuente: Elaborado por la investigadora Yanireth Herrera.

La práctica de la prueba oficiosa en el proceso civil panameño:
determinación de sus límites y consecuencias jurídicas.

| Tabla 19. GENERALIDADES DE LA PRUEBA DE OFICIO EN EL PROCESO CIVIL. | |
|--|---|
| PUNTOS ATENDIBLES. | DESARROLLO. |
| Fundamento. | <ul style="list-style-type: none"> - Constitución Política, en el Título VII “La Administración de Justicia”, Capítulo I “Órgano Judicial”, artículo 215. -Código Judicial en el Libro II “Procedimiento Civil”, Parte I “Reglas Generales del Procedimiento”, Capítulo I “Principios” artículo 469; Título VII “Pruebas”, Capítulo I “Normas Generales, artículos 793 y 794 del Código Judicial. - Códigos Modelos para Iberoamérica: Ética Judicial y de Procedimiento Civil. - Código de Ética Judicial Panameño (Acuerdo No. 523 de 4 de septiembre de 2008). - Carta de los Derechos de las Personas ante la Justicia (Acuerdo No. 244 de 13 de abril de 2011). - Ley 53 de 27 de agosto de 2015, que regula la Carrera Judicial, artículos 64, 119. |
| Concepto. | Iniciativa jurídica, procesal y probatoria del juez consagrada en la ley, de disponer u ordenar la práctica de prueba en los casos que se requiera verificar, aclarar, repetir o perfeccionar la prueba para la búsqueda de la verdad, lo que conlleva emitir un fallo justo y legal. |
| Finalidad. | Búsqueda de la verdad de los hechos que afirman y niegan las partes, como director del debate procesal, la cual lleva implícita el fin público del Estado de lograr la convivencia pacífica y el orden justo. |
| Notificación. | - Edicto. |
| Ámbito de Aplicación. | <ul style="list-style-type: none"> - Juez de Primera Instancia: Verificar las afirmaciones de las partes. - Tribunal de Segunda Instancia: Aclarar puntos oscuros o dudosos en el proceso. - Corte Suprema de Justicia convertida en tribunal de instancia. |
| Limitaciones en la Práctica de la Prueba de Oficio. | <ul style="list-style-type: none"> - Antecedentes que constan en el proceso y que han sido discutidos por las partes. - Gastos: ambas partes deben cubrirlos. - Notificación a las partes. - Participación de las partes. - Celeridad: debe ser practicada en el menor tiempo posible. - Falta de conciencia de los juzgadores de la trascendencia de la función que desempeñan. - “El propio ordenamiento” (OLIVER Galé). - Ideologías (liberales, sociales, autoritarios, totalitarios, publicistas, privatistas, revisionistas). |
| Medios de Impugnación. | <ul style="list-style-type: none"> - Irrecurable (Art. 793, 1128, 1280 del C.J.). -Acción de Amparo de Garantías Constitucionales, si el decreto de la prueba de oficio, constituye vulneración a los derechos fundamentales. |

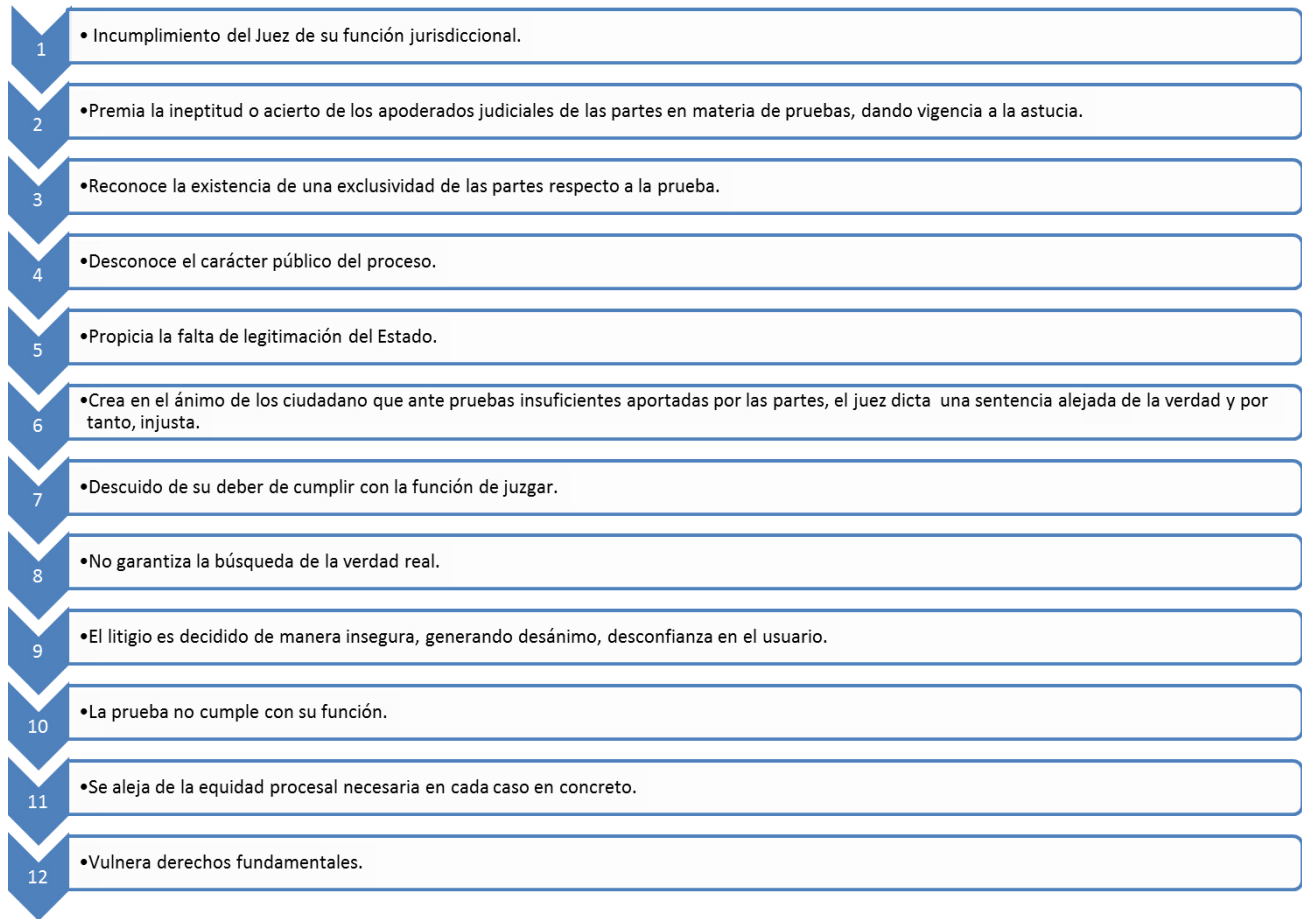
Fuente: Elaborado por la investigadora Yanireth Herrera.

Esquema 2. Factores o causas que determinan la no aplicación de la prueba de oficio.



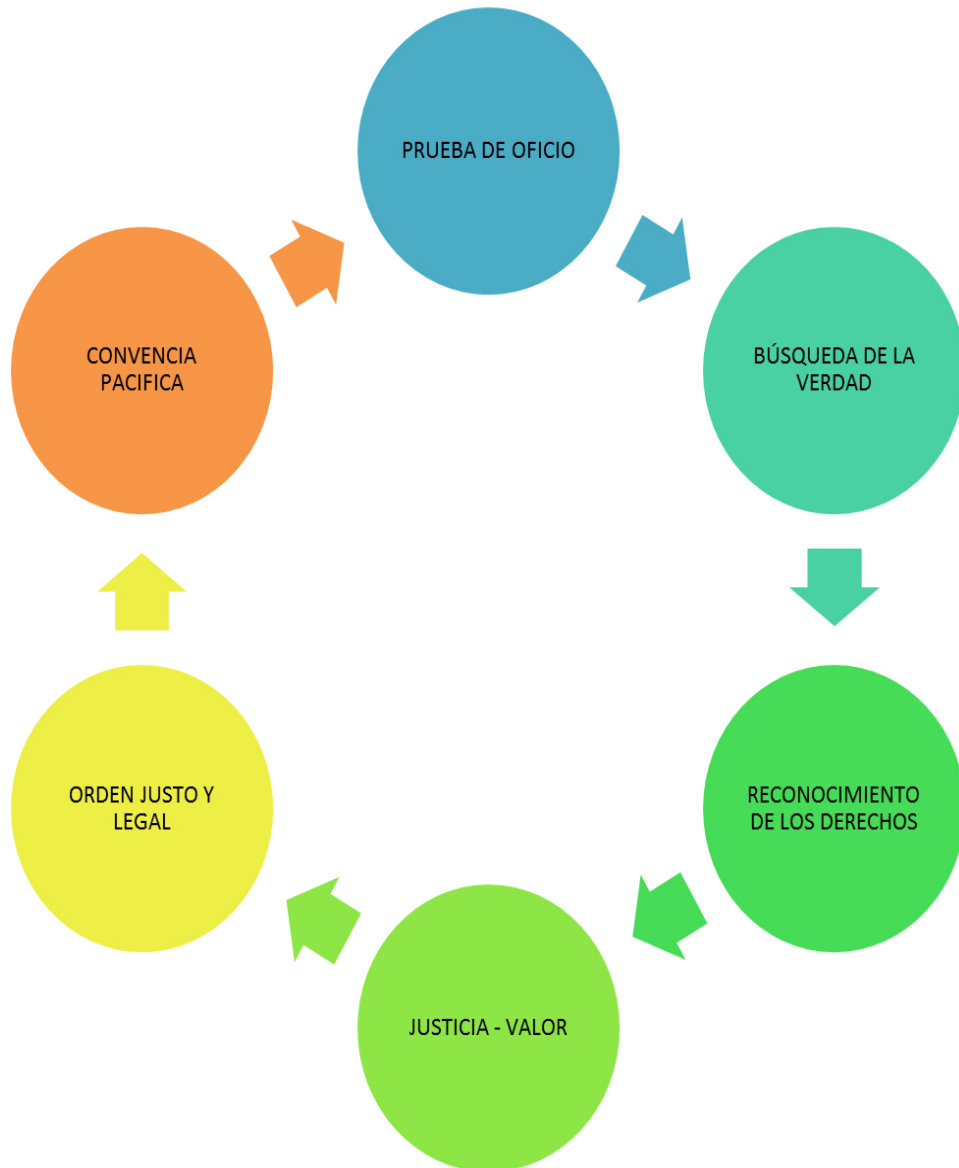
Fuente: Elaborado por la investigadora Yanireth Herrera.

Esquema 3. Consecuencias de la no aplicación de la prueba de oficio.



Fuente: Elaborado por la investigadora Yanireth Herrera.

Esquema 4. Prueba de Oficio y su valor.



Fuente: Elaborado por la investigadora.

Esquema 5. Principios que orientan la prueba de oficio.



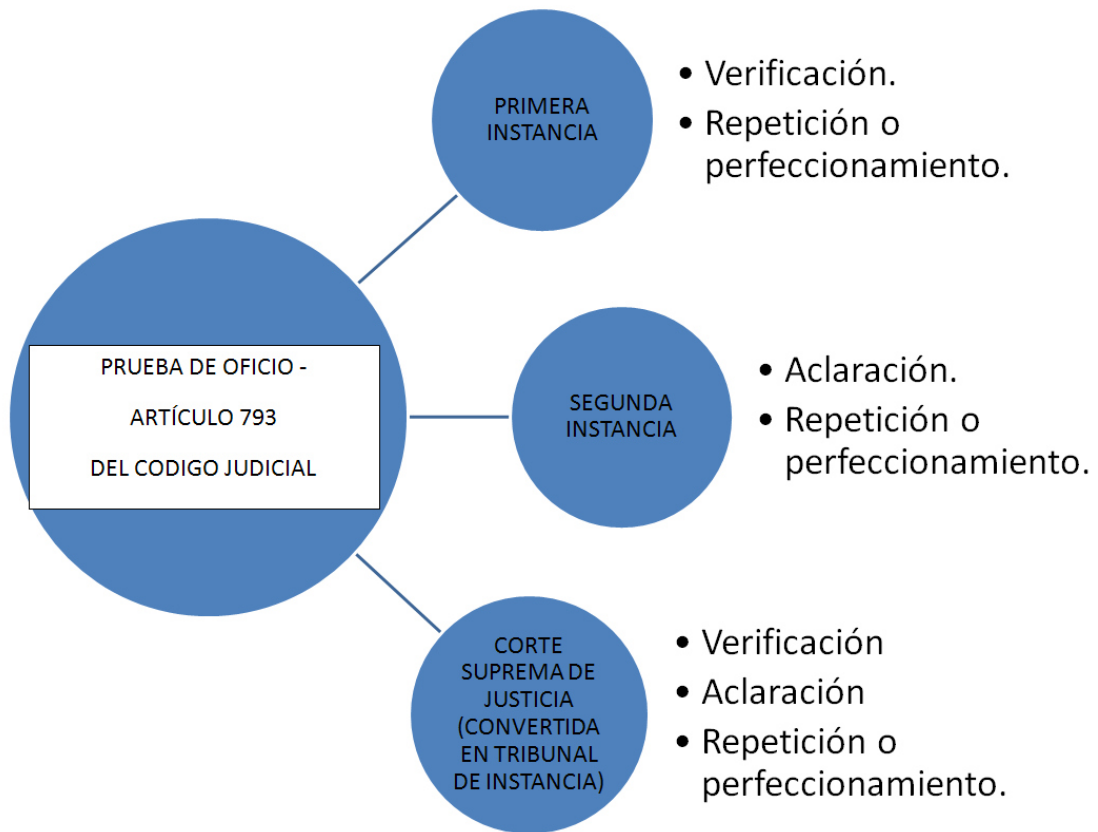
Fuente: Elaborado por la investigadora.

Esquema 6. Finalidad de la Prueba de Oficio.



Fuente: Elaborado por la investigadora.

Esquema 7. Prueba de Oficio en nuestra legislación.



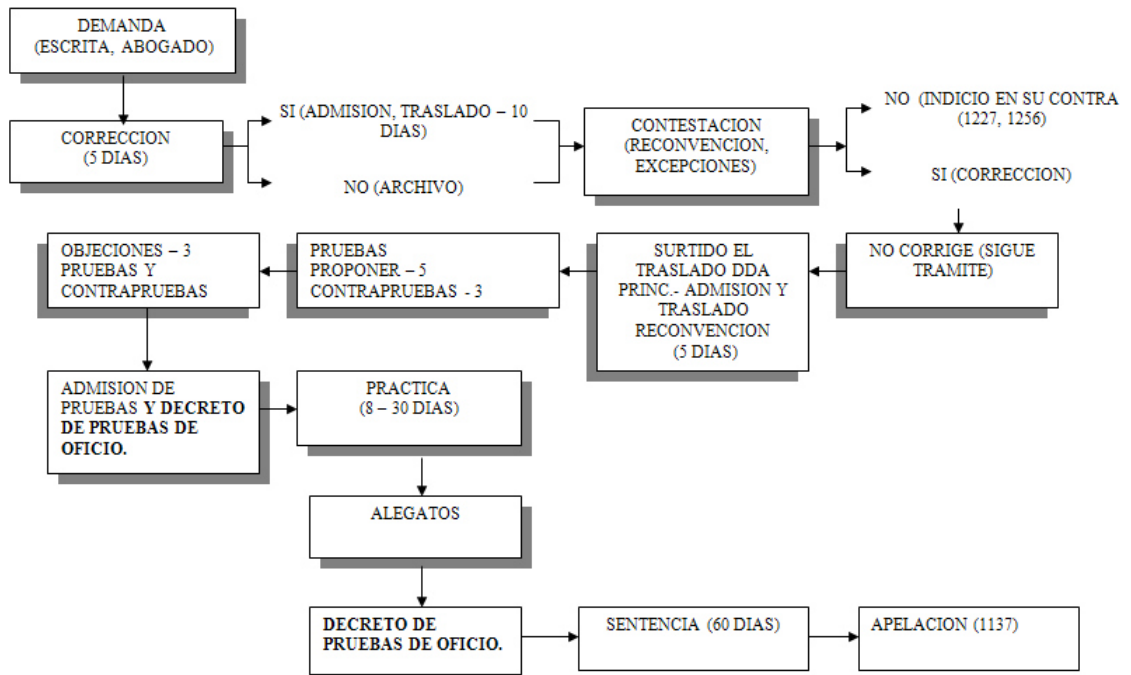
Fuente: Elaborado por la investigadora.

La práctica de la prueba oficiosa en el proceso civil panameño:
determinación de sus límites y consecuencias jurídicas.

| Tabla 20. PRESUPUESTOS O REGLAS JURÍDICAS PARA EL DECRETO DE LA PRUEBA DE OFICIO. | |
|--|--|
| Legalidad. | Debe estar regulada en el ordenamiento procesal civil. Los medios probatorios deben ser incorporados al proceso cumpliendo con los procedimientos prescritos en la ley. Debe observar las reglas de procedimiento entre éstas el decreto de la prueba de oficio. Su decreto debe ser legalmente eficaz en la búsqueda de la verdad. |
| Fundamento. | Todo el material de hecho aducido o aportado por las partes, es decir los hechos alegados y discutidos en el proceso. |
| Requisitos de Procedencia: (Artículo 794 C.J.) | <ul style="list-style-type: none"> - Pertinencia. - Conducencia. - Utilidad. - No deben ser prohibidas por la Ley. - No puede suplir la negligencia e inacción probatoria de las partes. - No puede traer al proceso pruebas nuevas. |
| La Prueba de Oficio debe cumplir. | <ul style="list-style-type: none"> - Impulso y Economía Procesal. - Publicidad. - Contradictorio. - Congruencia: Hechos afirmados y discutidos. - Motivación. - Interés Superior y prevalente: La Justicia. |
| Términos u Oportunidades para el Decreto de la Prueba de Oficio. | <p>De conformidad con el artículo 793 del Código Judicial:</p> <ul style="list-style-type: none"> - En el período probatorio, o - En el momento de fallar. <p>Estimamos debe ser decretada:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Una sola vez en el momento de fallar. |
| Práctica de la Prueba de Oficio. | <p>El tribunal a quo, la decreta y presencia su práctica. El tribunal ad quem, la decreta y está presente en su práctica.</p> <p>La Corte Suprema de Justicia convertida en tribunal de instancia, la decreta y según la naturaleza de la misma puede optar por practicarla o disponer que el tribunal de primera instancia la practique. Una vez practicada remitir el proceso a quien decreto la misma para que emita su decisión.</p> |

Fuente: Elaborado por la investigadora Yanireth Herrera.

Esquema 8. Flujo del proceso civil ordinario y la oportunidad del decreto de prueba de oficio.



Fuente: Elaborado por la investigadora Yanireth Herrera

CONCLUSIONES.

El proceso civil son todas las fases sucesivas, coordinadas, necesarias y obligatorias para el desarrollo de la actividad jurisdiccional, en la cual los jueces reconocen los derechos de las partes, que consisten en intereses jurídicos privados. La finalidad del proceso civil, la constituye una armonía entre la aplicación de un caso concreto a la ley, y la observancia y protección de los derechos de las partes, como medio para alcanzar la justicia y mantener el orden. El proceso civil se rige por una serie de principios, entre éstos: dispositivo, impulso procesal, contradicción y bilateralidad, igualdad de las partes, economía procesal, eventualidad y preclusión, inmediatez, publicidad, congruencia, probidad y lealtad procesal, doble instancia, impugnación, motivación, legitimación, entre otros.

Una de las fases del proceso civil lo es el período probatorio. Hablar de Prueba supone pensar en justificación, proposición, afirmación, verificación, fijación, acreditamiento, control, confirmación ante el juez de la existencia o no de un hecho discutido en juicio y la verdad sobre el mismo; es un instrumento de comprobación pero también de verificación. El objeto de la prueba, es todo aquello que debe probarse en el proceso, es decir, tanto el hecho como toda afirmación enunciada por el demandante y demandado respecto a los hechos efectuados por los mismos y que se encuentran en litigio. Y su función es buscar la convicción del juez respecto de las afirmaciones vertidas en los hechos controvertidos. La importancia de la prueba y la actividad probatoria, en general, se encuentra en formar en la mente del juzgador, el convencimiento sobre la veracidad de las afirmaciones que constituyen las pretensiones o excepciones presentadas por las partes en el proceso para lo cual es necesario que la misma se circunscriba a los límites que el ordenamiento jurídico prevé, el cual cierra la posibilidad una vez proferida la sentencia y agotado los medios de impugnación reconocidos en su favor; puesto que jurídicamente hablando, lo controvertido en el proceso queda

finalizado por constituirse en una manifestación del Estado en el ejercicio de sus facultades.

La actividad probatoria desplegada en el proceso civil está guiada por principios, en este caso, probatorios, como: vinculación de las normas probatorias, la carga de la prueba, unidad de la prueba, igualdad de oportunidades para la prueba, contradictorio de la prueba, preclusión de la actividad probatoria, publicidad de las pruebas, no valerse las partes de sus propias pruebas, intermediación en la prueba, presunciones o prueba por indicios, conocimiento extraprocesal del juez, entre otros. Cada principio es fundamental para la prueba en general.

En el proceso civil panameño, impera el principio dispositivo con rangos esenciales del principio inquisitivo, tal como la iniciativa probatoria oficiosa. A pesar de que el proceso civil reviste una característica dispositiva, no debe entenderse que el juez tiene una posición pasiva y una función de mera dirección; sino que debe ejercer un rol activo, que si bien supone la guía objetiva del procedimiento, como una expresión de la función estatal, debe garantizar que las decisiones que se emitan al dirimir las pretensiones de los intervinientes sean apegadas a la ley y un medio para alcanzar la verdad, procurando así fallos legales y justos, como una concreción del derecho sustancial, para lo cual puede auxiliarse de herramientas reconocidas por el ordenamiento jurídico, como la prueba de oficio.

En el procedimiento civil, tanto las partes como el juez tienen cargas (procesales y probatorias) que cumplir y éstas responden al buen desarrollo del proceso. Son las partes quienes conocen la realidad de sus afirmaciones, es por ello que, por regla general, corresponde al demandante y demandado acreditar los hechos que cimientan su pretensión o excepción, respectivamente. No pueden las partes conformarse con enunciar los hechos, sino comprobar los mismos, su negligencia o descuido en materia

probatoria conlleva una sanción. A las partes en el proceso civil les asisten derechos, entre éstos: el reconocimiento de sus derechos y la justicia como principio-valor, es decir, reclamar lo que le pertenece. No obstante, deben acreditar los hechos y afirmaciones alegadas respecto a los mismos y que son objeto de la controversia.

El juez tiene una diversidad de deberes y poderes oficiosos que de conformidad con nuestro ordenamiento jurídico, le son obligatorios asumir; debe velar por la obtención de la verdad, y de esta manera lograr su convicción para emitir sentencias justas y legales, pero no le es permitido suplir la inactividad probatoria de las partes mediante la prueba de oficio, no es dable al juez traer al proceso nuevas pruebas, sino verificar las afirmaciones de las partes, mediante los elementos que constan en autos, pero sin duda la carga de la prueba también le compete al juez. De acuerdo a las nuevas tendencias modernas, el juez civil, no es solo quien resuelve el litigio, sino que le es permitido buscar una solución al derivar las controversias a los Centros de Métodos Alternos de Resolución de Conflictos, instrumento para alcanzar la paz.

En esta investigación nos referimos al bloque de constitucionalidad, por considerarlo fundamental para explicar la prueba como derecho humano y la tutela judicial efectiva. El bloque de constitucionalidad en Panamá rompe paradigmas de interpretación de las normas constitucionales y la integración de tratados internacionales en materia de derechos humanos, procurando así, una mayor observancia y protección de los mismos. De acuerdo, con las reformas constituciones de 2004 y la jurisprudencia constitucional se han ampliado los parámetros para la admisión de la acción de amparo de garantías constitucionales, habeas corpus y habeas data, cuando exista por lo menos la apariencia de que existe una posible vulneración de los derechos humanos, sin que ello implique desconocer los requisitos elementales de admisibilidad para conocer los mismos. El bloque de constitucional debe ser aplicado por jueces y magistrados en todas las jurisdicciones e instancias al decidir las causas

sometidas a su conocimiento; lo anterior propicia una tutela judicial real y efectiva.

La reforma constitucional de Panamá otorga primacía constitucional a otras normas internacionales que contemplan derechos fundamentales, ampliando los criterios y presupuestos para el control constitucional; a través del bloque de constitucionalidad se contemplan derechos fundamentales imprescindibles para el Estado de Derecho, como el debido proceso. El derecho a la prueba, es parte integrante del debido proceso, por ello, le asiste a las partes el deber de utilizar todos los medios de pruebas con que se cuenten, para demostrar la verdad de los hechos en que se funden las pretensiones, excepciones, con las limitaciones de conducencia, pertinencia, licitud y utilidad. De igual manera, el juez tiene el deber del decreto de pruebas de oficio para verificar las afirmaciones de las partes, en la búsqueda de la verdad para lograr su convencimiento. Todo juez debe velar por el respeto de los derechos fundamentales y las garantías constitucionales y procesales; debe ser vigilante de que el proceso se desarrolle cumpliendo con las garantías y derechos fundamentales como el debido proceso.

Los derechos fundamentales son aquellos que le asisten a todas las personas por su condición de ser humano y que son necesarios para la vida en sociedad, entre éstos y que guardan relación con la actividad jurisdiccional, tenemos el acceso a la justicia, derecho a presentar y practicar aquellas pruebas admitidas y necesarias para acreditar las afirmaciones de su pretensión, que el proceso se lleve a cabo de conformidad con los trámites que prescribe la ley, es decir, conforme al debido proceso. De existir una afectación a las partes en su derecho a la prueba, se estaría lesionando un derecho fundamental, no obstante, los litigantes cuentan con los medios de impugnación para hacer valer su derecho, como la acción de amparo de garantías constitucionales. Como complemento de ese derecho a la prueba, debe el juez, decretar prueba de oficio como instrumento para verificar las afirmaciones de las partes en el proceso, a fin de que la

prueba llene su cometido y sobre todo que el juez cumpla con su función que es emitir fallos justos y amparados en la Ley.

Constituye violación a los derechos fundamentales de las partes el hecho de que el juez no haga uso del decreto de pruebas de oficio para verificar las afirmaciones alegadas en el proceso, aclarar puntos oscuros o dudosos, la repetición o perfeccionamiento de cualquier prueba cuando ha sido mal practicada o sea deficiente, ya que al juez le compete asegurar la efectividad de los derechos y garantías fundamentales, entre éstos, el derecho fundamental y constitucional de probar y de defensa, lo que es posible si el decreto de la prueba de oficio se realiza cumpliendo con los presupuestos de ley para su aplicación y de los cuales hemos hecho referencia.

La prueba de oficio constituye la expresión más fehaciente del poder del Estado en la labor jurisdiccional, al dirimir aquellas controversias que se generen frente a los derechos de los asociados mediante la búsqueda de la verdad. Esta adaptación es la forma en que el Estado mantiene la hegemonía del servicio público de la administración de justicia y por tanto, el control de la salvaguarda de los derechos fundamentales.

Si el decreto de pruebas oficiosas vulnera derechos fundamentales de las partes, es posible restablecer dichos derechos conculcados mediante una acción de amparo de garantías constitucionales. Ahora bien, es posible proteger los derechos humanos a través de la prueba de oficio. Fallos de la Corte Suprema de Justicia han establecido que el juez en sede de amparo de garantías constitucionales ante dudas y en busca del reconocimiento de los derechos y garantías de las partes, puede decretar pruebas de oficio, para proteger derechos de personas vulnerables, estimamos que esta facultad debe imperar para todas las personas sin distinción. La práctica de la prueba de oficio, como una exteriorización del poder estatal depositado en la persona del juez, conlleva un deber para garantizar que la decisión que se emita suponga una correcta valoración

probatoria y por tanto el reconocimiento de los derechos fundamentales.

Así como las partes son libres de introducir las pruebas que estimen pertinentes, el juez también es libre de valorar las mismas cuidando de no vulnerar los derechos y garantías de las partes. La libertad del juez de decretar pruebas de oficio no interfiere en la libertad de las partes, por el contrario garantiza su derecho a probar, ya que a través de su decreto completa o perfecciona la prueba de las mismas. La libertad probatoria del juez respalda y hace vigente la dignidad humana, la justicia, seguridad jurídica y garantías procesales de las partes, que se constituyen en garantía de los derechos fundamentales.

El proceso es un mecanismo de tutela jurídica y sus principios no deben ser contrarios al debido proceso. Un proceso en el que las partes gocen de todos los poderes en la actividad probatoria no garantiza la tutela judicial efectiva, ya que los jueces estarían sometidos al querer de las partes y no a la Ley. Suponer que en el proceso impere solo la voluntad de las partes es pensar en una mediación. Un proceso en el que la actividad probatoria se desarrolle con la aportación de pruebas por las partes y la dirección del juez, garantiza que el fallo esté en apego a la voluntad de las partes, es decir, sobre las pretensiones de las mismas, pero con la certeza de estar lo más cerca de la verdad sobre los hechos controvertidos y conforme a derecho.

El derecho a la prueba es un derecho fundamental, no basta con que el juez garantice en el proceso la publicidad, contradicción de la prueba, aportar pruebas en contrario y la participación de las partes en la producción probatoria sino que debe velar por la efectividad del derecho a probar que tienen las partes, que guarda relación con el derecho de defensa y con el deber del juez de perfeccionar ese derecho a probar mediante la prueba de oficio y así cumplir con la tutela judicial efectiva. La tutela judicial efectiva implica que la parte tenga mejor acceso al medio probatorio incorporado en el

proceso; es esa posibilidad y facilidad probatoria que puede lograrse mediante la prueba oficiosa.

Todos los ordenamientos jurídicos comparten el criterio de que la dignidad humana debe ser protegida, por tal razón el juez civil debe proteger la misma reconociendo a cada hombre sus derechos que se estiman imprescindibles, lo que es posible a través del decreto oficioso de pruebas que permite esclarecer las afirmaciones de las partes. La inaplicación de la prueba de oficio supone desconocer derechos fundamentales de las personas al no buscar la verdad de los hechos. El juez civil debe tener como norte lograr la justicia y la paz social que aspira la sociedad; constituye la iniciativa probatoria oficiosa, la expresión de la justicia que tanto se anhela y es garante de los derechos fundamentales.

La prueba de oficio propicia la seguridad jurídica, las normas que la regulan son claras y conocidas. El juez al verificar los hechos alegados por las partes, la realidad de lo ocurrido, procura que no exista inseguridad, incertidumbre en el fallo que emite, hace vigente la certeza del derecho en que se basa la seguridad jurídica.

La prueba de oficio es una iniciativa jurídica, procesal y probatoria del juez consagrada en la ley, de disponer u ordenar la práctica de prueba en los casos que se requiera verificar las afirmaciones de las partes, aclarar puntos oscuros o dudosos en el proceso; o de ser necesario repetir o perfeccionar cualquier prueba, cuando ha sido mal practicada o sea insuficiente o deficiente, para la búsqueda de la verdad de los hechos en litigio, respetando el derecho de defensa de las partes. En la práctica de la prueba de oficio participan las partes del proceso, se les notifica la resolución que la ordena para que participen en la diligencia si lo estiman conveniente y los gastos que acarrea dicha práctica lo asumen las partes por igual. Por tanto, no se vulnera el principio de bilateralidad, derecho de defensa, imparcialidad, igualdad de las partes ni el debido

proceso, por el contrario, con la aplicación de estos principios y garantías constitucionales y legales se configura el garantismo procesal.

La finalidad de la prueba de oficio es la búsqueda de la verdad de los hechos que afirman y niegan las partes, la cual lleva implícita el fin público del Estado de lograr la convivencia pacífica y el orden justo. A través de la prueba de oficio, el legislador ha querido establecer una justicia lo más cercana a la verdad. Y en palabras de Couture no debe el juez conformarse cubriendo su propia conciencia con verdades formales con simples estructuras técnicas del proceso, sino buscar la verdad.

El juez en el proceso civil goza de amplios poderes de instrucción oficiosa que guardan relación con la iniciativa probatoria, siendo la primera el decreto de pruebas de oficio, saneamiento oficioso en materia probatoria, solicitar de oficio al Registro Público certificación respecto a la inscripción de determinado documento, peticionar antes de dictar sentencia al custodio de un documento público copia del mismo para agregarlo al expediente, ordenar de oficio la traducción de un documento en lengua que no sea el español, disponer de oficio que determinadas personas sean llamadas a declarar, que se repita o amplíe la declaración de los ya interrogados, a fin de aclarar sus testimonios, rectificar irregularidades o deficiencias en que se hubiere incurrido, para ampliar una declaración ya prestada, para verificar las afirmaciones de las partes o para verificar pruebas que obren en el proceso; puede de oficio intimar a terceros la entrega de las piezas originales, copias fotostáticas o transcripción certificada por notario, de documentos que se hallen en su poder y de interés para el proceso; igualmente, puede el juez, de oficio o a solicitud de parte, pedir informes a cualquier oficina pública, entidad estatal o descentralizada o a cualquier banco, empresa aseguradora o de utilidad pública, informes que estime procedente incorporar al proceso para verificar las afirmaciones de las partes.

La actividad probatoria en nuestro ordenamiento procesal civil responde a un interés privado (artículo 784 del C.J.), por regla general las partes deben traer al proceso los hechos o datos que constituyen el supuesto hecho de las normas que les son favorables; y a la vez a un interés público (artículo 793 y 794 del C.J.) que le permite al juez decretar pruebas de oficio, con la finalidad de dictar una sentencia legal y justa que es obligación del Estado. Además del artículo 793 ibídem, que se refiere al tribunal de primera instancia, existen innumerables disposiciones que contienen preceptos referentes a la prueba oficiosa, entre éstas, el artículo 473 del Código Judicial que establece que todo acto facultativo u oficioso del Juez puede ser instado por cualquiera de las partes. Sin embargo, el juez no estará obligado a pronunciarse. Por su parte, el artículo 1128 Ibídem que señala que la resolución que decreta pruebas de oficio no admite recurso alguno. Y el artículo 1105 del Código Judicial que indica que la Corte Suprema de Justicia convertida en tribunal de instancia podrá decretar pruebas de oficio. Igualmente, el artículo 1280 ibídem que expresa que puesto el proceso en estado de dictar sentencia y antes de dictar ésta, el tribunal de segunda instancia deberá decretar la recepción de documentos públicos o aquellas pruebas que sean necesarias para aclarar puntos oscuros o dudosos.

El decreto de pruebas de oficio no solo es un deber del juez de primera instancia, sino del juez de segunda instancia y del magistrado ponente en Sala de Casación Civil. El de segunda instancia excepcionalmente como auto para mejor proveer para aclarar puntos oscuros o dudosos. No deja de ser una facultad en la medida que el decreto de pruebas de oficio se da únicamente a criterio del juez, lo hace de manera libre luego de realizar su razonamiento, podríamos afirmar que es un deber-facultad en la medida que es discrecional, es decir cuando lo estima necesario.

La vigencia de la prueba de oficio en nuestro ordenamiento procesal viene dada, además de los artículos 793 y 794 del Código Judicial, en numerosos preceptos que se

refieren a la prueba de oficio, entre éstas, las normas relativas al saneamiento oficioso en materia de pruebas (Artículos 793, 847, 854, 878 y 914 del C.J.), los incidentes (Artículo 705 del C.J.), verificar la existencia o contenido de documentos o actos (artículo 786 del C.J.), documentos públicos (artículo 846, 847, 854 del C.J.), solicitar al Registro Público certificación respecto a la inscripción de determinado documento (artículo 847 del C.J.), documentos privados (artículo 870, 883 del C.J.), para acreditar hechos o circunstancias que tengan relación con el proceso, pueden presentar fotografías, copias fotostáticas, cintas cinematográficas, entre otros (artículo 875 del C.J.), ordenar de oficio la traducción de documentos (Artículo 878 del C.J.), los informes (artículo 893 en concordancia con el 851 del C.J.), declaración de parte (artículo 906 del C.J.), testimoniales (artículo 914 del C.J.), careo (artículo 953 del C.J.), inspección judicial y reconstrucción de los hechos (artículo 954, 960 del C.J.), prueba pericial (artículo 966, 976 del C.J.), dictámenes especiales (artículo 981 del C.J.), liquidación de condena en abstracto (artículo 996 del C.J.). También en los procesos civiles de menor cuantía por valores que no excedan de doscientos cincuenta sin pasar de mil balboas (artículo 1235 del C.J.) y en los procesos sumarios (artículo 1346.7 del C.J.). Además en los procesos no contenciosos (artículo 1423.7 del C.J.), en los procesos especiales de Deslinde y Amojonamiento (artículo 1474 del C.J.) en las excepciones en los procesos ejecutivos (1682, 1688 *ibídem*), todos los procesos civiles (artículo 793 y 794 del C. J.), normas estas que de manera expresa hacen referencia a la prueba de oficio. También se aplica la prueba de oficio en las Jurisdicciones Especiales como: Niñez y Adolescencia y Familia (Artículos 764, 786 y 828 de Código de la Familia), Laboral (Artículos 740, 969 y 973 del Código de Trabajo) y Protección al Consumidor (Artículo 793 por remisión del artículo 191 de la Ley 45 de 31 de octubre de 2007).

La iniciativa probatoria oficiosa debe ser razonable ante las circunstancias del caso y la finalidad de la prueba de oficio prevista en el ordenamiento jurídico, con ello se pretende salvaguardar el debido proceso. La facultad probatoria oficiosa regulada en la

ley, permite al juez acercarse a la verdad de los hechos, y es posible su materialización a través del ejercicio del derecho de contradicción. Al decretar el juez una prueba de oficio lo hace con conocimiento de ambas partes y la práctica de la misma se realiza con la participación de éstas, de tal manera que existe relevancia constitucional y legal del decreto de pruebas de oficio.

Los límites de la práctica de la prueba de oficio, los constituyen los hechos alegados y discutidos en el proceso; son las partes las que fijan los límites de la misma, lo contrario conlleva a la vulneración del principio dispositivo, aportación de parte, imparcialidad y congruencia. Otras limitaciones del decreto oficioso son los gastos que generan la práctica de la prueba, la notificación a las partes, la participación de las mismas, la celeridad con la que debe ser practicada. Para Oliver Galé una limitación la constituye “el propio ordenamiento”, podríamos decir también que las ideologías que convergen sobre la prueba oficiosa. La mayor limitación es la falta de conciencia de los juzgadores respecto a la trascendencia de la función que desempeñan.

La práctica de la prueba de oficio no vulnera el principio de imparcialidad ni independencia del juez; el juez no investiga hechos que no hayan sido alegados por las partes ni trae al proceso pruebas nuevas, sino que se concreta a través de este deber a verificar las afirmaciones de las partes. Una vez acreditada la existencia de los hechos, el juez manifiesta su convencimiento en total independencia e imparcialidad y emite su decisión en apego a la ley y la justicia.

El deber probatorio oficioso lo ejerce el juez de manera supletoria o como perfección cuando las partes no han logrado su convicción y por ende es empleada en la búsqueda de la verdad. Es un complemento de la carga de la prueba que le incumbe a las partes. Igualmente, el juez debe hacer uso de las reglas de la lógica y la experiencia (sana crítica). Si bien corresponde a las partes probar su dicho; al juez le compete la

dirección del proceso respecto a cada una de las partes. Realiza una valoración de acuerdo con el sistema de la sana crítica y luego vigila que las pruebas estén completas, que cumplan su cometido respecto a la afirmación de las partes, que no exista duda.

En la doctrina no existe consenso respecto a la función probatoria oficiosa del juez. Destacados autores como: Franco Cipriani y Girolamo Monteleone (italianos), Adolfo Alvarado Velloso y Omar Abel Benabentos (argentinos), no comparten los amplios poderes probatorios del juez. Franco Cipriani (italiano) estima debe prescindirse de las ideas publicistas y Girolamo Monteleone (italiano) manifiesta que se vulnera el principio de imparcialidad. Igualmente, Alvarado Velloso (argentino), señala que dicha iniciativa probatoria del Juez vulnera la imparcialidad y además rompe el principio de la carga de la prueba. Para Omar Abel Benabentos (argentino), esta iniciativa altera las reglas de la carga de la prueba, el contradictorio, imparcialidad y la igualdad de las partes en el proceso.

Por otra parte, Michelle Taruffo (italiano), considera que el juez es llamado a descubrir la verdad y debe utilizar todos los medios de que dispone para obtenerla y que el proceso concluya con una decisión verdadera. Para Eugenia Ariano Deho (peruana) y Devis Echandía (colombiano) las facultades en orden a la introducción y prueba de hechos no supone la pérdida de la imparcialidad, ya que el resultado del proceso civil tiene un interés público. Sobre el asunto, afirma Jairo Parra Quijano (colombiano) que el juez debe ser parcial en la búsqueda de la verdad y, con este proceder cumple con el principio de imparcialidad. Por su parte, el doctor Jorge Fábrega Ponce (panameño), manifestó que las pruebas oficiosas no vulneran el debido proceso, ya que por ministerio de las respectivas leyes, esas pruebas se practican en contradictorio y responden a un interés superior, cual es el de comprobar las afirmaciones de las partes por un organismo sin interés personal en el proceso. En este orden, Oliver Galé (colombiano), nos dice que, se justifica la prueba de oficio para comprobar la verdad, que garantiza una paz

social, que va inmersa en los fines estatales. Para Joan Pico I Junoy (español), la actividad probatoria, no infringe su deber de imparcialidad, su único objetivo es poder cumplir eficazmente la función de tutela judicial que la Constitución le asigna. Y Morello (argentino) indica que el juez debe hacer uso de los poderes de esclarecimiento en la búsqueda de la verdad objetiva, para el resultado de la justicia. Señala el autor Argentino Juan Manuel Converset, que el juez debe disponer las diligencias razonables y necesarias para poner en claro la verdad de los hechos controvertidos, respetando, obviamente, el derecho de defensa de las partes.

La prueba de oficio no puede suponer extralimitación del juez, o rebasar los parámetros sobre los cuales se cimienta su regulación, ya que ello puede significar vulneración de derechos fundamentales. Por el contrario, de acuerdo con fallos constitucionales de la Corte Suprema de Justicia, la prueba de oficio puede ser empleada para tutelar derechos fundamentales de personas vulnerables como menores de edad y personas con discapacidad.

La evolución del derecho se vislumbra hacia una cultura de paz, de orden; en oposición a la injusticia y la vulneración de los derechos humanos, es por ello, que el juez debe hacer uso de todo lo que la ley le permite, entre éstos los poderes oficiosos, procurando que su decisión se emita sobre un caudal probatorio lo más completo posible.

La práctica de la prueba de oficio hace vigentes los siguientes principios: 1. Impulso procesal y economía procesal, el juez civil como director del proceso y, por ende, como director de la fase probatoria, debe impulsar el proceso y garantizar la economía procesal. Debe el Juez velar porque las pruebas se practiquen de acuerdo con la Ley, es decir, cuidar que las mismas se ejecuten de manera perfecta, por ello, debe disponer de oficio la repetición o perfeccionamiento de cualquier prueba, siempre que

ésta haya sido mal practicada o resulte defectuosa. 2. Legalidad, la facultad oficiosa probatoria esta prescrita en nuestro Código Judicial en varios artículos; pretende la búsqueda de la verdad material como principio de nuestro procedimiento civil y en esta medida garantiza la tutela judicial efectiva., 3. Igualdad, mediante la prueba de oficio el juez puede lograr la igualdad de las partes; la prueba de oficio como herramienta para verificar, aclarar los hechos alegados por las partes no lesiona el principio de igualdad porque el juez no intenta beneficiar a una de las partes en perjuicio de la otra, sino que ejerce el deber oficio probatorio para estar lo más claro posible antes de emitir su decisión. 4. Verdad material, el juez en su sentencia debe declarar la verdad sobre lo ocurrido y aplicar el derecho, de allí, la gran utilidad de la prueba de oficio para verificar las afirmaciones de las partes, tal como está regulada en el Código Judicial. El proceso solo puede ser visto como la búsqueda de una verdad conforme a la prueba judicial, derivada de las pretensiones de las partes y conforme a los fines del proceso. Y no se trata de sobreponer la verdad y la justicia a la Constitución y la Ley, el juez debe cumplir con garantizar todos los valores y principios Constitucionales y legales, entre éstos la prueba de oficio. 5. Equidad procesal, implica utilizar todos los medios posibles para el reconocimiento del derecho que se pretende en el proceso. El Juez civil cumple con el principio de equidad al dar validez o cumplir con las disposiciones que regulan ese procedimiento, entre ellas, la prueba de oficio. No solo es dar a ambas partes las mismas oportunidades, es algo más que igualdad, si a pesar de que se le ofrece a ambas partes las mismas oportunidades en el proceso, existe desigualdad, el juez debe buscar ese equilibrio para reconocer el derecho pretendido y hacer justicia. Es el caso de que en un proceso surja la necesidad de decretar una prueba de oficio para la verificación de las afirmaciones de las partes y así llegar lo más cerca posible a la verdad, lo que permite emitir un fallo legal, justo y equitativo.

Son deberes del juez, la dirección del proceso, la búsqueda de la verdad y en atención a esa verdad, administrar justicia alentado por el interés público como lo es la

justicia; que en su conciencia quede la paz de que su decisión ha sido lo más justa posible. El juez se debe a la Constitución y la ley, y éstas deben interpretarse teniendo presente que el objeto de todo proceso es el reconocimiento de los derechos.

Las amplias facultades probatorias del juez en el proceso civil panameño, tal como se encuentra regulada, no vulneran el principio dispositivo, el derecho a la prueba, imparcialidad, ni el principio de contradicción. Es así que dicha iniciativa probatoria oficiosa no lesiona ni es contraria a los derechos de las partes ni es contraria al proceso civil moderno.

Países como Panamá, Colombia, Costa Rica, México, Perú, Uruguay, Puerto Rico, España, Argentina, Bélgica, Alemania, Italia, Francia, Suiza y Portugal contemplan en sus ordenamientos procesales civiles la prueba de oficio; cada país de acuerdo con las características, límites y presupuestos propios de su legislación procesal. En Chile existe un proyecto de Ley de un Nuevo Código Procesal Civil, el cual mantiene entre sus normas la prueba de oficio en oralidad.

En nuestro país, la Ley 63 de 2008 que regula el Código Procesal Penal, contempla una diversidad de poderes oficiosos, no obstante, en materia de pruebas se prohíbe de manera expresa. Consideramos que dicha prohibición no es definitiva; los jueces deben hacer uso de la misma ante la posible vulneración de derechos fundamentales, y un derecho fundamental es el reconocimiento de los derechos, es así, que el juzgador debe ordenar la prueba de oficio en búsqueda de la verdad y así reconocer el derecho de las partes, sea imputado o víctima. El Sistema Penal Acusatorio con un modelo de gestión en oralidad, es la reforma de mayor trascendencia en nuestro ordenamiento jurídico penal, de allí que, la oralidad está de moda y existe el interés y la voluntad de realizar reformas en las otras jurisdicciones en este sentido. No obstante, nos surge una inquietud, y es que en respaldo de dicha oralidad que implica celeridad,

rapidez se deje de lado la búsqueda de la verdad; debe existir un equilibrio entre celeridad y fallos legales y justos. En el proceso penal se limita o elimina la iniciativa probatoria del juez, en cambio en el proceso civil esta iniciativa se mantiene vigente.

Hoy día, en la práctica, algunos jueces han comenzado a apartarse de la ley; ya que se resisten a practicar pruebas de oficio, incluso en los casos que son necesarias; a pesar de que nuestro ordenamiento procesal civil contempla la iniciativa probatoria oficiosa del juez, los juzgadores se niegan a ordenar pruebas de oficio, imbuidos tal vez de las diferentes concepciones que se tiene sobre las mismas.

Entre los factores o causas que inciden en que algunos jueces se resistan al decreto de la prueba de oficio, podemos mencionar: 1. La incompatibilidad de dicha facultad probatoria, ya que consideran que es un derecho de las partes; 2. Que el objeto del litigio es de carácter privado; 3. Que la carga de la prueba la tiene el actor; 4. Que la imparcialidad del juez se ve afectada al tomar la iniciativa probatoria oficiosa; 5. Que se vulnera el principio de igualdad; 6. Que existe abuso del poder en el proceso; 7. En la configuración de una concepción distinta del papel del juez en un Estado Social y Democrático de Derecho; 8. Que podría convertirse en un obstáculo para la solución oportuna de las controversias sociales. Argumentos que no tienen un sustento válido, la prueba es un derecho de las partes, son éstas quienes aducen y presentan las mismas para la defensa de sus intereses y en atención a la carga probatoria que le incumbe, no obstante, una vez presentadas e incorporadas al expediente le pertenecen al proceso y de ellas se sirve el juez para determinar la existencia de los hechos discutidos y decidir de acuerdo con el derecho. Todo lo anterior, debe ser justificado en el fallo que se profiere.

En el ordenamiento procesal civil panameño, los presupuestos o reglas para el decreto de la prueba de oficio no están claros, lo que elimina la posibilidad de garantizar

un sistema procesal que brinde seguridad jurídica. Es así que señalaremos los presupuestos que debe tener presente el juez para el decreto de la prueba de oficio y son los siguientes: La prueba de oficio debe estar regulada en el ordenamiento, debe fundamentarse en el material de hecho aducido o aportado por las partes y discutido en el proceso. Además, debe reunir las exigencias de ley para ser apreciada, cumplir con el requisito de oportunidad, es decir, ser incorporada al proceso dentro de los términos u oportunidades señaladas en el Código Judicial en el período probatorio y al momento de fallar; estimamos que la misma debe ser decretada por una sola vez y en el momento de fallar; debe satisfacer los requisitos de procedencia como: pertinencia, conducencia y utilidad, es decir, guardar relación con los hechos y las afirmaciones de las partes, debe ceñirse a los hechos discutidos (congruencia) y deben ser legalmente eficaces en la búsqueda de la verdad. El decreto de la prueba de oficio es publicado lo que permitirá el contradictorio y el derecho de defensa; no puede decretarse sobre pruebas prohibidas por la ley ni contrarias a la moral y al orden público; no puede suplir la negligencia e inacción probatoria de las partes, no puede traer al proceso pruebas nuevas. El decreto de la prueba de oficio debe cumplir además, con los principios de impulso y economía procesal, verdad material, igualdad, imparcialidad, motivación y el interés superior y prevalente como lo es la justicia y la equidad.

Los jueces que decretan pruebas de oficio, quizás por la indefinición de sus presupuestos, no efectúan una debida motivación al momento de disponer la práctica de la prueba oficiosa; motivación que generaría legitimidad a dicha iniciativa. Los juicios o argumentos que un juez elige para aplicar el derecho a una causa determinada deben ser justificados. Es deber del juez fundamentar la decisión del caso a través de una motivación razonada, por cuanto constituye la garantía del derecho de defensa de las partes, transparencia, legitimidad de la sentencia y propicia la confianza de los ciudadanos en la justicia. Motivar no es solo relacionar hechos, sino explicar de qué forma éstos llevaron al juez a proferir una decisión sobre la existencia o no de hechos y

pretensiones de las partes; así como descartar los de la parte no favorecida con la decisión. Para ello, debe auxiliarse de la prueba de oficio con el fin de obtener la información suficiente para validar o no, tales posturas. Este deber del juez de buscar la verdad en el proceso civil, está derivado de un imperativo impuesto por la Constitución Política y la Ley.

Al no estar claros o bien definidos los presupuestos o reglas para el decreto de la prueba de oficio, existe resistencia o temor de los jueces para aplicarla. La inaplicación de la prueba de oficio en el proceso civil frente a una verdadera impartición de justicia, trae como consecuencia: 1. El incumplimiento del Juez de su función jurisdiccional; 2. Premia la ineptitud o acierto de los apoderados judiciales de las partes en materia de pruebas, dando vigencia a la astucia; 3. Reconoce la existencia de una exclusividad de las partes respecto a la prueba; 4. Desconoce el carácter público del proceso; 5. Propicia la falta de legitimación del Estado; 6. Crea en el ánimo de los ciudadanos que ante pruebas insuficientes aportadas por las partes, el juez dicta una sentencia alejada de la verdad y por tanto, injusta; 7. Descuido de su deber de cumplir con la función de juzgar; 8. No garantiza la búsqueda de la verdad real; 9. El litigio es decidido de manera insegura, generando desánimo, desconfianza en el usuario; 10. La prueba no cumple con su función; 11. Se aleja de la equidad procesal necesaria en cada caso en concreto; 12. Vulnera derechos fundamentales.

Debemos indicar que el proceso tiene como fin además de la decisión del conflicto, garantizar la justicia, para alcanzar la paz social. Corresponde al juez, ser un verdadero director del juicio, y no un simple espectador. Su actuación debe estar dirigida en primer lugar a la búsqueda de la verdad para su convencimiento, enfocada en los hechos controvertidos y discutidos en el juicio; en segundo lugar debe garantizar la igualdad jurídica de las partes, el respeto al derecho fundamental y constitucional de defensa; cumplir con el principio de imparcialidad al orientarse de las pruebas

presentadas por las partes. Es así que le es permitido suplementar y perfeccionar ese derecho a probar mediante la prueba de oficio.

La administración de justicia, debe mejorar teniendo como norte aspectos de calidad, eficiencia, eficacia y celeridad a las respuestas de la ciudadanía. No puede priorizarse la rapidez ante fallos justos y legales. Es en este sentido que debe reformarse nuestro procedimiento civil, que se trate de un modelo de gestión en oralidad que contemple las iniciativas officiosas probatorias en la búsqueda de la verdad, sin perjuicio de las garantías y derechos de las partes.

Conocido es el interés de los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia en presentar un proyecto de ley que reforme el procedimiento civil actual en el que prevalezca únicamente la ORALIDAD de todos los procesos civiles, pero ese cambio debe tener resultados no solo para el poder judicial en cuanto a descongestión de los tribunales, sino también para los ciudadanos que proclaman justicia; que se trate de un proceso civil con orientaciones constitucionales, que suponga una concepción de la función jurisdiccional en el contexto del servicio público de la justicia efectiva, con la presencia de un verdadero deber de probar, en el que se encuentra la carga probatoria de las partes y la iniciativa probatoria del órgano jurisdiccional.

BIBLIOGRAFIA.

LIBROS.

1. ALVARADO VELLOSO, Adolfo. Debido Proceso Versus Pruebas de Oficio, Editorial Temis, S.A., Bogotá – Colombia, 2004, 176 págs.
2. ALVARADO VELLOSO, Adolfo. El Juez (sus deberes y facultades), primera edición, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1982, 334 págs.
3. ARAZI, Roland. La Prueba en el Proceso Civil, tercera edición, Editorial La Roca, Buenos Aires-Argentina, 2001, 489 págs.
4. ARMENTA Deu, Teresa. Principio Acusatorio y Derecho Penal, José María Bosch editor, S.A., Barcelona, 1995, 128 págs.
5. ARMENTA Deu, Teresa. La Prueba Ilícita (un estudio comparado), segunda edición, Marcial Pons, Madrid, 2011, 223 págs.
6. AZULA Camacho, Jaime. Manual de Derecho Procesal, Tomo I “Teoría General del Proceso”, décima edición, editorial Temis, Bogotá-Colombia, 2010, 483 págs.
7. AZULA Camacho, Jaime. Manual de Derecho Procesal, Tomo II “Parte General”, décima edición, editorial Temis, Bogotá-Colombia, 2015, 458 págs.
8. AZULA Camacho, Jaime. Manual de Derecho Procesal, Tomo VI “Pruebas Judiciales”, novena edición, editorial Temis, Bogotá-Colombia, 2015, 413 págs.
9. BAEZ Silva, Carlos y otros (coordinadores). Interpretación, Argumentación y Trabajo Judicial, Editorial Porrúa México, primera edición, México, 2009, págs.396.
10. BARSALLO, Pedro. Derecho Procesal I, Volumen I, Primer semestre, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Panamá, Panamá, 1999, 234 págs.
11. BENABENTOS, Omar Abel. Teoría General Unitaria del Derecho Procesal, Segunda edición, editorial Temis, Bogotá, 2001.
12. CABRERA Acosta, Benigno H., Teoría General del Proceso y de La Prueba, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, sexta edición, Colombia, 1996, 487 págs.
13. CAÑÓN Ramírez, Pedro Alejo. Teoría y Práctica de la Prueba Judicial, segunda edición, editorial Ecoe, Bogotá-Colombia, 2013, 527 págs.
14. CAPPELLETTI, Mauro. La Oralidad y Las Pruebas en el Proceso Civil, primera edición,

Ediciones Jurídicas Europa- América, Buenos Aires- Argentina, 1972, 482 págs.

15. CÁRDENAS Gracia, Jaime. La Argumentación como Derecho, segunda edición, Editorial Universidad Nacional Autónoma de México, 2007, págs. 238.

16. CARNELUTTI, Francesco. La Prueba Civil. Segunda edición, Traducción: Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1982, 269 págs.

17. COUTURE, Eduardo. Estudios, ensayos y lecciones de Derecho Procesal Civil, Vol. 2 Serie Clásicos, Editorial Jurídica Universitaria, México, 2001, 475 págs.

18. COUTURE, Eduardo. Fundamentos de Derecho Procesal Civil, ediciones Depalma, Buenos Aires, 1942.

19. CHIOVENDA, Giuseppe. Curso de Derecho Procesal Civil, Tomo 4, traducción y compilación: Enrique Figueroa Alfonso y Editorial Pedagógica Iberoamericana, S.A., de C.V., editorial Mexicana, 1997.

20. CHIOVENDA, Giuseppe. Instituciones de Derecho Procesal Civil, Vol. 3 Serie Clásicos, Editorial Jurídica Universitaria, México, 2001, 672 págs.

21. DE PINA; Rafael y CASTILLO LARRAÑAGA, José. Instituciones de Derecho Procesal Civil, decimoséptima edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1985.

22. DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Teoría General de la Prueba Judicial, Tomo I, quinta edición, Editorial Temis, S.A., Bogotá-Colombia, 2002, 488 págs.

23. DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Compendio de Derecho Procesal (Pruebas Judiciales), Tomo II, novena edición, Editorial ABC, Bogotá-Colombia, 1988, 586 págs.

24. EISNER, Isidoro. La Prueba en el Proceso Civil, segunda edición, Editorial Abeledo – Perrot, Buenos Aires- Argentina, 1992, 140 págs.

25. FÁBREGA Ponce, Jorge. Instituciones de Derecho Procesal Civil. Tomo I y II, Editora Jurídica Panameña, Panamá, 2004, 1505 págs.

26. FÁBREGA Ponce, Jorge. Medios de Prueba. Tomo I y II, Segunda Edición, Editora Jurídica Panameña, Panamá, 1998, 594 págs.

27. FÁBREGA, Jorge. Teoría General de Las Pruebas. Reimpresión de la cuarta edición, Editora Jurídica Iberoamericana, S.A., Panamá, 2012, 812 págs.

28. FÁBREGA, Jorge y CUESTAS, Carlos. Principios Probatorios en Materia Civil y Estudios Procesales Penales. Editorial Cultural Portobelo, Panamá, 2008, 277 págs.
29. FÁBREGA, Jorge Y CUESTAS, Carlos. Diccionario de Derecho Procesal Civil y Procesal Penal. Editores Colombia, S.A., primera edición, 2004, 1424 págs.
30. FERRAJOLI, Luigi. Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales, edición de Antonio de Cabo y Gerardo Pissarello. Editorial Trotta, Madrid, 2009, 391 págs.
31. FIORAVANTI, Maurizio. Los Derechos Fundamentales. Presentado por Clara Alvarez Alonso. Quinta edición, Editorial Trotta, Madrid, 2009, 165 págs.
32. GÓMEZ LARA, Cipriano. Teoría General del Proceso. Octava edición, Colecciones Textos Jurídicos Universitarios, México, 1990, 429 págs.
33. GÓMEZ LARA, Cipriano. Derecho Procesal Civil. Séptima edición, Oxford University Press, México, 2005, 380 págs.
34. GORJON, Francisco, STEELE, José. Métodos Alternativos de Solución de Conflictos, segunda edición, Oxford University Press, México, 327 págs.
35. HOYOS, Arturo. La Interpretación Constitucional, segunda edición, Editorial Cultural Portobelo, Panamá, 2011, 226 págs.
36. HOYOS, Arturo y HOYOS, Carlos Arturo. El Debido Proceso. Editorial Cultural Portobelo, S.A., Panamá, 2009, 105 págs.
37. IGLESIAS, Jorge. Estudios sobre Derecho Probatorio. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Colombia, 1995, 161 págs.
38. KIELMANOVICH, Jorge. La Prueba en el Proceso Civil, quinta edición, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1985, 156 págs.
39. KISCH, Wilhem, e.L. Prieto Castro. Elementos de Derecho Procesal Civil: traducción de la cuarta edición alemana y adiciones del derecho español, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1940.
40. LESSONA, Carlos. Teoría de Las Pruebas en Derecho Civil. Vol. 2, Editorial Jurídica Universitaria, México, 2001, 930 págs.
41. LEVAGGI, Abelardo. Historia del Proceso Civil (Indiano y Argentino, siglos XVI a XIX,

primera edición, editorial Depalma, Buenos Aires, 1974, 80 págs.

42. LORCA NAVARRETE, Antonio María. Estudio Jurisprudencial de los Poderes del Juez Civil en materia probatoria, Editorial DIJUSA, España, 2006, 108, págs.

43. MIDON, Marcelo Sebastián (coordinador) y otros. Tratado de La Prueba, primera edición, Editorial Librería de La Paz, Argentina, 2007, 797 págs.

44. MONRROY CABRA, Marco Gerardo. Derecho Procesal Civil. Cuarta Edición, Parte Especial, Biblioteca Jurídica Dike, Colombia, 1996, 665 págs.

45. MORA CORA, Silvestre. Tratado de Pruebas Civiles y Penales. Vol.4, Editorial Jurídica Universitaria, S.A., México, 2001, 227 págs.

46. MORELLO, Augusto. La Prueba, primera edición, editorial Abeledo –Perrot, Argentina, 1991, 273 págs.

47. MONTERO AROCA, Juan (coordinador) y Otros. Proceso Civil e Ideología: Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos. Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, 433 págs.

48. MONTERO Aroca, Juan. Nociónes Generales sobre la Prueba (entre el mito y la verdad) en la Prueba. Cuadernos de Derecho Judicial (dir.: Montero), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000.

49. MUÑOZ SABATE, Luis. Curso de Probática Judicial, primera edición, Editorial La Ley, España, 2009, 215 págs.

50. MURILLO RODRÍGUEZ, Roy. Ejecución de la Pena, Comisión Nacional para el Mejoramiento de la Administración de Justicia (CONAMAJ), San José- Costa Rica, 248 págs.

51. OLIVER GALÉ, Carlos Alberto. La Prueba de Oficio: Entre Activismo y Revisionismo. El Punto de Vista de un Juez. Editorial Librería Jurídica Sánchez R. Ltda., Medellín - Colombia, 2010, 200 págs.

52. PARRA QUIJANO, Jairo. Derecho Procesal Civil. Tomo I, Editorial Temis, S.A., Bogotá, 1992, 470 págs.

53. PARRA QUIJANO, Jairo. Racionalidad E Ideología en Las Pruebas de Oficio. Editorial

Temis, S.A., Bogotá, 2004, 224 págs.

54. PARRA QUIJANO, Jairo. Manual de Derecho Probatorio, decimoctava edición, Librería ediciones del Profesional Ltda, Bogotá-Colombia, 2011, 868 págs.

55. PEREIRA CAMPOS, Santiago (Coordinador) y Otros. Modernización de la Justicia Civil. Editorial Tradinco, S.A., Universidad de Montevideo - Uruguay, 2011, 1074 págs.

56. PRIETO CASTRO, Leonardo. Derecho Procesal Civil, Vol. 1, Madrid, 1972.

57. ROCCO, Ugo. Derecho Procesal Civil, Vol. 1 Serie Clásicos, Editorial Jurídica Universitaria, México, 2001, 496 págs.

58. SANJUR RÍOS, Eva Isabel. El Procedimiento Probatorio en el Ámbito del Juicio Verbal. Editorial Reus, S.A., Madrid- España, 2010, 271 págs.

59. SENTIS MELENDO, Santiago. La Prueba, Editorial Jurídica Europa- América, Buenos Aires, 1979, 608 págs.

60. TAMAYO y Salmorán, Rolando. El Derecho y la Ciencia del Derecho, Universidad Autónoma de Nuevo México, México, 1984.

61. TARUFFO, Michele. La Prueba de Los Hechos. Editorial Trotta, Madrid, 2011, 542 págs.

62. TARUFFO, Michele. La Motivación de la Sentencia Civil. Editorial Trotta, Madrid, 2011, 414 págs.

63. TARUFFO, Michele. Simplemente la Verdad. Editorial Marcial Pons, Madrid, 2010, 299 págs.

64. VAZ FERREIRA. Conferencia: "La Suerte del Individualismo ha sido una Suerte Lógica y Trágica", del Libro COUTURE, EDUARDO. Estudios, Ensayos y Lecciones de Derecho Procesal Civil, Vol. 2 Serie Clásicos, Editorial Jurídica Universitaria, México, 2001, pág. 99

CONFERENCIAS, ARTÍCULOS, MANUALES, FOLLETOS, REVISTAS.

65. American Bar Association Rule of Law Initiative. Manual de Audiencias previas al Juicio Oral en el Sistema Acusatorio, editora Novo Art, S.A., Panamá, 2011, 136 págs.

66. CÁMARA RUIZ, Juan. Las Facultades del Juez en la Actividad Probatoria y la Oralidad. Comunicación realizada en el marco del proyecto de investigación financiado por el Ministerio de Educación y Ciencia, cuyo investigador principal es el Prof. Dr. Manuel Ortells Ramos, España.
67. Cooperación Española y Corte Suprema de Justicia de Panamá. Módulo I: Constitución y Proceso Civil, del proyecto de capacitación judicial continuada de Panamá, 2000, 163 págs.
68. GORJÓN, Francisco. Métodos Alternativos de Solución de Controversias, Solución a la impetración de la justicia, en ELIAIA, año 2, número 3, UANL, México, 2002.
69. HERRERA VERGARA, Yanireth M., Facilitadores Judiciales Comunitarios como Mecanismo de Acceso a la Justicia de los Grupos Vulnerables en Panamá; del Libro Justicia en el Marco de los Derechos Humanos, La Equidad y la Justicia Alternativa, Perspectiva Panameña y Mexicana, Edición Especial, Universidad Autónoma de Nuevo León, México, 2014, 420 págs.
70. HOYOS, Arturo. El Control Judicial y Bloque de Constitucionalidad en Panamá, Revista de Derecho Comparado, págs. 785 a 807.
71. HOYOS, Arturo "La Garantía Constitucional del Debido Proceso Legal", de la Revista Lex No. 2, enero-junio, 1986, Colegio Nacional de Abogados de Panamá.
72. MEJÍA, Jerónimo. Estatus Jurídico de los Derechos Humanos en el Derecho Interno Panameño luego de las Reformas Constitucionales de 2004, Publicado en Nuevas Tendencias del Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional, del Instituto de Estudios de Investigación Jurídica de Nicaragua. Dirigida por Sergio Cuarezma y Rafael Pichardo, 2011, págs. 663 a 691.
73. MONTELEONE, Girolamo. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, año V-No. 7, Buenos Aires, 2005, página 240.
74. NUÑEZ De López, Antonia. "La Percepción Social y el Ideal de Justicia", Revista de la Federación Latinoamericana de Magistrados (FLAM), Año V No. 5, 2007, 108 págs.
75. NUÑEZ González, Valentina. ¿A dónde fue la Justicia?, Revista de la Federación

Latinoamericana de Magistrados (FLAM), Año V No. 5, 2007, 108 págs.

76. PARRA Quijano, Jairo. “la Prueba de Oficio en Materia Contenciosa”, en Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, Volumen II, No 26-2000.
77. SANCHEZ, Arnulfo. La actuación de los jueces estatales como árbitros privados, un problema de orden público, de la Revista Internacional de Trabajo Social y Ciencias Sociales, Comunitaria No. 5, enero, 2013, 137 a 153 págs.
78. SANCHEZ, Arnulfo, LIZAOLA, Cristina. Preparación e Implementación del Juicio Arbitral en Baja California, del Libro Justicia en el Marco de los Derechos Humanos, La Equidad y la Justicia Alternativa, Perspectiva Panameña y Mexicana, Edición Especial, Universidad Autónoma de Nuevo León, México, 2014, 391 a 409 págs.
79. VEGA, Arcelio. Las Notificaciones conforme a las Reformas en el Código Judicial, de la Revista de Derecho Procesal en Homenaje al maestro HERNANDO DEVIS ECHANDIA. Panamá, 2001, pág. 405 a 418.

CÓDIGOS Y LEYES.

- Constitución de la República de Panamá.
- Constitución de los Estados Unidos Mexicanos (info4.juridicas.unam.mx).
- Constitución Política de Colombia.
- Código Judicial de la República de Panamá.
- Código de Procedimiento Civil Colombiano.
- Ley de Enjuiciamiento Civil Española de 2000.
- Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica. Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, Montevideo, 1988, páginas 158.
- Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina.
- Código de Procedimiento Civil para el Distrito Federal de México.
- Código Procesal Civil de Chile.
- Código Procesal Civil de Perú.

- Código General del Proceso de Uruguay.
- Código Procesal Civil de Ecuador.
- Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica.
- Código de Procedimiento Civil de Costa Rica, Ley 7130 publicada en el Alcance 35 a la Gaceta 208 de 3 de noviembre de 1989.
- Código Orgánico Procesal Penal de Venezuela. Decreto No. 9.042 de 12 de junio de 2012.
- Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica.
- Código Procesal Penal de Portugal.
- Código Procesal Penal de Argentina.
- Código Procesal Penal de Perú.
- Código Procesal Penal de Colombia.
- Código Procesal Penal de Nicaragua.
- Código Procesal Penal de Chile.
- Código Procesal Penal de Bolivia.
- Código Procesal Penal de Ecuador.
- Código Procesal Penal de Alemania.
- Ley Criminal de España.
- Código Procesal Penal de Italia.
- Código Procesal Penal de Francia.
- Código de Familia y del Menor de la República de Panamá.
- Código Laboral de la República de Panamá.
- Ley No. 45 de 31 de octubre de 2007, "Que dicta normas sobre protección al consumidor y defensa de la competencia y otra disposición".
- Ley No. 63 de 27 de agosto de 2008, que regula el "Código Procesal Penal".
- Acuerdo No. 523, de 4 de septiembre de 2008, del Pleno de la Corte Suprema de Justicia, "Código de Ética Judicial".
- Ley No. 53 de 28 de agosto de 2015, "Que regula la Carrera Judicial".

- Ley 75 de 18 de diciembre de 2015, “Que subroga la Ley 15 de 2008, que adopta medidas para la informatización de los procesos judiciales, y dicta otras disposiciones”.
- Ley 76 de 18 de diciembre de 2015, “Que regula Medidas de Transparencia y Celeridad en la Administración de Justicia”.

PÁGINAS DE INTERNET.

- <http://derechoprivado.uniandes.edu.co>. La Prueba de Oficio en el Proceso Civil: ¿Imparcialidad del Juez e Igualdad de las Partes?, por Loly Aylú Gaitán Guerrero, Junio de 2010 – Universidad de Los Andes – Facultad de Derecho. Revista de Derecho Privado.
- <http://www.icdp.org.co>. Código General del Proceso, Colombia, 12 Julio 2012.
- <http://www.cancilleria.gov.co>. Código de Procedimiento Civil, Colombia.
- <http://www.ambitojuridico.com>. (Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia 11001310302020060012201 (SC-9493), jul. 18/14, M. P. por Luis Armando Tolosa Villabona). Sentencia de 26 de julio de 2004, dictada por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Colombia. Sentencia de 25 de mayo de 2004, dictada por la Sala de Casación Civil-Agraria de la Corte Suprema de Colombia.
- <http://www.corteconstitucional.gov.co>. Sentencia C-159/07, Sentencia C-396/07, Sentencia T-264, Sentencia T-042/05, Sentencia T-1270, Sentencia C-251/01, Sentencia C-225-95, Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero; Sentencia C-578-95, Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz; Sentencia C-358-97, Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz; y Sentencia C-191-98, Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz; todas de la Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-358-97 dictada por la Corte Constitucional de Colombia. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz, y Sentencia C-582-99 dictada por la Corte Constitucional de Colombia. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero. Sentencia C-191-98 dictada por la Corte Constitucional de Colombia. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.
- <http://revistaci.blogspot.com>. Revista de Semilleros de Investigación Cultura Investigativa, martes, 30 de noviembre de 2010. La Prueba de Oficio en el Proceso Civil

como Facultad-Deber del Juez.

- <http://www.cancillería.gov.co>. Comparativo entre la Ley No. 15.982 y las Modificaciones introducidas por la Ley No. 19.090 de junio de 2003. Comparativo del Código General del Proceso y sus modificaciones. Material preparado por el Departamento Contencioso Hughes & Hughes.
- <http://www.la-razon.com>. CONVERSE, Juan Manuel. Los Poderes del Juez en el Proceso Civil, La Razón/ La Gaceta Jurídica. Abogado y profesor Argentino, 08 de mayo de 2012.
- <http://www.monografías.com>. URETA G., Juan. Teoría de la Argumentación Jurídica: Material de Lectura.
- <http://www.tfifa.gob.mx/investigaciones/argumentacionjuridica.html>. LERMA, Héctor. La Argumentación Jurídica a la luz del maestro Manuel Atienza.
- <http://www.monografías.com>. MONTIEL, Luis; Méndez, María y Turcios, Nelson. Derecho a la Prueba como categoría jurídica protegible en el Proceso Civil. Universidad Francisco Gavidio, San Salvador, julio, 2003.
- <http://www.documentacatholicaomnia.eu>. Código de Derecho Canónico.
- www.tribunalconstitucional.es.
- [Http://revistas.ucm.es](http://revistas.ucm.es). PEÑARANDA Quintero, Héctor Ramón. Principio de Equidad Procesal, Universidad de Zulia, Venezuela. Nómadas. Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas. Publicación Electrónica de la Universidad Complutense de Madrid.
- [Http://www.proceduralfairness.org](http://www.proceduralfairness.org). Equidad Procesal: Elemento principal en la Satisfacción de la Ciudadanía.
- [Http://www.miguelcarbonell.com](http://www.miguelcarbonell.com). La Reforma Constitucional en materia de Derechos Humanos: principales novedades, Septiembre de 2012.
- [Http://www.bibliojuridicas.unam.mx](http://www.bibliojuridicas.unam.mx). José Ovalle Favela, en su escrito "Tendencias

Actuales en el Derecho Procesal Civil, pág. 33.

- <https://archivos.juridicas.unam.mx>. Juan Montero Aroca, “La Garantía Procesal Penal y el Principio Acusatorio”, págs.. 525 – 546

JURISPRUDENCIA:

- Sentencia de 2 de octubre de 1992, proferida por la Corte Suprema de Justicia de Panamá.

- Sentencia de 27 de diciembre de 1994, proferida por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia de Panamá.

- Sentencia del 10 de agosto de 1995, del Pleno de la Corte Suprema de Justicia de Panamá.

- Sentencia de 30 de mayo de 1996, proferida por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia de Panamá.

- Sentencia de 21 de marzo de 1997, proferida por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia de Panamá.

- Sentencia de 19 de mayo de 1998, dictada por la Corte Suprema de Justicia.

- Sentencia de 31 de agosto de 2000, dictada por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, bajo la ponencia del ex magistrado José A. Troyano.

- Sentencia de 11 de octubre de 2000, proferida por el Primer Tribunal Superior del Primer Distrito Judicial, Magistrada Ponente: Eva Cal.

- Sentencia de 30 de noviembre de 2000, proferida por la Corte Suprema de Justicia Panamá.

- Sentencia de 29 de enero de 2001, dictada por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, Magistrado Ponente (magistrado suplente): Gabriel Fernández (q.e.p.d.).

- Sentencia de 18 de mayo de 2001, dictada por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia.

- Fallo de 28 de mayo de 2001, proferido por la Corte Suprema de Justicia de Panamá.

- Sentencia de 8 de febrero de 2001, emitida por el Primer Tribunal Superior de Justicia

del Primer Distrito Judicial de Panamá.

- Sentencia 2 de agosto de 2002, dictada por el Primer Tribunal Superior del Primer Distrito Judicial, Magistrado Ponente: Nodier Jaramillo.
- Sentencia de 30 de enero de 2003, dictada por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia.
- Sentencia de 19 de junio de 2003, del Pleno de la Corte Suprema de Justicia.
- Sentencia de 26 de marzo de 2004, Magistrado Ponente Rogelio A. Fábrega Zarak, Pleno de la Corte Suprema de Justicia.
- Sentencia de 29 de marzo de 2004, cita la Sentencia de 22 de enero de 2001, proferida por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia de Panamá.
- Sentencia de 27 de abril de 2004, dictada por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia de Panamá.
- Sentencia de 14 de julio de 2004, dictada por la Corte Suprema de Justicia de Panamá.
- Sentencia de 29 de julio de 2005, dictada por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia.
- Sentencia de 30 de julio de 2008, Pleno de la Corte Suprema de Justicia de la República de Panamá, Magistrado Ponente: Jerónimo Mejía.
- Sentencia de 21 de agosto de 2008, dictada por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia de Panamá, Magistrado Ponente: Jerónimo E. Mejía E.
- Sentencia de 30 de abril de 2009, dictada por la Corte Suprema de Justicia de Panamá.
- Sentencia de 31 de agosto de 2009, dictada por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia. Magistrado Ponente: Harley J. Mitchell D.
- Sentencia de 16 de noviembre de 2009, dictada por la Sala Primera de lo Civil, de la Corte Suprema de Justicia de Panamá. Magistrado Ponente: Oyden Ortega.
- Sentencia de 21 de diciembre de 2009, dictada por la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo, Magistrado Ponente Hipólito Gill Suazo (magistrado suplente), con salvamento de voto del Ex Magistrado Winston Spadafora.
- Sentencia de 26 de abril de 2010, proferida por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia

de Panamá.

- Fallo de 17 de mayo de 2010, proferido por la Corte Suprema de Justicia, Magistrado Sustanciador, en Sala Unitaria, Jerónimo Mejía.
- Fallo de 19 de mayo de 2010, proferido por la Corte Suprema de Justicia, Magistrado Sustanciador, en Sala Unitaria, Jerónimo Mejía.
- Sentencia de 13 de agosto de 2010, dictada por el Pleno, Corte Suprema de Justicia, bajo la ponencia del Magistrado Oydén Ortega (Salvamento de Voto).
- Sentencia de 11 de octubre de 2010, dictada por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia de Panamá, Magistrado Ponente: Jerónimo Mejía.
- Sentencia de 8 de marzo de 2012, dictada por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia de Panamá, Magistrado Ponente: Jerónimo Mejía
- Sentencia de 12 de marzo de 2012, dictada por la Sala Primera de lo Civil, Corte Suprema de Justicia de Panamá, Magistrado Ponente Hernán De León Batista.
- Sentencia de 11 de diciembre de 2012, dictada por la Sala Primera de lo Civil de la de la Corte Suprema de Justicia de Panamá. Magistrado Ponente: Hernán A. de León Batista.
- Fallo de 21 de enero de 2013, proferido por la Corte Suprema de Justicia, Magistrado Sustanciador, en Sala Unitaria, Jerónimo Mejía.
- Sentencia de 8 de noviembre de 2013, dictada por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia de Panamá, Magistrado Ponente: Jerónimo Mejía.
- Sentencia de 3 de julio de 2014, dictada por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia de Panamá, Magistrado Ponente: Harley Mitchell.
- Sentencia de 22 de agosto de 2014, dictada por la Sala Primera de lo Civil, de la de la Corte Suprema de Justicia de Panamá. Magistrado Ponente: Hayley J. Mitchell D.
- Sentencia de 15 de diciembre de 2014, dictada por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia.
- Sentencia de 21 de abril de 2015, dictada por la Sala Tercera de lo Contencioso

Administrativo de la Corte Suprema de Justicia de Panamá, Magistrado Ponente: Abel Augusto Zamorano.

- Fallo de 16 de junio de 2015, proferido por la Corte Suprema de Justicia, Magistrado Sustanciador, en Sala Unitaria, Jerónimo Mejía.