ResearchGate

See discussions, stats, and author profiles for this publication at: https://www.researchgate.net/publication/355165160

Puentes entre los hechos y el derecho aplicable en la verificación probatoria: estándar y valoración de la prueba HOMENAJE MICHELLE TARUFFO

Chapter · October 2021

CITATIONS
0

READS
409

1 author:



Alvaro Pérez Ragone
Universidad San Pablo-Tucuman (Argentina) and External Researcher Universidad Católica del Norte (Chile)
167 PUBLICATIONS **147** CITATIONS

SEE PROFILE

Some of the authors of this publication are also working on these related projects:

ESTUDIO HISTORICO, COMPARADO Y DOGMATICO DE LAS CONDUCTAS NO COOPERATIVAS DE LAS PARTES EN EL PROCESO CIVIL (REBELDIA- CONTUMACIA-DEFAULT) DE CARA A SU REFORMULACION PARA UNA NUEVA Y EFICIENTE JUSTICIA CIVIL CHILENA. View project

Active Judge, Case management for an effective and efficient Civil Justice View project

All content following this page was uploaded by Alvaro Pérez Ragone on 09 October 2021.

The user has requested enhancement of the downloaded file.

ACADÉMICA

HOMENAJE A MICHELE TARUFFO
UN JURISTA DEL FUTURO
El legado de Taruffo para Latinoamérica



Cooordinadoras académicas
Mónica María Bustamante Rúa
Adriana del Pilar Henao Ochoa
Diana María Ramírez Carvajal

INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO
Ciencia, educación y desarrollo
Vigilada Mineducación

Red
Para el Estudio del Proceso y la Justicia

HOMENAJE A MICHELE TARUFFO
UN JURISTA DEL FUTURO

El legado de Taruffo para Latinoamérica

Coordinación Académica

Mónica María Bustamante Rúa

Adriana del Pilar Henao Ochoa

Diana María Ramírez Carvajal

Institución Universitaria de Envigado
Ciencia, educación y desarrollo
Vigilada Mineducación

Red
Para el Estudio del Proceso y la Justicia

Fondo Editorial
Institución Universitaria de Envigado

Homenaje a Michele Taruffo un jurista del futuro: el legado de Taruffo para Latinoamérica / Institución Universitaria de Envigado, Red para el Estudio del Proceso y la Justicia; coordinación académica Mónica María Bustamante Rúa, Adriana del Pilar Henao Ochoa, Diana María Ramírez Carvajal – Envigado: Institución Universitaria de Envigado, 2021.

527 páginas.

ISBN digital: 978-958-53318-8-4

1. Derecho procesal — 2. Taruffo, Michele, 1943-2020 – Crítica e interpretación

347 (SCDD 22 ed.)

HOMENAJE A MICHELE TARUFFO UN JURISTA DEL FUTURO. El legado de Taruffo para Latinoamérica

© Red para el Estudio del Proceso y la Justicia
© Institución Universitaria de Envigado, (IUE)
Edición: octubre de 2021

Coordinadoras académicas
Mónica María Bustamante Rúa
Adriana del Pilar Henao Ochoa
Diana María Ramírez Carvajal

Institución Universitaria de Envigado (IUE)
Rectora
Blanca Libia Echeverri Londoño

Director de Publicaciones
Jorge Hernando Restrepo Quirós

Coordinadora de Publicaciones
Lina Marcela Patiño Olarte

Diagramación y Diseño Carátula
Leonardo Sánchez Perea

Red para el Estudio del Proceso y la Justicia
Coordinadora
Diana María Ramírez Carvajal

Decano IUE - representante
Gabriel Alonso Campuzano

Docente líder IUE - representante
Adriana del Pilar Henao Ochoa

Corrección de estilo
Daniel Jaramillo Giraldo

Fotografías
Diana María Ramírez Carvajal

Edición
Sello Editorial Institución Universitaria de Envigado
Fondo Editorial IUE
publicaciones@iue.edu.co
Institución Universitaria de Envigado
Carrera 27 B # 39 A Sur 57 - Envigado Colombia
www.iue.edu.co
Tel: (604) 339 10 10 ext. 1524

Coeditado con Red para el Estudio del Proceso y la Justicia
redinterinstitucionalderecho@gmail.com
www.procesalyjusticia.org/
Dirección es Cra. 80 # 49A - 10
Medellín, Antioquia–Colombia

Los autores son moral y legalmente responsables de la información expresada en este libro, así como del respeto a los derechos de autor. Por lo tanto, no comprometen en ningún sentido a la Institución Universitaria de Envigado.

Esta obra está bajo una licencia de Creative Commons Reconocimiento -No Comercial-Sin Obra Derivada 4.0 Internacional. Más información: https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/

Los capítulos de esta publicación son el resultado de la investigación realizada por cada uno de los autores frente a las obras de Michele Taruffo. En consecuencia, los capítulos de este texto responden a un método cualitativo descriptivo, toda vez que, a partir del estudio de las obras de Michele Taruffo, se describe la realidad jurídica de manera holística y llegan a unos resultados que muestran un panorama propio en cada ordenamiento jurídico.

Contenido

La semblanza del maestro 8

Diana Ramírez Carvajal

CAPÍTULO I
El acceso a la justicia como manifestación de una "legislación procesal racional". Especial atención a los colectivos vulnerables. 14

Paloma Arrabal Platero

CAPÍTULO II
La narrativa procesal y la dimensión epistemológica del proceso. Aproximaciones a la verdad desde la obra de Michele Taruffo 33

Paula Andrea Pérez Reyes y Eddison David Castrillón García

CAPÍTULO III
Criterios constitucionales frente a la colisión de competencias entre la jurisdicción penal militar y la jurisdicción penal ordinaria 57

Juan Fernando Gil y *Oscar Leonardo Reyes Pulido*

CAPÍTULO IV
Aproximación a la ilicitud de la prueba en Michele Taruffo 76

Joan Picó I Junoy

CAPÍTULO V
El precedente y su fuerza vinculante: Una mirada desde la obra de Michele Taruffo 87

Diana María Ramírez Carvajal, Adriana Del Pilar Henao Ochoa y *Mónica María Bustamante Rúa*

CAPÍTULO VI
Administrar y/o juzgar 120

Andrés Bordalí Salamanca

CAPÍTULO VII
Aspectos generales sobre la independencia, imparcialidad y cualificación del juez. 142

Emilio R. Castaños Núñez

CAPÍTULO VIII
Independencia, imparcialidad y cualificación del juez como garantías del proceso. 155

Rodrigo Rivera Morales

CAPÍTULO IX
Práctica jurisprudencial del régimen de alegación y prueba del derecho extranjero en España 174

Alfonso Ortega Giménez

CAPÍTULO X
Cualificación requerida a juezas y jueces en Latinoamérica 202

Santiago Pereira Campos

CAPÍTULO XI
El proceso como empresa epistemológica y la búsqueda de la verdad 230

Norbert Lösing

CAPÍTULO XII
Aproximación al principio de contradicción en el pensamiento del maestro Michele Taruffo desde la normativa procesal civil salvadoreña 258

Manuel Arturo Montecino Giralt

CAPÍTULO XIII
Violencia de genero: vías procesales para mitigar sus efectos en Argentina (instrumentos para evitar la revictimización) 280

Eduardo Oteiza y *María Victoria Mosmann*

CAPÍTULO XIV
Verdad, indicios y valoración probatoria. 295

María Cristina Chen

CAPÍTULO XV
La carga de la prueba y sus enemigos 316
Daniel Mitidiero

CAPÍTULO XVI
Carga de prueba, estándares probatorios y prueba de oficio en el nuevo modelo procesal cubano . 345
Juan Mendoza Diaz

CAPÍTULO XVII
Carga y estándares de prueba 368
Rodolfo Pérez Vásquez

CAPÍTULO XVIII
Derecho probatorio en el régimen de derecho público colombiano 384
Juan Esteban Aguirre Espinosa, Dany Steven Gómez Agudelo y *Fabio Andrés Uribe Palacio*

CAPÍTULO XIX
Estándares de prueba: realidad o ficción en la obra de Michele Taruffo 405
Luis Orlando Toro Garzón y *Lucero Ocampo Henao*

CAPÍTULO XX
Hechos jurídicos y su relevancia en la motivación de las decisiones judiciales
que generan precedentes judiciales vinculantes en el derecho brasileño. 423
Camilo Zufelato

CAPÍTULO XXI
Puentes entre los hechos y el derecho aplicable en la verificación probatoria:
estándar y valoración de la prueba 412
Álvaro Pérez Ragone

Lista de tablas y figuras 466

Reseña de los autores 467

La semblanza del maestro

Fue en 2001 cuando tuve la primera referencia sobre Michele Taruffo. Estudiaba mi doctorado en la Universidad Externado de Colombia y, en clase, se hizo referencia a su obra. Fue expuesto como uno de los más importantes profesores sobre proceso y prueba en Europa.

Con esta expectativa, en 2002, me acerqué a su obra con la lectura de *La prueba de los hechos*[1], el texto de mayor importancia que, para ese momento, había llegado a Colombia. Este libro me llevó a una inmersión en profundas discusiones jurídicas que, para mí, una profesora de derecho procesal, eran extrañas. Eran discusiones tales como:

- La importancia del hecho en el proceso, sobre lo cual Taruffo subrayaba la relevancia jurídica que el hecho imprime a la decisión, al definir la importancia de trabajar sobre el juicio del hecho.
- La verdad y su relación con la prueba en el proceso, pues proponía que la verdad es un criterio fundante de la justicia de la decisión, por cuanto la verdad de los hechos le permite al juez decidir por fuera del error fáctico.
- Temas sobre probabilidad, una perspectiva que inducía un bucle hacia la verdad relativa, con lo cual se propone alejar la prueba de la verosimilitud. Fue esta la primera relación que tenía teóricamente entre probabilidad, prueba y decisión.
- La construcción de las hipótesis en el proceso y su relación con las categorías de las pruebas.

Sin embargo, *La prueba de los hechos* me llevó mucho más allá en el conocimiento de Taruffo a través de la entrevista que este texto contiene, realizada por nuestro amigo Jordi Ferrer. Esta entrevista me permitió conocer, desde la distancia, a un profesor diferente, un profesor que explicaba temas relacionados con el derecho que yo nunca había siquiera sospechado. Entre preguntas y respuestas, resultaba emocionante leer la postura multidimensional de este profesor, que se ocupó con gran profundidad del estudio del proceso y de la prueba, pero también de la filosofía, de la teoría del derecho, de la epistemología, de la lógica y de la literatura.

Este profesor mostraba una cara de la educación jurídica extraña para mi. Sostenía que "conocer el derecho", según el positivismo jurídico tradicional y superficial, era conocer

[1] Michele Taruffo, *La prueba de los hechos*, traducción de Jordi Ferrer Beltrán (Madrid: Trotta, 2002).

las normas y que esto era algo demasiado limitativo. Para Michele Taruffo, conocer el derecho quería decir "conocer la historia del derecho, porque se entiende poco de las normas si no se sabe de dónde provienen y [quería] decir conocer el derecho comparado, porque la dimensión nacional del ordenamiento jurídico está en vías de superación y porque conocer otros ordenamientos es la mejor forma para conocer el propio (y para relativizar los propios conocimientos). En particular, —afirmó— una amplia cultura jurídica es esencial para el jurista si no quiere limitarse a una descripción superficial de las cosas de las que se ocupa".

Termina la entrevista como lo haría una persona con una amplia prospectiva del mundo y del derecho, reconoció nuevos temas y problemas que ya se estaban entretejiendo, como las pruebas científicas y la gran transformación que se esperaba con la prueba informática. Pero, además, indicó, al cerrar, que estaba dispuesto a cambiar su posición sobre la inaplicabilidad probatoria del teorema de Bayes, por una importante razón: "solo los estúpidos[2] no cambian nunca de opinión".

Su libro y especialmente esta entrevista me llenaron de reflexiones, pero también de asombro. Era necesario encontrarlo y traerlo a Colombia. Por ello busqué por cielo y tierra su correo y finalmente le escribí, como una profesora ordinaria que estaba haciendo su tesis doctoral —sobre pruebas de oficio— y que, por tanto, veía en su trabajo un camino importante por recorrer. Y efectivamente su respuesta fue afirmativa, porque ese espíritu libre, aventurero, dinámico y siempre ávido de nuevas experiencias y conocimiento, le decía que tenía que conocer Medellín, aunque su embajada le prohibiera viajar a esta ciudad que se llevaba el premio internacional de fama narcoterrorista.

Así empezó una amistad que duró casi 20 años, plena de un aprendizaje continuo que le agradezco a mi maestro. Su gran conocimiento lo conjugaba con su emotividad, la grandeza la mostraba con toda sencillez y esto le permitían ser un excelente conversador, contador de historias, de aventuras, de experiencias, pero, por sobre todo, un maestro abierto a compartir el conocimiento sin ningún asomo de egoísmo.

Su obra es enorme, así como sus experiencias por el mundo. Nos ha dejado un legado de una treintena de libros con grandes y complejas enseñanzas y centenares de artículos, conferencias y reflexiones. Toda esta capacidad analítica queda a nuestra disposición para nutrir nuestro trabajo y para que algún día logremos complementar y fortalecer el derecho procesal tras un verdadero concepto de justicia y eficiencia.

De toda su obra, en el grupo de investigaciones de la Universidad de Medellín le tradujimos dos libros, *Sobre las Fronteras*, Temis, 2006 y *El proceso civil adversarial en la experiencia*

---

[2] La referencia a estúpido era muy usada por Michele Taruffo. Uno de los primeros libros que me recomendó leer, y que disfruté y aun disfruto, fue *Las leyes fundamentales de la estupidez humana*, escrito por el historiador italiano llamado Carlo M. Cipolla.

americana, Temis 2008. Estos textos fueron base para nuestros programas de posgrado en derecho procesal.

Son también textos de gran importancia para Latinoamérica: *Páginas sobre justicia civil*, Marcial Pons, 2009; *Simplemente la verdad*, Marcial Pons, 2010; *La Prueba*, Marcial Pons, 2008; *El vértice ambiguo*, Palestra, 2005, *Proceso y decisión*, Marcial Pons, 2012. Sin que se puedan olvidar, las *Lezioni sul processo civile*, que fuera su manual de clase en las lecciones de procesal en la Universidad de Pavía, y otras tantas publicaciones en obras colectivas y traducciones.

Algunas de sus más importantes enseñanzas pueden extraerse de la frase que constantemente repetía: "el procesalista promedio piensa primero en la norma, pero la realidad es que, en el derecho, lo central es el hecho".

Esta concepción, a juicio de Taruffo, ocurre por varios desafortunados motivos: 1) existe la convicción en muchas sociedades de que el jurista solo debe ocuparse de lo jurídico, entendiendo por jurídico solamente las normas; 2) el jurista piensa que el modelo típico de la decisión del juez se funda sobre el derecho, tal vez porque se presta demasiada atención a la concepción burocrática y piramidal de la justicia que tiene en el vértice de la pirámide cortes que se ocupan principalmente de la legitimidad de la norma, no del hecho.

La respuesta de Taruffo continúa, unos pocos ejemplos pueden ser suficientes: la filosofía del lenguaje y la lógica son instrumentos necesarios para la interpretación de las normas; las teorías y la praxis de la argumentación, en particular en el ámbito del derecho, se fundamentan en premisas filosóficas; la teoría del juicio sobre los hechos y de la prueba tiene su fundamento en la lógica y en la epistemología, en concepciones de la verdad y en teorías del conocimiento. Si el problema es el de la prueba o el del razonamiento del juez o de la decisión entonces el análisis filosófico resulta inevitable.

Taruffo expresa claramente que las obras de doctrina específicamente "vetero-positivista", son productos de una literatura jurídica estrecha y provincial, no solo son pobres y desilusionantes desde el punto de vista cultural, son también incompletos, metodológicamente erróneos y dejan por fuera del análisis lo que, en cambio, debería ser el objeto principal del mismo. Seguidamente, imagina el porqué de este tipo de estudios y por ello afirma que el derecho procesal ha estado, en gran medida, lejos de la atención de los filósofos del derecho, tal vez porque ellos piensan que está constituido únicamente por normas técnicas muy detalladas y aburridas y que, por tanto, no es interesante. Expone como esto es un gran error por cuanto la justicia en el proceso civil, afronta problemas no menos importantes que aquellos que surgen en otras áreas del derecho, porque afectan a intereses y conflictos que tienen una importancia fundamental para la vida de los ciudadanos y para el funcionamiento de la economía en la sociedad.

En esta entrevista, Taruffo también se refirió a un tema que siempre me ha llamado la atención: todos los códigos latinoamericanos hablan de la "convicción del juez", al momento de valorar y procesar la prueba. Taruffo, sin ninguna duda, afirma que es una doctrina mayoritaria, condicionada por la incapacidad de profundizar en las implicaciones filosóficas y epistemológicas de la determinación de los hechos sobre la base de las pruebas. Pero a esto se suma el escepticismo típico de los abogados, muchos de los cuales son profesores universitarios. Se sigue sosteniendo la convicción porque se adopta una aproximación rigurosamente legalista respecto de la prueba, una aproximación formalista respecto de la verdad judicial y una aproximación sustancialmente irracionalista respecto del convencimiento del juez.

Esta convicción excluye, muchas veces, eludir la perspectiva de que el juez utilice instrumentos racionales para conseguir, a partir de las pruebas, construir su decisión sobre una aproximación razonablemente aceptable a la realidad histórica o empírica de los hechos materia del conflicto.

Esta discusión lo acerca de frente al tema de la verdad en el proceso, que acepta como una verdad necesariamente contextual y relativa, la cual define como la mejor aproximación posible sobre la base de las pruebas a la realidad empírica de los hechos relevantes para la decisión. "Un grado de confirmación lógica prevaleciente, resultando así racional escoger ese enunciado como una descripción verdadera".

La verdadera justicia se administra en tribunales de primera instancia donde se determinan los hechos, se aplica la prueba y, sobre la base de aquellos, se aplica el derecho. Son tribunales que atienden todas las controversias que se les presentan

En la entrevista de que he hecho mención, la cual se encuentra en la edición al español de *La prueba de los hechos*, Taruffo sostiene que la decisión sobre los hechos es —mucho más de lo que se piensa— el verdadero núcleo esencial en la solución de la controversia.

La función esencial de la motivación y de la obligación de motivar, previstas en la ley y las constituciones, es hacer que el juez justifique expresamente sus propias decisiones, sometiendo a control externo (de las partes y de sus abogados, de los jueces superiores y también de la opinión pública especializada o general) las razones por las que ha ejercitado de un determinado modo los poderes decisorios de los que es titular. Este es un elemento fundamental en los sistemas democráticas, donde el poder absoluto y arbitrario es el que no ofrece justificaciones, el poder que es democrática se justifica y se somete a la crítica.

En uno de los libros que más me llama la atención *Studi sulla rilevanza della prova*, escrito en 1970, Taruffo expone tres hipótesis en las que la prueba es relevante:

1. Cuando su objeto es dato para una proposición de hecho principal.
2. Cuando su objeto es un dato para una proposición de hecho secundaria que funda la inferencia relativa a un hecho principal.
3. Cuando su objeto es una inferencia relativa a un hecho secundario que funda la inferencia de otro hecho secundario y que es relevante también respecto a la existencia de un hecho principal.

En síntesis, la prueba es relevante cuando tiene la posibilidad de incidir directa o indirectamente sobre el estatus lógico de la proposición relativa a un hecho principal.

Y agrega dos aspectos de gran importancia, para la relevancia de la prueba en el proceso:

1. La oportunidad de seleccionar *in limine* los medios de prueba utilizables de modo que todo el material superfluo sea eliminado.
2. La necesidad de dar un fundamento racional a la decisión del juez en torno a la relevancia de la prueba. El juez debe operar con base en criterios objetivos que estén a su disposición.

Michele Taruffo era consciente de que había diversas disfuncionalidades jurídicas y culturales en nuestros países latinos y que, de ninguna manera, el proceso o la justicia de los jueces se podría estudiar emulando la justicia europea, oriental o norteamericana. Cuando alguna vez le pregunté cómo podríamos mejorar y avanzar, ya que al parecer todos nuestros esfuerzos se desvanecían, su respuesta fue contundente: estudiar, investigar y escribir sobre "cómo deben ser las instituciones y cómo se deben aplicar", esa es la manera.

Es precisamente eso lo que seguiremos haciendo. Trabajando por alcanzar algunas de las enseñanzas que nos ha dejado este gran jurista del futuro. Su legado debe permanecer y crecer, él confiaba en que éramos capaces de tan enorme tarea.

NO seremos inferiores a este reto.

Diana Ramírez Carvajal

Coordinadora Red para el Estudio del Proceso y la Justicia

www.procesalyjusticia.org


VI Congreso Internacional
de Derecho Procesal
CULTURA Y PROCESO
PARTICIPACIÓN ESPECIAL
INFORMES E INSCRIPCIONES:




HOTEL CARIBE










EJERCITO DE



CAPÍTULO I

El acceso a la justicia como manifestación de una "legislación procesal racional". Especial atención a los colectivos vulnerables[1]

Paloma Arrabal Platero

1. Introducción

Aunque el profesor Taruffo, lamentablemente fallecido, ha centrado sus trabajos mayoritariamente en el estudio de la prueba[2] y de la motivación judicial[3], son abundantes las materias

---

[1] Trabajo resultado del proyecto "Estudio comparado de modelos procesales desde la perspectiva de los ODS. Una mirada a la inteligencia artificial", concedido en el marco de la convocatoria de proyectos de investigación de carácter internacional para la consecución de los Objetivos de Desarrollo Sostenible de la agenda 2030 de las Naciones Unidas (convenio UMH-GVA 2019). El contenido no refleja necesariamente la opinión de la Generalitat Valenciana. Elaborado durante la estancia de investigación en la sección de Doctrina del Tribunal Constitucional español.

[2] Merecen una mención al respecto Michele Taruffo, *La prueba de los hechos*, traducción de Jordi Ferrer Beltrán (Madrid: Trotta, 2002); Michele Taruffo, *La prueba*, traducción de Laura Manríquez y Jordi Ferrer Beltrán (Madrid: Marcial Pons, 2008); Michele Taruffo, "Conocimiento científico y criterios de prueba judicial", traducción de Lucas Correa Montoya, en Michele Taruffo; Diana Ramírez Carvajal. *Proceso, prueba y estándar* (Lima: ARA, 2009); Michele Taruffo, "Consideraciones sobre prueba y verdad", *Derechos y Libertades*, no. 11 (2002); Michele Taruffo, "La prova scientifica nel processo civile", *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, no. 4 (2005); Michele Taruffo, "Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa, traducción de Diana María Ramírez Carvajal, en *Constitución y proceso: actas del Seminario Internacional de Derecho Procesal "Constitucion y Proceso" llevado a cabo en el Campus de la Pontificia Universidad Católica del Perú entre el 22 y el 25 de setiembre de 2009* (Lima: ARA, 2009); Michele Taruffo, "Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa", traducción de Gama, Raymundo. *Doxa*, no. 29 (2006); Michele Taruffo, "Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa", *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, vol. 60, no. 2 (2006); Michele Taruffo, "Rethinking the standards of proof". *The American Journal of Comparative Law*, vol. 52, no. 3 (2003); Michele Taruffo, "Tres observaciones sobre 'Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar' de Larry Laudan", traducción de Ferrer, Jordi. *Doxa*, no. 28 (2005).

[3] Véanse sobre la materia, entre otros, Michele Taruffo, "Jueces y política: de la subordinación a la dialéctica", *Isonomía*, no. 22 (abril de 2005); Michele Taruffo, "La giustificazione delle decisioni fondate su "standards"", *Materiali per una*

a las que ha prestado especial atención a lo largo de su trayectoria académica y profesional[4]. En todo caso, si algo ha caracterizado a este autor, es su visión global de la justicia comparada, con la que ha conseguido una abstracción teórica para la creación de un modelo procesal aplicable, con sus ajustes, a todos los ordenamientos jurídicos.

En el análisis del acceso a la justicia, resulta especialmente inspirador el artículo del profesor Taruffo "Racionalidad y crisis de la ley procesal" (traducido por la profesora Fernández López)[5] en el que plantea las disfunciones del sistema procesal actual, los motivos de su crisis y algunas reflexiones para su mejora. Este estudio del autor italiano ha servido de guía para el desarrollo de las ideas que aquí se plasmarán.

2. La racionalidad de la legislación procesal según el profesor Taruffo

El profesor Taruffo sostiene que "un sistema procesal óptimo es aquel en el cual la ley procesal es racional, tanto en el sentido de la coherencia como en el sentido de la funcionalidad instrumental"[6].

En relación con la primera de estas características, el autor italiano define como una ley procesal coherente aquella que es "ordenada, unitaria, completa y simple en un nivel apreciable"[7]. Así, el orden hace referencia a la secuencia en la cual vienen reguladas las

---

Storia della Cultura Giuridica, no. 1 (1989); Michele Taruffo, *La motivazione della sentenza civile* (Padova: Cedam, 1975); Michele Taruffo, "Situazioni probatorie. Aspetti logici della decisione sui fatti". *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, vol. 68, no. 2 (2013); Michele Taruffo, "Addio alla motivazione?", *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, vol. 68, nº 1, (2014); Michele Taruffo, *La motivación de la sentencia civil,* traducción de Córdova Vianello, Lorenzo (Madrid: Trotta, Madrid, 2011).

4 Entre otros trabajos pueden leerse Michele Taruffo, "Considerazioni sparse su mediazione e diritti". *Ars Interpretandi*, no. IX (2004); Michele Taruffo, "Considerazioni sulla teoria chiovendiana dell'azione". *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, vol. 57, no. 4 (2003); Michele Taruffo, "Considerazioni sulle massime l'esperienza", *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. vol. 63, no. 2 (2009); Michele Taruffo, "Cultura e proceso", *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, vol. 63, no. 1 (2009); Michele Taruffo, "La Corte di cassazione e la legge", *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, no. 2, (1990); Michele Taruffo, "Leyendo a Ferrajoli consideraciones sobre la jurisdicción". *Doxa*, no. 31 (2008); Michele Taruffo, "L'organizzazione giudiziaria in Cina". *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, no. 3 (1987); Michele Taruffo, "Ley y juez en el 'Rule of Law' inglés y en el constitucionalismo italiano", en *La Experiencia jurisdiccional: del estado legislativo de derecho al estado constitucional de derecho* (Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1999); Michele Taruffo, "Orality and writing as factors of efficiency in civil litigation", traducido por Esther Monzó. en *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente: Ponencias generales e informes nacionales,* editada por Capri, Federico y Ortells, Manuel (Valencia: Universitat de Valencia, 2008); Michele Taruffo, "Per la chiarezza di idee su alcuni aspetti del processo civile". *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, vol. 63, no. 2 (2009).

5 Taruffo, "Racionalidad".

6 Taruffo, "Racionalidad", 312-313.

7 Taruffo, "Racionalidad", 312.

actividades procesales o las relaciones entre normas generales y disposiciones específicas; la unidad se cumple cuando existe un código procesal con pocas normas situadas fuera del mismo; la plenitud se verifica cuando la ley procesal regula de una forma suficientemente analítica, sin margen para la interpretación; y, finalmente, la simplicidad concurre si el proceso ideado no es complejo.

Por lo que a la segunda de las características hace referencia, la funcionalidad instrumental de la ley procesal está encaminada a que el proceso sirva adecuadamente a los fines de la administración de justicia y —si bien ello dependerá, por tanto, de cuáles son tales objetivos— el profesor Taruffo sostiene que "lo que se espera de un proceso son cosas como la actuación de la ley en el caso particular, la formulación de decisiones justas y la efectiva tutela de los derechos de los sujetos interesados"[8].

Con la intención de que todo modelo procesal presente y futuro sea racional en estos términos, Taruffo identificó unas líneas maestras de actuación.

En primer lugar, el profesor de Pavía aboga por una "decidida mutación en la cultura procesalista" que vire hacia la globalización del análisis, la comparación y el estudio interdisciplinar de los temas relativos a la justicia y a la ley procesal[9]. Para ello, la doctrina debiese abrir el prisma a otros ordenamientos jurídicos ajenos y a otras áreas técnicas de interés (sociología, psicología, análisis del lenguaje, economía…) en la aplicación eficiente de la norma procesal.

En segundo lugar, el autor de "Racionalidad y crisis de la ley procesal" señala que "es necesaria la recuperación y la reformulación de los valores fundamentales y de los principios generales que se consideran válidos para el proceso civil y penal en los ordenamientos avanzados en este momento histórico y para un previsible futuro"[10]. Esto significaría un análisis profundo de los derechos y garantías procesales y de la propia estructura del proceso.

Finalmente, un tercer objetivo en la formulación de un modelo procesal racional es el de "una necesaria redefinición sistemática de los instrumentos de tutela procesal"[11].

Estas ideas señaladas por el autor a final del siglo XX están todavía tan vigentes como cuando fueron formuladas y sirven para una acertada aproximación al estado de la cuestión.

---

8 Taruffo, "Racionalidad", 312.

9 Taruffo, "Racionalidad", 319.

10 Taruffo, "Racionalidad", 319.

11 Taruffo, "Racionalidad", 320.

3. Las crisis de la racionabilidad de la legislación procesal señaladas por el profesor Taruffo

Tras señalar las claves de un sistema procesal racional, el profesor italiano identifica dos importantes disfunciones del sistema procesal que impactan en su coherencia y en su funcionalidad. Las razones de esta crisis de la ley rituaria son muy variadas y complejas, pero Taruffo apunta algunos factores.

Uno de ellos es "la violenta aceleración de las transformaciones socio-económicas" que se traduce en dificultades del legislador procesal para "reaccionar tempestivamente […], por razones institucionales [.., o] por razones prácticas, […] que se traducen en retrasos, lagunas, confusión, bajo nivel cualitativo de las normas y ausencia de un diseño orgánico en la base de la disciplina legal del proceso"[12].

Otro de los motivos señalados es "la creciente influencia […] de estímulos "corporativos" de diversa naturaleza" que afectan irremediablemente a decisiones de política criminal, bien instando la modificación legislativa en un sentido, bien oponiéndose a la misma[13].

Una tercera causa que puede haber contribuido a la crisis de la racionalidad del proceso es "la falta de certeza que se manifiesta en torno a los fines fundamentales de la administración de justicia […] que se refleja "hacia atrás" en el modo de concebir y configurar la ley procesal, provocando conflictos y confusiones"[14].

3.1 La crisis de coherencia

Considera el profesor Taruffo que las normas de esta disciplina deben ser coherentes, para lo que han de estar ordenadas y ser completas y sencillas. Este autor achaca la crisis de coherencia que sufre la legislación procesal a las tres razones que siguen a continuación**.**

3.1.1 La creación de estatutos jurídicos privilegiados en la legislación procesal

Frente a la necesidad de que la ley procesal esté ordenada y sea única, el académico italiano considera que una de las causas principales es la fragmentación, derivada, principalmente, de "la extendida tendencia a crear "estatutos privilegiados" de naturaleza procesal para particulares grupos o categorías de personas"[15]. En este sentido afirma que la creación de estos procesos especiales cada vez más numerosos referidos a un grupo cualificado

12 Taruffo, "Racionalidad", 317.

13 Taruffo, "Racionalidad", 317.

14 Taruffo, "Racionalidad", 313-314.

15 Taruffo, "Racionalidad", 313.

de sujetos "en una especie de 'carrera de privilegios'" se constituye como "islas de tutela eficiente para determinados individuos sobre un fondo de tutela ineficiente reservada para el ciudadano 'común'"[16].

A este respecto, el profesor Gimeno Sendra ya definía en 1987 como "una selva de procedimientos especiales" el resultado de una política legislativa que derivó en la creación de cuatro procedimientos especiales y de más de sesenta especiales y sumarios[17].

Esta perspectiva resulta sumamente interesante, en tanto que la configuración de estos procedimientos especiales se construye, precisamente (y en su gran mayoría), para colectivos vulnerables que necesitan de un tratamiento desigual para alcanzar un resultado equiparable.

En este contexto, cobra especial relevancia el concepto de "discriminación por indiferenciación", formulado inicialmente en la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos Thlimmenos C. Grecia, de 6 de abril de 2000[18]. Dicha expresión hace referencia a "la falta de distinción entre supuestos desiguales"[19], esto es, a no dispensar un trato jurídico idéntico a dos o más situaciones fácticas que son diferentes[20]. El Tribunal Constitucional español se ha referido a este principio, advirtiendo, en todo caso, que "el art. 14 CE reconoce el derecho a no sufrir discriminaciones o diferenciaciones carentes de justificación objetiva y razonable, pero no ampara el hipotético derecho a imponer o exigir diferencias de trato, resultandoajena al ámbito del mencionado derecho fundamental la discriminación por indiferenciación"[21]. Entiende, así, el intérprete constitucional que la formulación de discriminación positiva frente a situaciones distintas son opciones legislativas que no responden a una exigencia derivada del derecho a la igualdad.

Por consiguiente, es necesario alcanzar un equilibrio en el que la legislación común proteja las particularidades de los colectivos vulnerables sin que ello signifique la creación de estatutos jurídicos privilegiados y diferenciados.

---

16 Taruffo, "Racionalidad", 313-314.

17 Vicente Gimeno Sendra, "Causas históricas de la ineficacia de la Justicia", *Revista de Derecho procesal*, no. 2 (1987): 270.

18 Disponible en http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58561

19 STC 88/2001, de 2 de abril.

20 Al respecto puede leerse Edorta Cobreros Mendazona, "Discriminación por indiferenciación: estudio y propuesta", *Revista Española de Derecho Constitucional*, no. 81 (septiembre-diciembre, 2007).

21 STC 328/2007, de 12 de julio. En el mismo sentido, véanse las SSTC 86/1985; 52/1987, de 7 de mayo, FJ 3; 109/1988; 48/1989, de 21 de febrero, FJ 5; 308/1994, de 21 de noviembre, FJ 5; 164/1995; 137/1998, de 29 de junio; 36/1999, de 22 de marzo, FJ 4; 88/2001, de 2 de abril; 257/2005, de 24 de octubre; 69/2007, de 16 de abril, FJ 4; 15/2017, de 2 de febrero. También el ATC, sección Cuarta, 301/2001, de 10 de diciembre ha señalado que "el principio de igualdad del art. 14 CE no puede fundamentar un reproche de discriminación por indiferenciación".

3.1.2 La legislación procesal incompleta

Otro de los elementos relevantes relativos a la crisis de la coherencia de la legislación procesal reside en su tendencia, cada vez en mayor medida, a hacerse incompleta, tanto en el plano formal, como sustancial[22].

Las normas procesales no acostumbran a acompasar la complejidad de las relaciones sociales (y, por tanto, también jurídicas), lo que conlleva, a juicio del autor italiano, a un aumento en el número de los sujetos de hecho no tutelados en vía jurisdiccional, bien porque faltan instrumentos procesales, bien porque existen lagunas que impiden de hecho el acceso a la tutela jurisdiccional[23]. Esto último ocurre con el acceso de quienes carecen de recursos económicos suficientes. A estos efectos, si bien son muchos los ordenamientos jurídicos que prevén sistemas de asistencia jurídica gratuita, es preciso analizar si tales instrumentos garantizan un acceso real a la justicia.

En España el artículo 119 de la Constitución sostiene que "la justicia será gratuita cuando así lo disponga la ley y, en todo caso, respecto de quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar", por lo que se reconoce constitucionalmente este derecho instrumental de acceso a la jurisdicción[24]. Sin embargo, la Carta Magna delega en el legislador la regulación del contenido y de las concretas condiciones de este derecho prestacional. La legislación contempla el reconocimiento directo de este derecho para determinados sujetos de forma automática (víctimas de violencia de género, de terrorismo y de trata de seres humanos en procesos que deriven o sean consecuencia de su condición de víctimas; menores de edad y las personas con discapacidad psíquica cuando sean víctimas de situaciones de abuso o maltrato; víctimas de un accidente con secuelas permanentes que les impidan realizar tareas propias de su ocupación laboral o profesional habitual y requieran ayuda de otras personas para las actividades más esenciales de la vida diaria, cuando el objeto del litigio sea la reclamación de indemnización por los daños sufridos…) y para aquellos con insuficiencia de recursos económicos para litigar[25]. La concreción de estos últimos sujetos se realiza a través de una fórmula en atención a un indicador o referencia del nivel

---

22 Taruffo, "Racionalidad", 314.

23 Taruffo, "Racionalidad", 314.

24 Cristina Velasco Jiménez, "El Derecho a la asistencia jurídica gratuita: normativa esencial. Aplicación de la misma. Criterios jurisprudenciales del Tribunal Constitucional relativos al derecho de asistencia jurídica gratuita". *Diario La Ley*, no. 9827, sección Tribuna, (12 de abril de 2021): 6.

25 Regulan este derecho el artículo 20 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que señala que "La justicia será gratuita en los supuestos que establezca la ley", y la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, desarrollada por el Real Decreto 141/2021, de 9 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de asistencia jurídica gratuita (que sustituye al Real Decreto 996/2003, de 25 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de asistencia jurídica gratuita). En el ámbito penal también es aplicable la Directiva (UE) 2016/1919 del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de octubre

de renta que sirve para conceder determinadas prestaciones, beneficios o servicios públicos (el indicador público de renta de efectos múltiples, conocido por sus siglas: IPREM)[26]. La asociación del reconocimiento de este derecho a tal referencia pública no está exenta de críticas, e, incluso, lamentablemente, llegó a significar que en el año 2020 quienes percibiesen el Salario Mínimo Interprofesional y no tuviesen cargas familiares no pudiesen acogerse al derecho a la justicia gratuita[27].

Parece necesario, en todo caso, arbitrar un sistema que impida que un porcentaje importante de la ciudadanía quede al margen del reconocimiento de este derecho. En este sentido, el intérprete constitucional español sostiene que "la justicia gratuita debe reconocerse a quienes no puedan hacer frente a los gastos originados por el proceso […] sin dejar de atender a sus necesidades vitales y a las de la familia, al objeto de que nadie quede privado del acceso a la justicia por falta de recursos económicos. Dicho en otras palabras, deben sufragarse los gastos procesales de quienes, de exigirse ese pago, se verían en la alternativa de dejar de litigar o poner en peligro ese mínimo de subsistencia personal o familiar"[28].

Téngase presente en relación con la onerosidad que son variados y cuantiosos los gastos del proceso (honorarios de abogado y procurador, publicación de anuncios o edictos en periódicos oficiales, asistencia pericial, obtención de copias, testimonios, instrumentos y actas notariales, derechos arancelarios, etc.) y que no todos están cubiertos por la asistencia jurídica gratuita en España[29]. Además, y a mayor abundamiento, algunos ordenamientos jurídicos, también prevén la obligación para el litigante de afrontar el pago de tasas judiciales *ab initio*[30], lo que afecta al acceso a la justicia de quienes tienen escasos recursos económicos.

---

de 2016 relativa a la asistencia jurídica gratuita a los sospechosos y acusados en los procesos penales y a las personas buscadas en virtud de un procedimiento de orden europea de detención.

26 Art. 2 Real Decreto Ley 3/2004, de 25 de junio.

27 Esto ocurrió en el año 2020, cuando la subida del Salario Mínimo Interprofesional alcanzó los 12.780 euros anuales, el doble del IPREM. Esta situación era distinta en el año anterior (en el que el SMI 2019 ascendía a 12.600 euros anuales) y en el 2021 (dado que se aumentó el IPREM un 5% hasta 564,73 euros, lo que permite incrementar el número de personas que pueden acceder al beneficio de la justicia gratuita).

28 STC 16/1994, de 20 de enero. Véanse también las SSTC 95/2003, de 22 de mayo; 9/2008, de 21 de enero.

29 En España, estos conceptos están regulados en el artículo 6 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita.

30 Al respecto, pueden leerse Vicente Gimeno Sendra, "Tasas judiciales y financiación de la justicia*", Revista General de Derecho Procesal*, no. 39 (2016); Andrés Jiménez Díaz, "Los efectos de la sentencia del Tribunal Constitucional sobre las tasas judiciales: situaciones transitorias y posibilidad de devolución de lo ingresado", *Diario La Ley*, no. 8834 (29 de septiembre de 2016); Virginia Pardo Iranzo, "La aplicación de las tasas judiciales en el proceso de ejecución civil: aspectos controvertidos", *Diario La Ley*, no. 8259 (26 de febrero de 2014); Fernando Álvarez-Ossorio Micheo, "Tasas judiciales: entre principio de proporcionalidad y política de derechos fundamentales", *Revista Española de Derecho Constitucional*, no. 100 (2014); Julio Banacloche Palao, "El derecho de los ciudadanos a acceder a la justicia: tasa judicial y tutela efectiva", en *Por el derecho y la libertad: libro homenaje al Profesor Juan Alfonso Santamaría Pastor. Vol. I: Garantías constitucionales y judiciales del ciudadano* (Madrid: Iustel, 2014); Juan Luis Beltrán Aguirre, "Las nuevas tasas judiciales y los derechos

Sería deseable una justicia plena y universalmente gratuita, a fin de garantizar correctamente el acceso de los ciudadanos al instrumento del Estado para la resolución objetiva de las controversias[31].

3.1.3. La legislación procesal compleja y confusa

Este tercer fenómeno que afecta a la crisis de coherencia de la legislación procesal tiene su origen en la elaboración de normas de forma apresurada que "muy frecuentemente […] emana del impulso de exigencias eventuales, o del intento de encontrar remedios rápidos a cada uno de los problemas de disfuncionalidad del sistema"[32]. Estas reformas en ocasiones son, además, parciales e inestables "al margen de todo diseño orgánico y sistemático de reforma del proceso"[33]. Ello resulta un ordenamiento fragmentado y técnicamente defectuoso.

A este respecto, el profesor Gimeno Sendra señalaba, en su última monografía, que

> Para hacer más sencilla, más fácil o menos complicada nuestra justicia, se hace necesario posibilitar, con toda su amplitud, el ejercicio del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y, para ello, en mi opinión, debería cumplirse con las siguientes exigencias constitucionales: 1) Ha de existir un libre acceso de los ciudadanos a sus tribunales; 2) pero también el ordenamiento ha de otorgar la posibilidad de evitar dicho acceso y acudir a equivalentes jurisdiccionales; siempre y cuando los principios dispositivo y de oportunidad lo autoricen; 3) la organización judicial ha de evitar la indebida creación de órganos jurisdiccionales especializados o su provisión mediante no menos indebidas certificaciones que infrinjan los principios constitucionales de "capacidad y mérito"; 4) en cualquier caso, el acceso del ciudadano justiciable a sus tribunales y al proceso lo ha de ser con pleno reconocimiento de su derecho de defensa, pero también directo, sin intermediarios, y en términos inteligibles 5) el sistema procedimental debiera contar con uno o a lo sumo dos procesos ordinarios y un escaso un número de procesos especiales, que eviten la proliferación de la excepción del procedimiento inadecuado; 6) el proceso ordinario ha de estar informado por el principio de oralidad en la fase probatoria, tanto en la primera instancia, como en la de apelación. En el proceso penal, se ha de garantizar el derecho a la última palabra en todas las instancias, incluida la casación, cuando se haya de condenar al absuelto o gravar con mayor penalidad al condenado; 7) asimismo debiera de contar con determinadas obligaciones procesales y resoluciones provisionales

fundamentales a la tutela judicial efectiva y a la igualdad en la ley", *Revista Aranzadi Doctrinal*, no. 10, (2013); Vicente, Gimeno Beviá, "El acceso a la justicia de los empresarios. Análisis de la ley de tasas tras la STC 140/2016, de 21 de julio de 2016", *Revista General de Derecho Procesal*, no. 41 (2017); Alicia González Alonso, "Las tasas judiciales (o sobre la aflicción) desde la perspectiva constitucional", *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, no. 27 (2013-I).

31 Velasco Jiménez, "El derecho a la asistencia", 6.

32 Taruffo, "Racionalidad", 314.

33 Taruffo, "Racionalidad", 314.

que garanticen los fines del proceso; 8) el proceso penal de cumplir la totalidad de sus fines constitucionales: no solo la aplicación del derecho estatal de penar, sino también la obtención de la tutela de la víctima y, en la medida de lo posible, la reinserción del imputado. Para ello, ha de cohonestar el derecho de defensa y el acusatorio con la celeridad y eficacia que la sociedad demanda, y 9) la tutela judicial que se dispense ha de ser ética, eficaz, pronta y material, debiéndose desterrar, como regla general, las resoluciones absolutorias en la instancia[34].

Es claro que un sistema procesal coherente que sea general, completo y sencillo contribuirá a un modelo de justicia más eficiente y solvente.

3.2 La crisis de funcionalidad

La crisis de la funcionalidad de la legislación procesal y, en particular, de su efectividad, se hace patente en "los retrasos cada vez más largos de la justicia, frente a la creciente necesidad de soluciones rápidas y eficaces de las controversias"[35].

Tal y como se ha reiterado en innumerables ocasiones, "una justicia lenta no es justicia", pues aquella resolución judicial que da respuesta a un conflicto jurídico de forma tardía no ampara, en muchas ocasiones, la tutela judicial efectiva. El paso del tiempo puede conllevar que se haya desdibujado el conflicto de origen o, por el contrario, que se haya agravado todavía más.

La doctrina advierte diversas causas de estos retrasos temporales, como el dinamismo económico de nuestra sociedad que eleva el tráfico mercantil, el incremento demográfico o la cultura al ejercicio de la potestad de reacción del ciudadano[36]. Estas razones, en todo caso, deben motivar la creación de nuevos juzgados y del personal adecuado para el mantenimiento de una justicia de calidad.

Ello, no obstante, aunque la celeridad de los procesos es la piedra angular de cualquier metodología de evaluación de la calidad de la Justicia, la rapidez no es sinónimo de

---

34 Vicente Gimeno Sendra, *La simplificación de la justicia* (Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2020): 13-14.

35 Taruffo, "Racionalidad", 315. Al respecto, el autor señala que esto ha contribuido a la búsqueda de fórmulas alternativas de solución de controversias (ADR, que incluye el arbitraje), auspiciadas, incluso, por el propio legislador. Taruffo sostiene que el creciente uso de estas herramientas es una señal de la crisis de la justicia ordinaria y que se derivan inconvenientes, injusticias, degeneraciones y desigualdades de su funcionamiento. Con todo y con ello, el profesor italiano defiende que estos instrumentos son una "solución de reserva". Precisamente en relación con estas vías no jurisdiccionales de resolución de litigios Martín Diz defiende un "derecho a justicia" que contemple todas las vías de satisfacción de los intereses dignos de protección más allá de la jurisdiccional, en Fernando Martín Diz, "El derecho fundamental a la justicia" *Revista de Derecho político*, no. 106 (septiembre-diciembre 2019): 13-42.

36 Juan José González Rivas, "Reflexiones sobre la lentitud de la justicia" *Cuadernos de derecho judicial,* no. 13 (2007), 443.

solvencia[37]. Los procesos judiciales, por su propia naturaleza, necesitan de un tiempo para su examen y resolución, sin que sea admisible su injustificado alargamiento[38].

Sin embargo, resulta complejo determinar el tiempo necesario para dictar la resolución de un asunto sin incurrir en dilación[39]. Al respecto, pueden servir como parámetros de duración razonable del proceso las siguientes: la complejidad de la causa, el objeto del procedimiento, el comportamiento de las partes, del Magistrado o Tribunal o de cualquier otro sujeto llamado a concurrir en el procedimiento, la naturaleza del derecho para el que se pide reparación, el daño patrimonial y no patrimonial, la competencia por territorio o el *quantum*[40]. Pero no son los únicos elementos, pues, como señalaba Gimeno Sendra, esto conlleva una vulneración a la tutela judicial efectiva, además de que hayan sido emanadas en un periodo desorbitado de tiempo, por ejemplo, aquellas resoluciones en materia de reclamaciones de cantidad deducidas ante órganos jurisdiccionales de países con una alta tasa de inflación que no adopten medidas de revalorización[41].

En todo caso, el excesivo paso del tiempo se traduce en un incremento de costes para el litigante. Lo que afecta, como señala Taruffo, de manera desigual a las partes en función de su situación económica previa[42]. Los sujetos con mayores recursos económicos pueden permitirse dilatar en mayor medida su personación en el proceso a lo largo de las distintas

---

37 Así lo advierte Carlos J. Moreiro, *La invocación del plazo razonable ante el Tribunal de Justicia* (Madrid: Editorial Dykinson, 2012), 14.

38 Vicente Gimeno Sendra, "El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas", *Poder Judicial*, Número especial, no. 1 (1988). Sobre la distribución del tiempo en el proceso, el plazo razonable y las dilaciones indebidas, véase Cristina Riba Trepat, *La eficacia temporal del proceso. El juicio sin dilaciones indebidas.* (Barcelona: Bosch, 1997).

39 Véanse al respecto las SSTC 160/2004, de 4 de octubre, 38/2008; 119/1983, de 14 de diciembre; 5/1985, de 23 de enero; 223/1988, de 24 de noviembre; 50/1989, de 21 de febrero; 81/1989, de 8 de mayo; 83/1989, de 10 de mayo; 10/1991, de 17 de enero; 73/1992, de 13 de mayo; 215/1992, de 1 de diciembre; 69/1993, de 1 de marzo; 179/1993, de 31 de mayo; 69/1994, de 28 de febrero; 324/1994, de 1 de diciembre; 7/1995, de 10 de enero; 20/1995, de 24 de enero; 10/1997, de 14 de enero; 53/1997, de 17 de marzo; 21/1998, de 27 de enero; 78/1998, de 31 de marzo; 99/1998, de 4 de mayo; 140/1998, de 29 de junio; 32/1999, de 8 de marzo; 43/1999, de 22 de marzo; 58/1999, de 12 de abril; 160/2004, de 4 de octubre; 94/2008, de 21 de julio; 54/2014, de 10 de abril; 58/2014, de 5 de mayo; 89/2014, de 9 de junio; 99/2014, de 23 de junio; 4/2015, de 27 de abril; 63/2016, de 11 de abril; 76/2016, de 25 de abril; 75/2016, de 25 de abril; 77/2016, de 25 de abril; 89/2016, de 9 de mayo; 103/2016, de 6 de junio; 129/2016, de 18 de julio.

40 Anna Maria Nico, *La ragionevole durata del processo negli ordinamenti integrati d'Europa* (Bari: Cacucci Editore, 2012), 90 y ss., que cita la Ley 89/01, de 24 de marzo italiana y la Convención europea. Al respecto, Rivas, "Reflexiones sobre", examina la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la concreción del "plazo razonable".

41 Gimeno Sendra, "El derecho a un proceso", 47-62, en el que realiza un interesante estudio sobre la materia.

42 Taruffo, "Racionalidad", 315.

instancias, algo inasumible para quienes son más débiles en este sentido, que sufren "en mayor medida las disfunciones del sistema"[43].

Esta lentitud (más allá de los —nada desdeñables— efectos en el ejercicio de la tutela judicial efectiva), además, aqueja a la percepción negativa de los ciudadanos frente al proceso judicial, que acaban desconfiando del proceso como mecanismo útil para garantizar la paz social.

A nadie se le escapa que la saturación actual de los juzgados[44] incide de forma inequívoca en el ejercicio de la tutela judicial efectiva[45]. Estas dilaciones derivadas de una sobrecarga de trabajo deben corregirse con una mayor asignación de recursos materiales y personales para la administración de justicia.

4. El acceso a la justicia de los colectivos vulnerables en una legislación procesal racional

Estos obstáculos para el desarrollo de una legislación procesal racional son generales, pero, como veremos, se acentúan para los colectivos vulnerables, que encuentran mayores dificultades en el acceso real a la justicia.

Las Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad consideran que están en tal situación "aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico".

Si bien es cierto que formalmente no se advierte gran cantidad de impedimentos para el ejercicio de este derecho fundamental, el examen de la cuestión permite advertir evidencias de cierta discriminación institucional. La discriminación supone, también, una afectación negativa del acceso a la justicia igualitario. Y ello como resultado de dos causas vinculadas

---

43 Taruffo, "Racionalidad", 315. El autor señala que el sujeto social y económicamente "fuerte" (como las aseguradoras, organizaciones de ventas, bancos, etc.) utilizan, incluso, operaciones de "política judicial".

44 Puede verse el porcentaje de pendencia de los asuntos de los órganos del Poder Judicial en https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estadistica-por-temas/Actividad-de-los-organos-judiciales/Juzgados-y-Tribunales/Indicadores-clave/. Los Tribunales advierten de la saturación que se producirá fruto de la crisis sanitaria del COVID-19, *vid*. Ángela Martialay, "El siguiente colapso por el Covid-19 será en los juzgados", *El Mundo*, 13 de abril de 2020. https://www.elmundo.es/espana/2020/04/13/5e8b20a2fc6c8337188b4614.html (última visita el 11 de junio).

45 Una interesante reflexión al respecto es la planteada en Teresa Armenta Deu, *Derivas de la justicia. Tutela de los derechos y solución de controversias en tiempos de cambios* (Madrid: Marcial Pons, 2021), especialmente, en el segundo capítulo, dónde la autora analiza posibles soluciones al desbordamiento de la administración de justicia, como el incremento del número de jueces, la modificación del sistema de acceso a la carrera judicial, la remisión de competencias a terceros o la desjudicialización de lo procesal.

entre sí: la traslación de los estigmas sociales a los operadores jurídicos (que son también, no lo olvidemos, ciudadanos sociales y políticos) y la infrarrepresentación de los colectivos vulnerables en las instituciones jurídicas, especialmente en puestos de mayor responsabilidad.

Así, sin ánimo exhaustivo, es posible citar discriminaciones en el acceso a la justicia por razón de género, de raza, por xenofobia o en casos de atención a la pobreza.

La discriminación por razón de género es advertida por diversos estudios y puede actuar, en ocasiones, como un condicionante que genera de forma acelerada otras vulnerabilidades, como la edad, la discapacidad o incapacidad inicial o sobrevenida, la nacionalidad, el lugar de residencia o la "ruralidad".

Son apreciables también determinados supuestos de discriminación por xenofobia en el acceso a la justicia. En este sentido, merecen especial mención la STC 95/2003, de 22 de mayo, que declaró inconstitucional el precepto que señalaba que solo se reconocía la asistencia jurídica gratuita a los extranjeros que "residan legalmente en España" y la STC 236/2007, de 7 de noviembre, que declaró inconstitucional la limitación de acceso a la asistencia jurídica gratuita de los extranjeros que no tuvieran la condición legal de residentes a determinados procesos. Tras este pronunciamiento, dicho derecho se puede ejercer por todos los ciudadanos, españoles o extranjeros, sin distinción de su situación jurídica administrativa.

Pero, además, los extranjeros sujetos a un proceso judicial se encuentran, en muchas ocasiones, con barreras idiomáticas que dificultan su acceso al proceso y el de su correcto desarrollo. A fin de paliar estos efectos, nuestra regulación procesal prevé el derecho a la traducción e interpretación como garantía procesal para el ejercicio del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, contribuyendo al cumplimiento de los principios de contradicción y equidad en el proceso. Ello no obstante, como destaca la doctrina, esta labor necesita de profesionales especialmente cualificados, en tanto que el campo judicial tiene un lenguaje especializado, rígidos protocolos de actuación, multiplicidad de registros de lenguas… Así, por ejemplo, es preciso diferenciar entre una traducción literal de las intervenciones y una interpretación de las mismas, que incluye aquellas referencias culturales y de contexto que suponen un mejor acercamiento a la realidad de los hechos. Por ello, la normativa europea ha insistido en la necesidad de que los servicios de traducción e interpretación judicial cumplan con unos estándares de calidad suficientes.

En relación con los extranjeros, el legislador español ha regulado, incluso, disposiciones sobre la base de la condición del investigado en un proceso penal, disponiendo, por ejemplo, que el juez autorizará expulsión del extranjero procesado o imputado —que no condenado— en un procedimiento judicial por delito o falta para el que la Ley prevea una

pena privativa de libertad inferior a seis años o una pena de distinta naturaleza, "salvo que, de forma motivada, aprecie la existencia de circunstancias que justifiquen su denegación".

En definitiva, debe garantizarse una correcta traducción e interpretación que contribuya a que las barreras idiomáticas no signifiquen un obstáculo al ejercicio de la tutela judicial efectiva y, con ello, es necesario adoptar medidas de compensación que contribuyan a eliminar los obstáculos que impidan o reduzcan un acceso efectivo a la justicia en términos igualitario de los migrantes, independientemente de su estatus migratorio.

Otro supuesto de discriminación en el acceso a la justicia es el racial que, si bien es menor en el ordenamiento jurídico español, sí es más habitual en el ámbito comparado. Así, en Latinoamérica la población afrocolombiana representa un sector poblacional con un salario y una esperanza de vida inferior que la media, además de una menor presencialidad en la administración de justicia y, ello, consecuentemente, afecta a la percepción por parte de las personas afrodescendientes de que no existe una vía judicial para su protección. Todo lo anterior, sin entrar en el interesante debate en torno a la justicia indígena.

En España, merecen especial referencia dos resoluciones de interés. La primera de ellas es la STC 214/1991, de 11 de noviembre, de la que fue ponente el profesor Gimeno Sendra, que resuelve un recurso planteado por una ciudadana judía que reclamaba la defensa de su honor respecto de unas declaraciones realizadas por el exjefe de las Schutzstaffel alemanas publicadas en un medio de comunicación español. El Tribunal Constitucional reconoce en este asunto la legitimación activa para la invocación de este derecho fundamental a la recurrente en nombre de todo el pueblo judío pero, además, señala el rechazo a que un Estado como el español, social, democrático y de derecho "ampare manifestaciones o expresiones destinadas a menospreciar o a generar sentimientos de hostilidad contra determinados grupos étnicos, de extranjeros o inmigrantes, religiosos o sociales [que] tienen el derecho a convivir pacíficamente y a ser plenamente respetados por los demás miembros de la comunidad social". Esta resolución es, por tanto, una declaración de intenciones que ensalza los valores de la dignidad de la persona y la igualdad como fundamentos del orden político y de la paz social.

Otra de las resoluciones interesantes en relación con la discriminación racial en el territorio español es la STEDH Muñoz Díaz c. España, que reconoce la pensión viudedad para una ciudadana casada por el rito gitano. Al respecto, el Tribunal de Estrasburgo sostiene que "la fuerza de las creencias colectivas de una comunidad culturalmente bien definida no puede ser ignorada" y que los Estados contratantes del Consejo de Europa han consensuado reconocer las necesidades particulares de las minorías y la obligación de proteger su seguridad, su identidad y su modo de vida "no solo con el objetivo de proteger los intereses de las propias minorías sino también para preservar la diversidad cultural, lo que beneficia

a la sociedad en su conjunto". Por ello, la mencionada sentencia reconoce el derecho pretendido a la demandante, tomando en consideración su pertenencia a la comunidad gitana, comunidad que tiene sus propios valores asentados y arraigados en la sociedad española ("una comunidad en el seno de la cual la validez del matrimonio según sus propios ritos y tradiciones no ha sido nunca discutida ni considerado este contrario al orden público por el Gobierno o por las autoridades nacionales, que incluso han reconocido en ciertos aspectos, la condición de esposa de la demandante").

Finalmente, aunque quizás como factor transversal a todos los supuestos anteriores, la pobreza también es una causa de discriminación.

Las barreras económicas, sociales (desconocimiento y desconfianza en las instancias estatales y temor a ser revictimizados) y educativas (complejidad de los procesos judiciales) asociadas a los ciudadanos que carecen de recursos económicos suficientes son un obstáculo para al acceso a la justicia. Lo anterior, porque la pobreza no solo incide en la capacidad económica para hacer frente a los gastos derivados del proceso, sino que, además, el litigante tiene que hacer otros esfuerzos económicos asociados al proceso, como los de desplazamiento. La ubicación de juzgados y tribunales alejados de zonas rurales o marginales redunda en una mayor necesidad de recursos económicos y logísticos (traslados, permisos en el trabajo, cuidado de hijos menores, si los hay, entre otros) de los litigantes, más acuciados para aquellos en los que el acceso a estos recursos está más limitado.

Téngase presente que la incapacidad de acceso a la justicia de quienes viven en la pobreza por tal motivo conlleva una mayor exposición a la pobreza y a la violación de sus derechos, lo que resulta en un círculo vicioso de exclusión del vulnerable. Así, por ejemplo, la incapacidad de hacer frente a las fianzas que pueden imponerse para eludir la adopción de medidas cautelares personales puede conllevar la pérdida de la libertad deambulatoria y, con ello, la pérdida de empleo y, consecuentemente, de ulteriores ingresos económicos. O, incluso, la condena y posterior registro de los antecedentes penales del acusado condenado le supone un obstáculo adicional para encontrar trabajo, más necesario —y dificultoso— para el ciudadano pobre.

Resulta necesario atender la situación de estos colectivos vulnerables para garantizar un acceso real de todos al sistema de justicia.

5. El acceso universal de acceso a la justicia en los Objetivos de Desarrollo Sostenible

Los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) de la ONU son una iniciativa impulsada por Naciones Unidas para dar continuidad a la agenda de desarrollo tras los Objetivos de Desarrollo del Milenio[46].

Resulta especialmente interesante para la materia objeto de este trabajo la meta decimosexta ("paz, justicia e instituciones sólidas"), que plantea el propósito de alcanzar el acceso universal a la justicia y la construcción de instituciones responsables y eficaces a todos los niveles[47]. En este sentido, este objetivo "constituye la columna vertebral de los ODS porque invoca la construcción de sociedades pacíficas e incluyentes" a través de "un aspecto vital para el logro de una convivencia pacífica y el desarrollo en igualdad de condiciones de todas las personas": el acceso a la justicia, que será efectivo si va acompañado desde el primer momento de las garantías procesales necesarias[48].

Pero las propuestas señaladas en este estudio también están encaminadas hacia otros ODS, como el primero ("fin de la pobreza"), el segundo ("hambre cero"), el tercero ("salud y bienestar"), el cuarto ("educación de calidad"), el quinto ("igualdad de género"), el octavo ("trabajo decente y crecimiento económico"), o décimo ("reducción de las desigualdades"), en tanto que una justicia de calidad contribuye al ejercicio y cumplimiento de estos objetivos.

En ellos, tiene una importancia capital el derecho procesal pues el sistema procesal de un ordenamiento jurídico es el reflejo de su modelo social y político y, por tanto, las fortalezas o las debilidades de la organización judicial de un país pueden contribuir a perpetuar —o, por el contrario, reducir, o, incluso, erradicar— las desigualdades sociales existentes.

Las asimetrías que puedan darse por la legislación procesal a los justiciables por razón de su género, de su origen, de su situación económica o de otra condición deben valorarse para la corrección de las desigualdades sociales existentes a fin de garantizar un tratamiento justo de los asuntos de los que conozcan.

---

46 Puede consultarse la web creada para tal efecto en https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/objetivos-de-desarrollo-sostenible/.

47 Sin embargo, Díaz Galán critica que "la lectura del Objetivo 16 nos pone de manifiesto la poca precisión que existe en torno a una noción concreta de la paz" pues "no ofrece […] una noción de qué se entiende por paz internacional y tampoco indica cuáles son las metas que los Estados persiguen en este sentido", Elena Díaz Galán, "Paz y Objetivos de Desarrollo Sostenible: la contribución del objetivo 16", en *Objetivos de Desarrollo sostenible y Derechos Humanos: paz, justicia e instituciones sólidas,* dirs. Fernández Liesa, Díaz Barrado; coord. Verdiales López, (Madrid: Instituto de Estudios Internacionales y Europeos Francisco de Victoria, 2018).

48 Florabel Quispe Remón. "Acceso a la justicia y Objetivos del Desarrollo Sostenible", en *Objetivos de Desarrollo sostenible y Derechos Humanos: paz, justicia e instituciones sólidas,* dirs. Fernández Liesa, Díaz Barrado; coord. Verdiales López, (Madrid: Instituto de Estudios Internacionales y Europeos Francisco de Victoria, 2018).

Una regulación procesal más eficiente y transparente en la construcción de instituciones judiciales más independientes, justas, sostenibles y solventes para la corrección de las desigualdades de los colectivos más desfavorecidos contribuye, de manera fundamental, al cumplimiento de los objetivos de Naciones Unidas para alcanzar sistemas procesales más modernos y sostenibles.

Bibliografía

Álvarez-Ossorio Micheo, Fernando. "Tasas judiciales: entre principio de proporcionalidad y política de derechos fundamentales." *Revista Española de Derecho Constitucional*, no. 100 (2014): 221-42. http://www.jstor.org/stable/24886787.

Arangüena Fanego, Coral. "El derecho a la interpretación y a la traducción en los procesos penales. Comentario a la directiva 2010/64/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de octubre de 2010". *Revista General de Derecho Europeo*, no. 24 (2011).

Ariza Colmenarejo, María Jesús. "Tutela jurisdiccional civil y penal del derecho a la igualdad, discriminación y violencia de género". En *Estudios sobre los diversos aspectos jurídicos del trabajo de la mujer.* Dir. Rosa Moya Amador; coord. Carolina Serrano Falcón, 373-390. Pamplona: editorial Aranzadi, 2016.

Armenta Deu, Teresa. *Derivas de la justicia. Tutela de los derechos y solución de controversias en tiempos de cambios*. Madrid: Marcial Pons, 2021.

Arrabal Platero, Paloma. "La prueba de la intromisión ilegítima en el Derecho fundamental al honor. Especial referencia a la STC 214/1991, de 11 de noviembre". En *Derecho probatorio y otros estudios procesales. Liber Amicorum: Vicente Gimeno Sendra*. 141-160. Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, 2020.

Banacloche Palao, Julio. "El derecho de los ciudadanos a acceder a la justicia: tasa judicial y tutela efectiva". En *Por el derecho y la libertad: libro homenaje al Profesor Juan Alfonso Santamaría Pastor. Vol. I: Garantías constitucionales y judiciales del ciudadano*. 343-371. Madrid: Iustel, 2014.

Barrere Unzueta, María Ángeles. "Género, discriminación y violencia contra las mujeres". En *Género, violencia y derecho.* Coords. Laurenzo Copello, Maqueda Abreu, Rubio Castro, 27-48. Tirant lo Blanch, 2008.

Beltrán Aguirre, Juan Luis. "Las nuevas tasas judiciales y los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva y a la igualdad en la ley". *Revista Aranzadi Doctrinal*, no. 10, (2013): 33-46.

Cobreros Mendazona, Edorta. "Discriminación por indiferenciación: estudio y propuesta". *Revista Española de Derecho Constitucional*, no. 81 (septiembre-diciembre, 2007): 71-114.

Cortina Orts, Adela. *Aporofobia, el rechazo al pobre: un desafío para la sociedad democrática*. Barcelona: Paidos Iberica, 2017.

Díaz Galán, Elena. "Paz y Objetivos de Desarrollo Sostenible: la contribución del objetivo 16". En *Objetivos de Desarrollo sostenible y Derechos Humanos: paz, justicia e instituciones sólidas.* Dirs. Fernández Liesa, Díaz Barrado; coord. Verdiales López, 249-262. Madrid: Instituto de Estudios Internacionales y Europeos Francisco de Victoria, 2018.

Fuentes Soriano, Olga. "Los procesos por violencia de género. Problemas probatorios tradicionales y derivados del uso de las nuevas tecnologías". *Revista General de Derecho Procesal*, no. 44 (2018).

Gimeno Beviá, Vicente. "El acceso a la justicia de los empresarios. Análisis de la ley de tasas tras la STC 140/2016, de 21 de julio de 2016". *Revista General de Derecho Procesal*, no. 41 (2017).

Gimeno Sendra, Vicente. "Causas históricas de la ineficacia de la Justicia". *Revista de Derecho procesal*, no. 2 (1987).

Gimeno Sendra, Vicente. "El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas". *Poder Judicial*, Número especial, no. 1 (1988): 47-60.

Gimeno Sendra, Vicente. "Tasas judiciales y financiación de la justicia*". Revista General de Derecho Procesal*, no. 39 (2016): 65-72.

Gimeno Sendra, Vicente. *La simplificación de la justicia.* Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2020. https://www.boe.es/biblioteca_juridica/abrir_pdf.php?id=PUB-DP-2020-182

González Alonso, Alicia. "Las tasas judiciales (o sobre la aflicción) desde la perspectiva constitucional". *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, no. 27 (2013-I): 157-182.

González Rivas, Juan José. "Reflexiones sobre la lentitud de la justicia". *Cuadernos de derecho judicial (Ejemplar dedicado a: La sociedad litigiosa),* no. 13, (2007): 408-443.

Jiménez Díaz, Andrés. "Los efectos de la sentencia del Tribunal Constitucional sobre las tasas judiciales: situaciones transitorias y posibilidad de devolución de lo ingresado". *Diario La Ley*, no. 8834 (29 de septiembre de 2016).

Martín Diz, Fernando. "El derecho fundamental a la justicia". *Revista de Derecho político*, no. 106 (septiembre-diciembre 2019): 13-42.

Moreiro, Carlos J., *La invocación del plazo razonable ante el Tribunal de Justicia.* Madrid: Editorial Dykinson, 2012.

Nico, Anna Maria. *La ragionevole durata del processo negli ordinamenti integrati d'Europa*. Bari: Cacucci Editore, 2012.

Pardo Iranzo, Virginia. "La aplicación de las tasas judiciales en el proceso de ejecución civil: aspectos controvertidos". *Diario La Ley*, no. 8259 (26 de febrero de 2014).

Quispe Remón, Florabel. "Acceso a la justicia y Objetivos del Desarrollo Sostenible". En *Objetivos de Desarrollo sostenible y Derechos Humanos: paz, justicia e instituciones sólidas.* Dirs. Fernández Liesa, Díaz Barrado; coord. Verdiales López, 235-248. Madrid: Instituto de Estudios Internacionales y Europeos Francisco de Victoria, 2018.

Rey Martínez, Fernando. "La sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 8 de diciembre de 2009, asunto 'Muñoz Díaz vs. España': ¿un caso de igualdad en general o de discriminación étnica en particular?". *Diario La Ley*, no. 7344 (2010).

Riba Trepat, Cristina. *La eficacia temporal del proceso. El juicio sin dilaciones indebidas.* Barcelona: Bosch, 1997.

Romero Moreno, José Manuel. *Proceso y derechos fundamentales en la España del siglo XIX*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

Taruffo, Michele. *La motivazione della sentenza civile*. Padova: Cedam, 1975.

Taruffo, Michele. "L'organizzazione giudiziaria in Cina". *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, no. 3 (1987): 757-772.

Taruffo, Michele. "La giustificazione delle decisioni fondate su "standards"". *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, no. 1 (1989): 151-173.

Taruffo, Michele. "La Corte di cassazione e la legge", *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, no. 2 (1990): 349-386.

Taruffo, Michele. "Ley y juez en el 'Rule of Law' inglés y en el constitucionalismo italiano". En *La Experiencia jurisdiccional: del estado legislativo de derecho al estado constitucional de derecho*, 141-160. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1999.

Taruffo, Michele. "Racionalidad y crisis de la ley procesal", traducción de Fernández López, M. *Doxa*, no. 22 (1999): 311-320.

Taruffo, Michele. "Consideraciones sobre prueba y verdad". *Derechos y Libertades,* no. 11 (2002): 99-124.

Taruffo, Michele. *La prueba de los hechos*, traducción de Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Trotta, 2002.

Taruffo, Michele. "Rethinking the standards of proof". *The American Journal of Comparative Law*, vol. 52, no. 3 (2003): 659-677.

Taruffo, Michele. "Considerazioni sulla teoria chiovendiana dell'azione". *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, vol. 57, no. 4 (2003): 1139-1147.

Taruffo, Michele. "Considerazioni sparse su mediazione e diritti". *Ars Interpretandi*, no. IX (2004): 97-118.

Taruffo, Michele. "Jueces y política: de la subordinación a la dialéctica". *Isonomía*, no. 22 (abril de 2005): 9-19.

Taruffo, Michele. "Tres observaciones sobre 'Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar' de Larry Laudan", traducción de Ferrer, Jordi. *Doxa*, no. 28 (2005): 115-126.

Taruffo, Michele. "La prova scientifica nel processo civile". *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, no. 4 (2005): 1079-1112.

Taruffo, Michele. "Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa", traducción de Gama, Raymundo. *Doxa*, no. 29 (2006): 249-271.

Taruffo, Michele. "Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa", *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, vol. 60, no. 2 (2006): 451-482.

Taruffo, Michele. "Leyendo a Ferrajoli consideraciones sobre la jurisdicción". *Doxa*, no. 31 (2008): 383-392.

Taruffo, Michele. "Orality and writing as factors of efficiency in civil litigation", traducido por Esther Monzó. En *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente: Ponencias generales e informes nacionales,* editada por Capri, Federico y Ortells, Manuel, 185-219. Valencia: Universitat de Valencia, 2008.

Taruffo, Michele. *La prueba*, traducción de Laura Manríquez y Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Marcial Pons, 2008.

Taruffo, Michele. "Per la chiarezza di idee su alcuni aspetti del processo civile". *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, vol. 63, no. 2 (2009): 723-730.

Taruffo, Michele. "Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa, traducción de Diana María Ramírez Carvajal. En *Constitución y proceso: actas del Seminario Internacional de Derecho Procesal "Constitucion y Proceso" llevado a cabo en el Campus de la Pontificia Universidad Católica del Perú entre el 22 y el 25 de setiembre de 2009,* 409-445. Lima: ARA, 2009.

Taruffo, Michele. "Conocimiento científico y criterios de prueba judicial". Traducción de Lucas Correa Montoya. En Taruffo, Michele y Ramírez Carvajal, Diana. *Proceso, prueba y estándar*, 31-52. Lima: ARA, 2009.

Taruffo, Michele. "Considerazioni sulle massime l'esperienza". *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. vol. 63, no. 2 (2009): 551-570.

Taruffo, Michele. "Cultura e proceso". *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, vol. 63, no. 1 (2009): 63-92.

Taruffo, Michele. *La motivación de la sentencia civil,* traducción de Córdova Vianello, Lorenzo. Madrid: Trotta, Madrid, 2011.

Taruffo, Michele. "Situazioni probatorie. Aspetti logici della decisione sui fatti". *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, vol. 68, no. 2 (2013): 497-506.

Taruffo, Michele. "Addio alla motivazione?". *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, no. 1 (2014): 375-388.

Velasco Jiménez, Cristina. "El Derecho a la asistencia jurídica gratuita: normativa esencial. Aplicación de la misma. Criterios jurisprudenciales del Tribunal Constitucional relativos al derecho de asistencia jurídica gratuita". *Diario La Ley*, no. 9827, sección Tribuna, (12 de abril de 2021).

VVAA. *La América de los derechos.* Coords. Santolaya Machetti, Pablo y Wences, Isabel. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2016.

CAPÍTULO II

La narrativa procesal y la dimensión epistemológica del proceso. Aproximaciones a la verdad desde la obra de Michele Taruffo[1]

Paula Andrea Pérez Reyes y Eddison David Castrillón García

1. Introducción

> Las historias modelan nuestra experiencia
> y nos proveen de esquemas en el mundo[2]

El gran procesalista Michele Taruffo, autor de numerosas obras tales como *Simplemente la verdad*[3], *La prueba*[4], entre otras, era amante de la ópera, del tango, de la literatura y de las artes plásticas. Esto se puede evidenciar al leer sus líneas, al coincidir con él en un pasillo e intercambiar palabras con él. Para iniciar esta introducción, cabe resaltar la experiencia personal con su obra, desde aquella comprensión de la realidad como un acontecimiento estético, pues fue la literatura la bella casualidad de la vida que ha servido de puente para descubrir aquellos apuntes que hacen de los libros del maestro Taruffo una lectura de la vi-

1 Capítulo de libro derivado del diálogo entre dos investigaciones: la investigación "Enfoque de Política Pública Contextual para implementar reformas procesales en Colombia articuladas con las Políticas Públicas y las Nuevas Tendencias del Derecho procesal Contemporáneo" —investigación avalada por el Grupo de Investigaciones en Derecho Procesal de la Universidad de Medellín, para optar por el título de Doctor en Derecho Procesal Contemporáneo de la Universidad de Medellín, Colombia— y la investigación "Fenomenología del sufrimiento, las voces en la respuesta ética del rostro", investigación para optar por el título de Doctora en Filosofía de la Universidad Pontificia Bolivariana.

2 Michele Taruffo, *La prueba*, traducción de Laura Manríquez y Jordi Ferrer Beltrán (Madrid: Marcial Pons, 2008), 48.

3 Michele Taruffo, *Simplemente la verdad* (Barcelona: Marcial Ponds, 2010).

4 Taruffo, *La prueba*.

vencia del procesalista, desde el paradigma epistemológico, pero no distante de la vida y del fenómeno del proceso. Experiencia que si bien, tiene un fundamento lógico, no toma distancia de la estética de la narración procesal, que revela las dimensiones de una experiencia en la que participan el juez y las partes, basando sus motivaciones en hechos y derecho, en donde la narración se convierte en una vivencia transversal sea cual sea la posición que se tome.

En primer lugar, en sus obras prima la pregunta por la verdad, pero, también, queda la inquietud por lo que se está dispuesto a hacer para conseguir dicha verdad. A lo largo de la obra de Taruffo aparece implícita la narración, con todos sus matices, para hacer de esta una praxis, pero también un acontecimiento ético y estético, cuyo desafío se enfrenta con matices que buscan hacer de aquel relato procesal una posibilidad de conocer, percibir y comprender dicha realidad, para cumplir un propósito: comprender el papel de la verdad a lo largo de la narración en el proceso.

El propósito de este capítulo consiste en comprender desde la obra de Michele Taruffo el papel de la narrativa procesal en el proceso como un instrumento epistemológicamente válido para el descubrimiento y la determinación de la verdad de los hechos en los que se funda la decisión judicial. Para alcanzar dicho propósito, en primer lugar, se hará una aproximación al concepto de narrativas procesales desde la obra *Simplemente la verdad* a fin de reconocer la importancia de la narración como herramienta para presentar los hechos y tocar la íntima convicción del juez. Luego, en segundo lugar, se abordará el modelo publicista y el rol del juez y las partes, con lo cual se presentará el escenario del derecho procesal contemporáneo, de cara a contextualizar el concepto de narrativas a la visión contemporánea del derecho procesal. Por último, se hará una aproximación al rol del juez y de las partes frente a la función epistémica del proceso en el modelo publicista, a partir de lo cual se analizará el papel las narrativas procesales el proceso como un instrumento epistemológicamente válido para el descubrimiento y la determinación de la verdad de los hechos en los que se funda la decisión judicial.

2. Narrativas procesales

> "no se habla aquí de Verdad Absoluta,
> dado que la verdad con las iniciales mayúsculas
> ha quedado patrimonio exclusivo de algunas metafísicas y religiones integristas,
> sino simplemente de la verdad
> que puede ser descubierta en el mundo incierto y frágil de las cosas humanas"[5]

[5] Michele Taruffo, "¿Verdad negociada?", traducción de Andrés Bordalí Salamanca, *Revista de Derecho Universidad Austral de Chile, vol. 21, no. 1,* (2008). http://revistas.uach.cl/index.php/revider/article/view/2350

Uno de los capítulos de la obra del Maestro Taruffo titulada *Simplemente la verdad*, genera gran fascinación por abordar un tema que hace parte de la experiencia vital de los abogados, esto es, la narración procesal. Cabe resaltar que el abogado vive de las historias y transita por las historias, narrar hace parte de su formación y de su quehacer.

Para abordar este tema de la narración en el marco del proceso, es fundamental, en primer lugar, hacer una aproximación a su concepto y elementos.

En el texto de Paul Ricoeur, "La vida en busca de un narrador", el autor señala la afirmación de Sócrates, cuando expresaba que "una vida no examinada no es digna de ser vivida"[6], exhortación que hace el pensador a Hipias o a Menón, según lo narra Platón en algunos de sus *diálogos*, lo cual implica la responsabilidad que tiene cada uno con su propia vida. Las reflexiones socráticas, conocidas gracias a la obra de Platón, el estilo de las obras de Sófocles o Eurípides son una *narración* de la vida filosófica en Atenas, lo cual establece una relación directa entre vida y narración, entre la realidad y lo que se cuenta de ella.

Ante esto surge una inquietud: ¿qué es una narración? En su obra *Poética*[7], Aristóteles se refería al concepto de narración como el elemento más significativo de la tragedia, pues si bien la epopeya[8] y los personajes son una parte notable de la obra, la narración es el fundamento crucial de la obra. Sin ella no existe la obra, sin mito no hay drama. El mito es entonces la construcción de la trama, es lo que pasa, hechos y acontecimientos, hasta el punto de giro que rompe con las expectativas y la cotidianidad de la vida: es la trama. Tal y como señala Ricoeur, es la suma de una serie de acontecimientos que en su individualidad no son elementos dispersos sino pilares de la narración misma[9].

La narración corresponde a la unidad de los sujetos y objetos del acontecer del mundo, de los hechos que pasan en la cotidianidad y de lo inesperado que pasa. De aquí que Ricoeur hable de una concordancia discordante o una discordancia concordante para referirse precisamente a la unión de lo uno y lo otro, a la unidad e individualidad de las acciones de la vida que constituyen la trama del existir en la realidad y la enunciación de unos hechos y luego, lo inesperado, la ruptura con esa cotidianidad, lo que implica una relación directa en la narración entre el orden y el caos.[10]

---

6 Paul Ricoeur, "La vida: Un relato en busca de un narrador", *Agora: Papeles de filosofía,* vol. 25, no. 2 (2006). https://minerva.usc.es/xmlui/bitstream/handle/10347/1316/Ricoeur.pdf?sequence=1

7 Aristóteles, *Poética* (Madrid: Alianza Editorial, 2013).

8 La epopeya corresponde al lenguaje poético, este se manifiesta en las obras a través de los cantos y de la forma de representar el mundo. Es una expresión y un estilo de narrar la vida con belleza y exaltación.

9 Paul Ricoeur, "La vida", 11.

10 Paul Ricoeur, "La vida", 11.

En las narraciones, los sujetos, sus acciones y la vida transcurren en un tiempo, siendo este un elemento importante en cualquier práctica de laboratorio de escritura. Ya que puede comprenderse como la configuración de la sucesión de un conjunto de hechos, de aquí que se pueda hablar de hechos concretos, que son la base de una narración. De esta manera, Aristóteles señala que una historia bien narrada, es decir, una trama bien construida, enseña algo (fábula). De esto cabe afirmar que la narración, no como una enunciación de acontece-res, sino como una historia viva, en constante movimiento, se interpreta, se reinterpreta y se relaciona con la vida de cada lector.[11]

Ricoeur señala, a propósito de Gadamer, que *vida* y *narración* no son antónimos, aun-que cada uno aborde prácticas disímiles. Por un lado, se encuentra el *mundo del texto,* es decir, aquella vivencia que el lector crea en su imaginación al leer las historias de un texto; por otro lado, se encuentra el *mundo del lector*, es decir, la vida y la realidad que acontece alrededor del lector se narra en los textos, sin embargo, también se vive en la imaginación del lector sin que se queden como memoria estéril en su cabeza, sino que, a su vez, sirven para reinventar su mundo; el mundo real; el mundo del lector.

La narrativa es una expresión del discurso que en parte es autorreferencial, temporal y comunicativa. En efecto, estos rasgos destacan al sujeto como un protagonista, quien, a través de su perspectiva, expresa sus vivencias y el modo cómo experimentó la realidad. Narrar es una forma discursiva que tiene un nexo estrecho con su tiempo y el lenguaje en su momento histórico, lo cual juega como elemento interpretativo del discurso. No se puede hablar de un solo lenguaje sino de todas las maneras en que se configura creando distintos usos de él. Por ende, el empleo del *quién*, *cómo*, *por qué*, *cuándo* hace parte de los distintos juegos del lenguaje.

El discurso narrativo tiene unas características esenciales, las cuales menciona Meza[12] con base en el texto que se mencionó de Ricoeur. Por un lado, la narración puede tener una particularidad, pero disponerse por una multiplicidad de ellas, es decir, su discurso puede encerrar representaciones visuales, observaciones y señales, ya que los autores de la narra-ción pueden ser todos aquellos que influyen en su dirección. Por otro lado, las narrativas hacen referencia a cualquier modo de pensar el tiempo, sea pasado, presente, futuro o hipo-tético y habitual. Cabe resaltar que, en estos aspectos señalados, el hecho de que los relatos siempre incluyen sucesos dignos de mención, por lo general tienen una carga emocional y moral que influye en la interpretación de aquel que lee o escucha lo narrado. Así como lo afirma Martha Nussbaum en su obra *Paisajes del pensamiento*.

---

11 Aristóteles, *Poética*, 45.

12 José Meza, "Narración y pedagogía: elementos epistemológicos, antecedentes y desarrollos de la pedagogía narrativa", *Actualidades Pedagógicas* no. 51 (enero-junio, 2008). https://ciencia.lasalle.edu.co/ap/vol1/iss51/4/pp.

> Las emociones, como ahora veremos, tienen una estructura narrativa. La comprensión de cada una de las emociones es incompleta a menos que su historia narrativa se comprenda y estudie por la luz que arroja sobre las reacciones presentes. Esto ya sugiere que las artes desempeñarán un papel esencial en la comprensión de uno mismo, pues las obras de arte narrativas de diferentes tipos (ya sean musicales, visuales o literarias) nos proporcionan información sobre historias de emociones que, de otro modo, difícilmente obtendríamos.[13]

En este fragmento tomado del texto *Paisajes del pensamiento*, Martha Nussbaum señala como idea central del párrafo el papel que juegan las obras de arte narrativas para comprender las emociones y el conflicto como algo más que un simple hecho o acontecimiento, entendiendo que cada suceso tiene un contexto subjetivo: ya sea cultural, familiar, religioso o filosófico. Por tal razón, se considera esencial el papel de las obras de arte narrativas para comprender un contexto que, de otra manera resulta ser incomprensible, pero que, a la luz de las obras de arte narrativas, se puede pensar como a partir del otro, se pueden entender emociones, necesidades e intereses que a simple vista no resultan ser comprensibles.

Las narrativas permiten entender aquellos aspectos del conflicto que se narra en los hechos que presentan las partes, cuyos acontecimientos reviven y se hacen presentes cuando convergen tensiones antagónicas entre las partes.

El elemento restaurador de la narrativa le permite al sujeto encontrarse con las versiones de los hechos y poder narrar lo indecible, para otorgarle voz a esos elementos emocionales que emergen del interior de los sujetos. Aquí cobra valor el papel del arte como una práctica liberadora, como una forma de resistencia a la amnesia social, y a la indiferencia colectiva para darle lugar a la construcción de nuevos escenarios donde deambulan distintas realidades.

> Es lo que quiere decir Proust cuando sostiene que ciertas verdades sobre las emociones humanas se transmiten mejor, de un modo verbal y textual, mediante una obra de arte narrativa: solo este tipo de obra mostrará de manera completa y precisa la estructura temporal interrelacionada de los "pensamientos" emocionales, incluyendo de forma especial las intermitencias del corazón entre reconocimiento y negación de la propia naturaleza necesitada.[14]

Una mirada inicial a este pasaje de Nussbaum, en lo referente al papel de las obras de artes narrativas en el marco de interpretación de las emociones, permite descubrir los diferentes matices de estas a partir de esa íntima convicción de aquel que lee e interpreta lo narrado.

---

13 Martha Nussbaum, *Paisajes del pensamiento. La inteligencia de las emociones* (Madrid: Editorial Paidós, 2008), 278.

14 Nussbaum, *Paisajes del pensamiento*, 272.

Para Meza es claro indicar que un relato es más que solo la suma de sucesos; pues, realmente esto que se narra, tiene un poder reflexivo en quien escribe y escucha la narración, no se trata de dar información, sino transmitir eso que se percibe en tiempo real, la manera en que se vive y se nota esa realidad. Por eso, Meza afirma que "el relato es una enunciación derivada de la perspectiva personal de un participante real o potencial que está situado de modo que algún desarrollo dramático temporal del suceso informado avanza desde ese punto de partida"[15]. Es decir que la narración tiene la cualidad de poner al sujeto en primera persona porque habla desde su subjetividad, hace una copia de la manera en que ve el mundo, cuenta cómo lo interpreta, entiende y habita. Su manera de comprender las vivencias depende de su formación, de su cultura, de su familia, en conclusión, la subjetividad del individuo depende de todo aquello con lo que se ha formado alrededor y que ha permitido concederle una manera de leer el mundo de la vida porque "a través de la narrativa el sujeto construye su identidad humana, social y cultural"[16].

Luego de esta ilustración a propósito del significado y el alcance de la narración, siguiendo a Michele Taruffo, cabe resaltar que en su obra *Simplemente la verdad*, las muy nombradas "narrativas" en las distintas disciplinas de las ciencias sociales y humanas, han sido usadas como fuente y como recurso investigativo desde varias corrientes y metodologías de investigación, en donde su "sobredimensionado uso" también es aplicable desde los contextos procesales, probatorios y de investigación sociojurídica; resaltando que "el derecho no es literatura y que una buena narración, desde el punto de vista literario, puede ser una mala narración desde el punto de vista del derecho"[17].

Cualquier experiencia con la narrativa encierra en sí misma lo que Michele Taruffo denominaría un tipo de credulidad, experiencia que ayuda a acoger y recibir todo el cúmulo de cosas que abarca una experiencia estética narrativa, las metáforas, las imágenes, los sentimientos y las ambigüedades. A propósito de la celebración de los 600 años de la Divina Comedia de Dante Alighieri, Taruffo, citando a Borges, en su texto *Siete noches*, afirma que para leer poemas es necesaria "la suspensión de la incredulidad". Sin embargo, en este caso no se trata de aquella narrativa con impresiones ilustradas y fantásticas, se trata de narrar la vida cotidiana para tocar la íntima convicción de un tercero que toma decisiones que impactan directamente la vida de las partes.

> Historias y narraciones son necesarias, tanto en el contexto del proceso como fuera de él, porque son los instrumentos principales mediante los cuales elementos de información

15 Meza, "Narración y pedagogía", 62.

16 Meza, "Narración y pedagogía", 65.

17 Taruffo, *Simplemente la verdad*, 52.

> fragmentarios y dispersos, y "piezas" de acontecimientos, pueden ser combinados y articulados como un conjunto de hechos coherente y dotado de sentido. Las historias modelan nuestra experiencia y nos proveen de esquemas del mundo.[18]

Se espera un ojo crítico que analice y separe la realidad de la ficción, las narraciones fantásticas de las narraciones verdaderas, pues son las narraciones procesales aquello que narran las partes en el proceso y que va dirigido al juez, en las que se presentan los aspectos fácticos y los aspectos jurídicos, de hecho y de derecho.

Frente a lo anterior, se resalta que mientras el análisis fáctico es objeto de prueba, los enunciados jurídicos son objeto de *interpretación, argumentación y justificación*[19]*;* sin embargo los enunciados jurídicos, y en general, lo que se narra y lo que se argumenta constituyen un todo encaminado a obtener la íntima convicción del juez, no obstante todo esto vinculado desde el contexto procesal a la verdad empírica, como presupuesto necesario[20] y es en este punto donde es necesario encuadrar la narrativa procesal atendiendo al modelo de justicia imperante en el Estado, que en nuestro caso es el modelo publicista y, de acuerdo con dicho modelo, establecer la dimensión epistémica del proceso y el papel de la narrativa procesal frente al papel del juez y las partes en el proceso.

3. El modelo publicista y el rol del juez y las partes en el proceso

El Derecho Procesal contemporáneo persigue la realización del valor justicia como interés superior del Estado, lo que implica que en el proceso civil se busque la verdad de los hechos que configuran el conflicto entre las partes. No obstante, el hecho de que el proceso civil así confeccionado como tendencia contemporánea encierre un interés público no significa que se aparta del principio dispositivo, pues es claro que queda a disposición de la parte el poner en movimiento el aparato jurisdiccional del Estado para hacer justicia respecto de un conflicto de naturaleza civil.

En este orden de ideas, el hecho de que el demandante formule y presente una demanda con el lleno de los requisitos legales, sigue atendiendo a una decisión privativa de la parte que desea acudir a un juez para que sea este quien dirima su conflicto; pero, de igual forma, también otras instituciones o figuras del derecho procesal como el allanamiento del demandado frente a las pretensiones de la demanda o la posibilidad de que las partes puedan renunciar parcial o totalmente a los términos, mientras que el juez debe cumplir estrictamente los términos legales, son manifestación del poder dispositivo de las partes en el proceso.

---

18 Taruffo, *Simplemente la verdad*, 48.

19 Taruffo, *Simplemente la verdad*, 54.

20 Taruffo, *Simplemente la verdad*, 52.

Sin embargo, es claro que el principio dispositivo es modelado por la concepción privada o pública que se tenga del proceso en el Estado, pues, el hecho de que se considere que el proceso civil sea un asunto de estricto interés solo de las partes, da cuenta de una concepción privada del derecho civil que apunta hacia una tendencia procesal puramente dispositiva. Por el contrario, concebir el proceso como un asunto público está mediado por la finalidad que se le endilgue al proceso civil en el Estado, lo cual significa, que, si la tendencia de los Estados en occidente luego de la segunda guerra mundial ha sido reformularse bajo la figura del Estado social de derecho, entonces el proceso civil también se reestructura bajo la premisa de que la administración de justicia en materia civil, al igual que en materia penal y administrativa, es un asunto de interés público.

3.1 La concepción pública del proceso civil y el modelo publicista

La concepción pública del proceso civil de la mano del modelo de Estado social de derecho estructurados a partir de constituciones políticas de posguerra, tiene efectos sobre múltiples aspectos que tienen que ver con elementos puntuales que dan cuenta de las actuales tendencias del derecho procesal contemporáneo en lo que atañe al rol del juez y de las partes frente al proceso y frente a su deber de colaboración, probidad y diligencia; de la función del derecho probatorio dentro del proceso, respecto de las cargas procesales de las partes y frente a las facultades oficiosas del juez; del papel de las garantías constitucionales frente al papel del juez, de las partes frente a la observancia de los principios procesales de concentración, oralidad, inmediación, celeridad, cargas probatorias y de otros principios vinculados al derecho fundamental del debido proceso, que como tendencia en los países de occidente se incorpora a los articulados constitucionales.

Frente al proceso se presentan dos extremos teóricos, que se han establecido en los sistemas procesales de los Estados de acuerdo con la concepción que se tenga sobre la naturaleza jurídica del proceso, a saber, las teorías privatistas del proceso y las teorías publicistas del proceso. Las primeras parten de la idea de que el conflicto de naturaleza civil es algo privativo de las partes, mientras que las segundas parten del interés superior del Estado en el proceso.

Sin embargo, no basta solo con afirmar lo anterior para dar por sentado unas bases epistemológicas acerca de la naturaleza del proceso, por lo que cabe aquí indicar que ambos extremos teóricos tratan de explicar la naturaleza del proceso de manera diferente:

Dentro de las teorías privatistas, por un lado, se encuentra la teoría contractualista, que sostiene que el proceso es un cuasicontrato entre las partes y el juez, en el cual las partes se comprometen a aceptar la decisión que emita el juez en su sentencia. Por otro lado, se

encuentra la teoría relacionista, que sostiene que el proceso es una relación tripartita en la cual el juez vincula al demandante y al demandado a partir de la norma procesal como medio.

Dentro de las teorías publicistas, por un lado, se encuentra la teoría que sostiene que el proceso es una situación jurídica, por lo que el derecho procesal demarca el rango de poderes y cargas procesales que configuran esa situación jurídica; por otro lado, se encuentra la teoría que sostiene que el proceso es un servicio del Estado, que implica una configuración del proceso como servicio público.

No obstante, aunque la tendencia contemporánea del derecho procesal se vincula a considerar el proceso desde una perspectiva publicista, cabe indicar que dicha tendencia precisa un tipo de proceso que, aunque pueda describirse como mixto, es decir, con aspectos dispositivos y aspectos inquisitivos, en realidad se trata de un tipo de proceso que tiene nombre propio y tiene naturaleza propia: el proceso social.

Este gran paso hacia un proceso social tiene antecedentes más allá del acaecimiento de las dos guerras mundiales. Dicho antecedente lo encontramos en 1895, cuando a Franz Klein, en la época del Imperio astro-húngaro, se le aprueba, en su calidad de ministro de Guardasellos, la propuesta de Reglamento procesal, que posteriormente —varias décadas después— fue acogida también en Italia en el Código Procesal Civil de 1940.[21]

En el reglamento de Klein se visualiza precisamente una naturaleza social del proceso judicial, como "un fenómeno social de masas […] que debe ser reglamentado como un instituto de bienestar"[22], lo cual se desprende de los dos grandes postulados de Klein:

> […] las controversias entre los particulares son "males sociales (*soziale Übel*) relacionados con pérdida de tiempo, dispendio de dinero, indisponibilidad infructuosa de bienes patrimoniales, fomento del odio y de ira entre las partes litigantes y de otras pasiones fatales para la convivencia de la sociedad […]
>
> b. el proceso, en la medida en que bloquea los bienes en espera de la decisión, incide en la economía nacional, en cuanto que toda "causa altera la pacífica colaboración, rompe ordenados nexos económicos, bloquea valores y los distrae de la ordinaria circulación. La sociedad tiene, de todos modos, un gran interés en sanar lo más rápidamente posible tales heridas sobre su propio cuerpo.[23]

---

21 Franco Cipriani, "En el centenario del reglamento de Klein (El proceso civil entre libertad y autoridad)", *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, no. 27 (2001). http://publicacionesicdp.com/index.php/Revistas-icdp/article/view/163

22 Cipriani, "En el centenario".

23 Cipriani, "En el centenario", 75

De acuerdo con lo anterior, en el reglamento de Klein se estructura un proceso en el que el juez dirige o administra el proceso desde su principio hasta el final, lo que implica estar dotado de poderes discrecionales de dirección, que incluyen ir más allá de la discrecionalidad de las partes, en tanto que se constituye en representante del bien común. Se configura un juez "a quien el legislador asigna la delicadísima tarea de asegurar que, en el proceso, "instituto de derecho público", sean también satisfechos, junto con los intereses de las partes, también "los más altos valores sociales""[24].

En este orden de ideas, se configura un proceso social desde dos bases discursivas. "[Q]ue el proceso es un mal social y que la lentitud del proceso incide en la economía nacional"[25], no significando con ello que el proceso sea un mal en sí mismo, en tanto que lo que gesta el proceso judicial son los conflictos que se dan en el mundo de la vida; sin embargo el considerar la incidencia de un proceso lento sobre la economía nacional, eleva también el interés del Estado para disponer un ordenamiento jurídico procesal que tenga efectos sobre aspectos más allá de las partes, como lo sería la órbita económica del Estado. Lo que interesa aquí en el reglamento de Klein, más allá de probar si la lentitud o no del proceso tiene efectos sobre la riqueza de un país es resaltar cómo el proceso judicial civil tiene una naturaleza social que es de interés público.

De hecho, autores como Cipriani consideran exagerado pensar que se generen dichos efectos en la economía a partir de un proceso lento[26], sin embargo, lo que sí es claro es que, desde allí, se establece el antecedente de haber "advertido que el objeto del proceso trasciende el interés de las partes y el haber tenido y propugnado como consecuencia una concepción publicista del proceso civil"[27], la misma que hoy por hoy es tendencia en los ordenamientos jurídicos procesales, pero que se han actualizado o reformulado desde los postulados contemporáneos que tienen en consideración los modelos de Estado social de derecho y sus regímenes estructurados a partir de las constituciones contemporáneas.

3.2 El rol del juez en el proceso

Tal como se ha venido desarrollando aquí, la actual tendencia del derecho procesal replantea el rol del juez convirtiéndolo en un gerente del proceso o en un director del mismo, con el fin de otorgar mayores garantías a las partes en litigio, al mismo tiempo que sus funciones oficiosas le permiten impulsar el proceso, a fin de hacerlo mucho más célere. Esta tendencia

24 Cipriani, "En el centenario", 75-76.

25 Cipriani, "En el centenario", 79.

26 Cipriani, "En el ceantenario", 80.

27 Cipriani, "En el centenario", 81.

contemporánea es la misma a la que aquí se hará referencia como publicización de proceso o gerencia del caso, pero que en Estados Unidos se conoce con el nombre de *case management* o en Australia con el rótulo de *managerial Iudying*[28].

Desde esta perspectiva el juez civil como gerente del proceso asume un rol más proactivo y pragmático en la solución de los conflictos velando por los derechos de las partes y buscando mayor celeridad en el proceso; de ahí que el juez detente poderes-obligaciones de "iniciar, impulsar, decretar pruebas y dar fin al proceso, para de esa forma materializar el derecho de acción y lograr realmente una tutela judicial efectiva"[29].

A lo anterior se suman las responsabilidades del juez dentro del proceso, algunas de las cuales ya se ha tenido la oportunidad de abordar con antelación. Sin embargo, vale mencionar que el juez debe garantizar la participación activa de las partes, evitar nulidades procesales, vicios de procedimiento, dilaciones injustificadas, garantizar una adecuada representación de la partes en el proceso, actuar con celeridad y procurando concentración de actuaciones, debe llevar a cabo una adecuada valoración probatoria y argumentación jurídica de sus decisiones, como también "establecer mecanismos que busquen acelerar la ejecución de la sentencia, de tal forma que se cuente con mecanismos eficientes de medidas previas o formas de hacer cumplir a decisión, para que la justicia realmente se materialice"[30].

No se trata aquí de establecer un listado pormenorizado de las funciones del juez en su nuevo rol, pero sí cabe ilustrar cómo el juez debe combinar funciones judiciales y gerenciales en su papel como administrador de justicia. Pero, a su vez, cabe resaltar que la implementación de la oralidad en el proceso no solamente fortalece la publicidad del proceso como principio procesal, sino que también se constituye como uno de los aspectos fundamentales de la publicización del proceso, o gerencia del caso, en el que la audiencia oral representa un espacio clave para generar mayor celeridad en los procesos, pero también constituye un escenario importante de alteridad y reconocimiento, en el cual las partes se reconocen como sujetos, pero también el juez tiene ese contacto con cada una de las partes, como sujetos procesales, pero también como seres humanos que tienen rostro y como personas sujetas de derechos. Es decir que la audiencia oral es un espacio de interacción entre las partes y el juez que trasciende lo retórico que puede encerrar un discurso escrito. Ello es importante en tanto que no solo humaniza y dignifica las partes en el proceso, pues tienen mayor participación

---

28 Liliana Pabón, "El juez como gerente del proceso civil: reto en la nueva tendencia del derecho procesal contemporáneo" en *Tendencias contemporáneas del derecho procesal*, dir. Velandia Canosa, Eduardo (Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica. 2017).

29 Pabón, "El juez como gerente", 531.

30 Pabón, "El juez como gerente", 535.

en el proceso, sino que también le brinda otros elementos epistemológicos al juez para comprender el conflicto sobre el cual debe decidir.

Desde la tendencia contemporánea del derecho procesal, el principio de inmediación procesal parte de que entre el juez y las partes se establezca comunicación directa y, a su vez, tal como se ha mencionado, un control directo del juez y los actos de adquisición e incorporación de medios de prueba al proceso. Esto hace que precisamente el principio de inmediación tenga una relación directa con el principio de oralidad.

> No obstante, la estrecha vinculación entre oralidad e inmediación, ambos conceptos pueden diferenciarse. La oralidad es un tipo procesal y se refiere al medio de expresión que se utiliza en el proceso. El principio de inmediación se refiere a la forma en que el juez asimila o toma contacto con el material de conocimiento y con los intervinientes en el mismo.[31]

Es así como a través de la implementación de la inmediación, el juez en su deber-poder de dialogar con las partes y sus abogados, así como con todos los intervinientes en el proceso, puede consolidar mejores elementos inferenciales, además de que tiene contacto directo con cada uno de los sujetos procesales, ya no tiene que imaginarlos, puesto que cognitivamente tiene la posibilidad de escuchar su voz y al mismo tiempo percibir sus gestos y emociones, lo cual también aporta elementos para el convencimiento del juez. Al mismo tiempo, se exige del juez guardar en todo momento la imparcialidad en toda actuación y más aun cuando hace uso de sus poderes oficiosos como director del proceso.

No obstante, la inmediación no solo resulta una mayor exigencia para el juez, sino que también involucra esencialmente la labor de los abogados dentro del proceso, pues, para que la inmediación surta sus fines, es indispensable la colaboración de las partes en conjunto con el juez, así como el compromiso de las partes y sus apoderados de actuar siempre de buena fe[32], a fin de que los escenarios de inmediación no resulten siendo afectados generando entorpecimiento a la labor judicial y al proceso.

Se resalta aquí entonces, que de lo que se trata es de establecer un modelo de justicia dialogal, en el cual las partes y sus apoderados tienen comunicación directa con el juez, pero también un modelo en el cual se observan todas las garantías procesales, así como otros principios esenciales del proceso como concentración, celeridad, economía, buena fe, publicidad y otros más que a su vez desarrollan el derecho al debido proceso, sobre el cual se profundizará más adelante.

---

31 Santiago Pereira, "Los procesos civiles por audiencia en Uruguay. 20 años de aplicación exitosa del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica", *Revista Internacional de Estudios sobre Derecho Procesal y Arbitraje*, no. 2 (2009), 15.

32 Pereira, "Los procesos civiles", 16.

Nótese, a continuación, cómo precisamente estos principios —y muchos otros— se articulan a la labor del juez dentro de la actual tendencia del derecho procesal, con una impronta clara, la de lograr la efectividad de la tutela judicial efectiva. Esta última implica una justicia rápida, eficaz y que realmente solucione los problemas que sustentan el inicio y trámite de un proceso judicial.

Es así como, por un lado, el principio de economía procesal, no solo se refiere al costo del proceso judicial, para el particular o para el Estado, sino que también se refiere al tiempo —economía del tiempo—, de ahí que se relacione a su vez con el principio de celeridad, en tanto que lo que se persigue es que el proceso judicial como tal tenga un tiempo de duración razonable. Esto se puede concretar en reglas de procedimiento como el impulso oficioso del proceso, audiencias continuas, plazos breves y razonables para las decisiones judiciales, implementación de mecanismos eficientes de notificación en el proceso, entre otras.

3.3 El rol de las partes en el proceso

Ahora bien, con respecto al rol de las partes en el proceso, tal como se ha venido mencionando hasta aquí, en tanto que al juez se le incrementan sus poderes de dirección e instrucción en el proceso, a precio de disminuir o limitar las facultades dispositivas de las partes, disminuyendo sus posibilidades de control sobre el curso del proceso.

No obstante, es de resaltar que la tendencia contemporánea del derecho procesal incrementa la órbita de garantías constitucionales y procesales en favor de las partes y que configura principios dentro del proceso dándole otras perspectivas para que las partes puedan "influir en el éxito del proceso y especialmente en la decisión"[33]. Entre dichos principios caben mencionar el de publicidad, pues precisamente la posibilidad de las partes de influir en el éxito del proceso es directamente proporcional a la posibilidad de las partes de participar dialógicamente en el proceso en desarrollo del principio de publicidad.[34]

Sin embargo, también a las partes les asiste la obligación de probidad frente al proceso, pues, "el juez tiene la posibilidad de valorar conductas realizadas por las partes en detrimento de las etapas procesales o del correcto recaudo de las pruebas"[35]. En caso de que el juez advierta dichas conductas deberá aplicar los correctivos del caso, los cuales van desde la inversión de cargas procesales, así como sanciones según sean estipuladas normativamente en

---

33 Diana Ramírez, *La prueba de oficio Una perspectiva para el proceso dialógico civil* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009), 153.

34 Ramírez, *La prueba de oficio.*

35 Ramírez, *La prueba de oficio*, 158.

los ordenamientos jurídicos, como también la remisión al órgano competente para investigar y sancionar presuntos delitos en que puedan incurrir las partes con sus actuaciones.

Respecto de este punto en relación con las obligaciones de las partes frente a la prueba y el debate probatorio, "las partes deben propender a cumplir, con responsabilidad y honestidad, los principios de aportación, comunidad, libertad probatoria y legalidad de la forma"[36]. Esto se conjuga con la concepción que, dentro de la tendencia contemporánea, se tenga de la función del derecho probatorio dentro del proceso, de las cargas procesales de las partes y de las facultades oficiosas del juez; por ello, para desarrollar este punto, cabe revisar primero algunos principios que rigen el derecho probatorio para poder sustentar el porqué del papel del juez y las partes frente a la prueba dentro del proceso civil contemporáneo.

La función del derecho probatorio o del marco normativo procesal referente a la prueba en el proceso judicial, persigue configurar los presupuestos legales o el procedimiento probatorio racional para que los hechos relevantes de la causa sean demostrados en el proceso; precisamente tal función demostrativa se le endilga a la prueba judicial, en tanto que la prueba como tal provee los fundamentos cognoscitivos y racionales[37], para demostrar en términos probabilísticos lógicos la relación entre el hecho que se pretende probar y los medios de prueba:

> La finalidad del derecho probatorio es producir conocimiento en el juez, sobre unos hechos que no presenció, lo cual es una idea bastante alejada de aquella que sugiere alcanzar la verdad "real", su aporte directo está en una adecuada reconstrucción del hecho y por ello aporta directamente al principio de imparcialidad, generando así límites a la decisión del juez y en esta medida asegurando un mayor grado de justicia en la decisión del juez.[38]

No es del caso aquí profundizar en el problema epistemológico que encierran los medios de prueba y su relación con unos hechos que son reconstruidos y llevados al proceso mediante narraciones y descripciones, pero que no pueden tener la misma identidad fenomenológica que los hechos tal cual como acaecieron témporo-espacialmente; el énfasis aquí es indicar que, el ingreso de la prueba al proceso y su consecuente valoración dentro del derecho procesal contemporáneo debe observar el cúmulo de principios y garantías constitucionales, lo que a su vez directa o indirectamente termina por definir el rol del juez y las partes en el proceso, lo cual sí es de interés en este apartado.

---

36 Ramírez, *La prueba de oficio*, 159.

37 Michele Taruffo, "Funzione della prova: la funzione dimostrativa", *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedurea Civile* vol. 51, no. 3 (1997), 573.

38 Diana Ramírez, "Contornos del derecho procesal contemporáneo: luces desde la obra de Michele Taruffo", *Academia & Derecho*, no. 7 (diciembre 2013), 185. https://doi.org/10.18041/2215-8944/academia.7.2533

Para sustentar lo anterior, basta considerar los principios de aportación, comunidad de la prueba, libertad probatoria y legalidad de las formas para delimitar el papel de las partes y del juez en relación con la prueba en el proceso, lo cual se hará a continuación brevemente.

En primer lugar, el **principio de aportación** de parte o de autorresponsabilidad se refiere a la obligación que tiene cada parte de aportar al proceso las pruebas que sustenten las pretensiones o alegaciones; sin embargo, este principio no debe confundirse con el principio dispositivo, pues en materia de pruebas, es más correcto referirse al segundo, por cuanto es el que "indica a qué sujetos procesales les corresponde la introducción de los hechos y de las pruebas en el proceso civil"[39]. Este principio representa para las partes "la prohibición de presentar demandas infundadas y mentirosas o carentes del suficiente peso jurídico"[40] o demandas temerarias que, además contribuyen a engrosar los índices de congestión judicial.

En segundo lugar, el **principio de libertad probatoria** es la facultad que la ley procesal le confiere a las partes en el proceso judicial "para formar y seleccionar los instrumentos que aportarán al proceso para confirmar sus alegaciones de hecho"[41], esto implica, para las partes, el hecho de no estar sujetas a limitaciones dadas por el legislador frente a fórmulas que delimiten el conocimiento de los presupuestos fácticos por parte del juez, de tal modo que estaría "proscrita toda tasación legal de la prueba"[42]. De la misma manera, tampoco tendrían que limitarse a las partes a la enunciación normativa que puede dar el legislador respecto de las pruebas que pueden ingresar al proceso, pues ninguna de ellas sería taxativa, dejando abierta la posibilidad de que las partes puedan aportar cualquier medio útil para el convencimiento del juez, pero ello también demanda de las partes responsabilidad en el aporte de medios conducentes y pertinentes frente a lo que se pretende probar.

En tercer lugar, el **principio de comunidad** de la prueba también alude al papel de las partes en el proceso, en tanto que dicho principio establece la indisponibilidad de las pruebas por las partes una vez dichas pruebas ingresan al proceso; ello tiene lugar, toda vez que la prueba, una vez ingresa al proceso judicial, ya hace parte de lo público, puesto que la misma ingresa al órgano jurisdiccional del Estado, quien, a su vez, debe velar por las garantías constitucionales de las partes y la finalidad del proceso en el marco del Estado social de derecho.

Por último, el **principio de legalidad** de las formas también vincula el actuar de las partes, en tanto que ellas tienen la obligación de procurar que las pruebas allegadas sean completas y suficientes siguiendo el modo de formalizar dicho aporte de pruebas en condi-

---

39 Mercedes Fernández, La carga de la prueba en la práctica judicial civil (Madrid: La Ley, 2006), 61.

40 Ramírez, *La prueba de oficio*, 159.

41 Efraín Quevedo, El derecho a la prueba como garantía constitucional, en *IX Congreso Procesal Garantista* (actas), (Azul, Buenos Aires: 2007). http://www.der.unicen.edu.ar/uploads/congresoprocesal/2007/Quevedo_Mendoza.pdf

42 Ramírez, *La prueba de oficio*, 159.

ciones de tiempo, modo y lugar, con el fin de lograr "la fundamentación de los hechos que pretenden validar en el ordenamiento jurídico. Con ello se respeta el derecho de defensa y contradicción de la contraparte y se facilita la apreciación de la prueba por parte del juez".[43]

Este principio tiene como presupuesto que el legislador efectivamente disponga la manera como deben ser los diferentes actos dentro del proceso, precisando tiempo modo y lugar, precisando las diferentes reglas para las actuaciones y la manera de formalizarlas dentro del proceso judicial. Ello pone de presente para las partes una serie de obligaciones para desarrollar su papel dentro del proceso, a fin de respetar los lineamientos legales y garantizar los principios constitucionales que se deben observar.

Nótese que, el ingreso de la prueba al proceso y su consecuente valoración dentro del derecho procesal contemporáneo se conecta con una condición indispensable para que la decisión judicial sea justa, pues de lo que se trata aquí, en el fondo, es de que los hechos sobre los cuales se sustenta el caso deben ser determinados probatoriamente de manera completa y veraz. Pero también son indispensables, para que la decisión sea justa, otras dos condiciones, a saber, por un lado, "que el procedimiento debe ser correcto, equilibrado, lo cual se produce cuando el juez es independiente, cuando el juez es imparcial y cuando se respeta el derecho a ser oído en el proceso"[44]. Esto tiene que ver con el derecho de audiencia y derecho de defensa ante un juez imparcial, que además debe propender por la garantía de los derechos fundamentales, como lo es precisamente el debido proceso, del cual el derecho de contradicción hace parte, se rige sobre la base de principios constitucionales. Por otro lado, un tercer requisito para que la decisión sea justa es "que en el proceso judicial tiene que haber una identificación correcta y adecuada de la norma legal relevante y de la misma manera una interpretación y aplicación igualmente correcta de esa norma"[45].

El hecho de que el derecho procesal contemporáneo se preocupe porque la decisión del juez sea justa, no solo va de la mano de los principios y garantías constitucionales, sino que se constituye como un ideal desde la perspectiva de la publicización del proceso que, como tal, no puede desconocer la dimensión epistemológica del proceso judicial.

---

43 Ramírez, *La prueba de oficio*, 159.

44 Michele Taruffo, "La prueba, la verdad y la decisión judicial", *Primeras Jornadas Internacionales de Derecho Procesal*, (Medellín: Sello Editorial Universidad de Medellín, 2004).

45 Taruffo, "La prueba, la verdad".

4. El papel del juez y de las partes frente a la función epistémica del proceso en el modelo publicista: las narrativas procesales entre la verofilia y la verifobia

Los postulados contemporáneos que sustentan el proceso social o el modelo publicista como tendencia tienen de trasfondo el problema epistemológico y dialéctico que encierra las formas que establece el proceso para que el juez construya un conocimiento del caso que se identifique con la concepción de verdad que se persiga en el proceso y que incluya un proceso dialógico cimentado en el marco de garantías constitucionales.

Es así como la decisión judicial conjuga intereses privados con "finalidades públicas propias del estado social de derecho"[46]. Este último parte de principios constitucionales, entre los cuales está el principio de publicidad, que se vincula directamente al problema epistemológico, pues dicho principio no solo tiene una perspectiva externa o formal que alude a la garantía de un juicio, público o no secreto, sino que, desde la perspectiva interna o material, implica que "todas las estructuras inferenciales que hacen parte integral del proceso deben ser debidamente discutidas con las partes"[47]. Por esto se configura un proceso dialógico, que a su vez debe observar otros principios constitucionales, como el derecho de defensa y contradicción, que a su vez hacen parte del debido proceso.

Sin embargo, dejando claro que el debido proceso es una garantía constitucional del Estado Social de Derecho, que se debe observar independientemente que lo que se persiga en el proceso sea la verdad o la solución del conflicto; lo que significa que, el reflexionar sobre la búsqueda de la verdad en el proceso, que es lo que se pone en juego aquí, es el punto a definir teóricamente para poder profundizar en el rol del juez y las partes en el proceso, pues, todos estos aspectos que configuran el proceso tienen una sola orientación y es el logro de la justicia; una justicia que aunque puede tener a su vez diversas concepciones, orienta las finalidades del proceso y las formas e instituciones procesales.

Esto ya pone de presente que las narrativas procesales que obren en el proceso también tengan que articularse con la dimensión epistémica del proceso; y en ese sentido cobra relevancia la veracidad de los enunciados que componen la narrativa procesal.

Al respecto de lo anterior, para profundizar un poco, cabe contrastar teóricamente dos concepciones de construcción de justicia en el proceso, que a su vez constituyen dos posiciones encontradas. De un lado, la posición de Taruffo[48], quien sostiene que lo que se procura

---

46 Ramírez, *La prueba de oficio*, 169.

47 Ramírez, *La prueba de oficio*, 169.

48 Michelle Taruffo, "La Verdad en el Proceso". Revista Derecho & Sociedad: 40 (2013).

en el proceso es la búsqueda de la verdad como una condición necesaria para una decisión justa y, por otro lado, la perspectiva de Cavallone[49], quien por el contrario sostiene que lo que persigue el proceso es algo que va más allá de la búsqueda de la verdad y que no se corresponde con ella, como lo sería propiamente la justicia, desde una construcción narrativa contextualizada témporo-espacialmente y ajustada al ritualismo del proceso.

Lo que tienen de trasfondo las posiciones encontradas entre Taruffo[50] y Cavallone[51] es si la búsqueda o no de la verdad de los hechos en el proceso orientan el establecimiento o no de mayores o menores poderes oficiosos del juez. Sin embargo, dicha búsqueda o no de la verdad de los hechos también vincula el actuar de las partes, más allá del deber de colaboración de las partes en el proceso, que también se conectan a aspectos epistemológicos como la obligación de los abogados de decir la verdad en el proceso o, en otras palabras, que sus narrativas procesales sean veraces.

Para Cavallone el abogado es libre, salvo algunas pocas limitaciones, de poder narrar lo que considere más beneficioso para su cliente. Por lo que, el papel del juez, sujeto a tener que escoger entre dos narraciones construidas por los abogados de las partes, bajo el presupuesto de que dichas narrativas no tienen que corresponder con la verdad de los hechos, resulta ser una posición muy desafortunada si lo que hay de trasfondo es que, para lograr una decisión justa, el proceso deba orientarse a conseguir la verdad de los hechos[52]. Mientras que para Taruffo un abogado se debe orientar a narrar la verdad de los hechos siempre y cuando la misma se compagine con los intereses de su cliente pues, en caso contrario, intentaría deformar narrativamente dicha verdad de ahí que es posible que, si en algún caso concreto, a ambas partes no les beneficia la verdad de los hechos, el juez de la causa resultaría en medio de dos versiones de los hechos que distan de la verdad. De acuerdo con esto, para Taruffo no es posible evidenciar lo que indica Cavallone, en cuanto a que los abogados narran historias generalmente verdaderas, pues si en un caso concreto se presentan dos historias diferentes, no sería posible afirmar entonces que ambas narrativas procesales sean verdaderas[53], por lo que le debe asistir al juez facultades oficiosas encaminadas a la búsqueda de la verdad en el proceso.

Para Taruffo, el proceso tiene una función epistémica en tanto que en él hay una serie de actividades encaminadas a conseguir la verdad de los hechos. Frente a esto, Cavallone indica que el único fin del proceso no es el descubrimiento de la verdad, pues, de hecho,

---

49 Bruno Cavallone y Michelle Taruffo, *Verifobia. Un diálogo sobre prueba y verdad* (Lima: Palestra Editores, 2012).

50 Taruffo, "La Verdad en el Proceso".

51 Cavallone y Taruffo, *Verifobia*.

52 Cavallone y Taruffo, *Verifobia*, 20.

53 Cavallone y Taruffo, *Verifobia*, 61-63.

todo ordenamiento jurídico procesal también contiene medidas contra-epistémicas, es decir, normas que "excluyen o limitan la admisibilidad de ciertas pruebas por razones y exigencias ajenas a la determinación de la verdad de los hechos controvertidos"[54]. En consideración a lo anterior, Cavallone indica que debería establecerse una regla contra-epistémica en el proceso civil, como lo sería el hecho de que las pruebas solo se deben producir en ciertas fases de la primera instancia y no en segunda instancia, y menos en casación[55].

Adicionalmente, Cavallone indica que la preferencia de Taruffo por la búsqueda de la verdad en el proceso no se compagina con ciertos principios como el del libre convencimiento o con cualquier regla de valoración judicial de las pruebas, como tampoco se corresponde con la participación de jurados en juicio. Sobre este último aspecto, Taruffo prefiere el juez al jurado, en tanto que aquel se constituye en un profesional con experiencia en la búsqueda de la verdad y también por su obligación de motivar sus decisiones, lo que implica un ejercicio racional de valoración de la prueba.[56]

Desde esta perspectiva, cabe anotar aquí que, si bien el proceso judicial civil persigue la verdad de los hechos, esto no significa que únicamente bajo el logro de ese supuesto se pueda construir una buena justicia; pues nótese que, tal como se ha indicado aquí, en un proceso judicial enmarcado en el derecho procesal contemporáneo pueden coexistir medidas epistémicas encaminadas a la búsqueda de la verdad, pero al mismo tiempo pueden existir medidas contra-epistémicas. Es que la decisión justa y la buena justicia no se pueden sustentar únicamente en la búsqueda de la verdad, sino también en la búsqueda de la verdad narrativa de los hechos, en llevar a cabo un procedimiento justo, como condiciones necesarias para una decisión justa. A estas se suma otra condición igualmente necesaria como lo es la interpretación y aplicación correcta de la normatividad que regula el caso concreto.[57]

Para Taruffo, a diferencia de Cavallone, buscar la verdad de los hechos no tiene que ver con el ritualismo del proceso, pues las perspectivas ritualistas del proceso no tienen preocupación por la calidad y el contenido de las decisiones judiciales, sino que solo se enfocan en la ejecución del ritual como aspecto necesario para administrar justicia. Esto es fuertemente criticado por Taruffo, pues implica pensar que una decisión judicial es justa en tanto que ha sido producida con la aplicación del ritual procesal; por el contrario, insiste Taruffo, una decisión es justa en sí misma cuando es fundamentada "en la correcta aplicación de la ley y en la determinación verdadera de los hechos"[58].

---

54 Cavallone y Taruffo, *Verifobia*, 45.

55 Cavallone y Taruffo, *Verifobia*, 46.

56 Cavallone y Taruffo, *Verifobia*, 58-51.

57 Cavallone y Taruffo, *Verifobia*, 65.

58 Cavallone y Taruffo, *Verifobia*, 66.

Para Cavallone, a diferencia de Taruffo, se justifica, como algo apropiado, cualquier regulación normativa que limite la admisión de pruebas, aunque esto constituya una limitación para la búsqueda de la verdad; por el contrario, para Taruffo, sería más pertinente servirse de todas las pruebas disponibles para determinar la verdad de los hechos, la veracidad de la narrativas procesales o la determinación probatoria de los hechos. De ahí que para este último autor, cualquier limitación a la admisión de pruebas debería valorarse negativamente en tanto que se constituyen como medidas contra-epistémicas. Esto no significa que Taruffo no consienta que existan circunstancias en las cuales sea necesario que el ordenamiento jurídico procesal incluya algunas medidas contra-epistémicas con el objetivo de proteger derechos fundamentales.[59]

Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, y en consonancia con la tendencia contemporánea del derecho procesal, si lo que orienta el proceso es la construcción de una justicia dialógica, racional y argumentativa en los términos antes mencionados, no cabe menos que indicar que, para ello, es indispensable, como lo diría Taruffo, procurar, en el proceso, por la búsqueda de la verdad como una de las condiciones necesarias para una decisión justa, lo cual definiría también las reglas de juego en el litigio, en aras de garantizar la tutela judicial efectiva.

En este orden de ideas, no sería conveniente una visión del proceso en la cual se considera que lo que existe es un juego narrativo en el cual los abogados "llevan a cabo una competición retórica (en la cual se sirven también de las pruebas) ante un árbitro que al final establecerá quién es el ganador, es decir, quien se ha servido mejor de las herramientas de la persuasión retórica, y lo premiará con una sentencia a favor"[60]. Tal concepción tendría como efectos que, en el proceso judicial, gane efectivamente el más fuerte y por tanto no habría una garantía real de una tutela judicial efectiva de los derechos que son vulnerados o que han entrado en juego en el conflicto entre dos o más partes.

Nótese entonces que la tendencia procesal contemporánea le otorga poderes oficiosos en materia probatoria al juez a fin de que este busque la verdad de los hechos, es decir, aunque los apoderados de las partes presenten narraciones que disten de la verdad o, incluso ambas versiones de los hechos narradas por los apoderados sean distorsiones de la realidad, el juez tiene poderes de instrucción encaminados a verificar la veracidad de los hechos alegados por las partes. Esto, a su vez, constituye una medida de alcance epistémico en el proceso, sin mencionar que también las normatividades procesales contemplan el deber del juez para prevenir, remediar, sancionar y denunciar por los medios legales cualquier tentativa de fraude procesal.

---

59 Cavallone y Taruffo, *Verifobia,* 69-70.

60 Cavallone y Taruffo, *Verifobia,* 77.

En cuanto a las facultades oficiosas del juez para el decreto y práctica de pruebas de oficio, hasta aquí es claro considerar que se trata de una medida epistémica en el proceso. Sin embargo, es necesario indicar que dichos poderes oficiosos también están condicionados a la aplicación adecuada del proceso y, por tanto, a la garantía del debido proceso, en particular, a la posibilidad de que las partes puedan contradecir las pruebas decretadas de oficio por el juez. Esto, debido a que, como se mencionaba con antelación, la búsqueda de la verdad de los hechos, al igual que la aplicación adecuada del proceso, son unos de los aspectos necesarios para una decisión justa.

Nótese que se está aquí frente a un proceso que persigue un equilibrio entre la búsqueda de la verdad y las garantías procesales de orden constitucional que en el proceso pueden tener manifestaciones en reglas contra-epistémicas, pero que al fin configuran un rol activo del juez, al cual se le otorgan facultades oficiosas. Este escenario da pie para que surja la concepción del juez como director del proceso, el cual "decide la solución del conflicto mediante el ordenamiento jurídico y además propugna la protección directa de los derechos fundamentales y la aplicación de las garantías constitucionales"[61].

El juez como director del proceso es un juez activo, pero no un juez autoritario:

> El juez autoritario manipula el proceso y la prueba, expropia las garantías de las partes y no tiene respeto por el debido proceso o por los derechos fundamentales. El juez activo personifica el modelo del principio democrático, por tanto, debe ser respetuoso de los principios de legalidad, publicidad y, por excelencia, del debido proceso y de todos los subprincipios que lo integran.
>
> De ahí que se concluya que juez activo no es sinónimo de juez autoritario, sino que es, al contrario, su antítesis.[62]

Sin embargo, la tendencia publicista del proceso no solo se configura desde un nuevo rol de las partes y del juez, pues el cambio de un sistema escrito a la oralidad hace parte de esa misma tendencia. Si bien la oralidad no es nueva, se ha reafirmado su vinculación con la publicidad del proceso, la inmediación y con mayor celeridad como presupuestos para una justicia rápida, cumplida y eficaz:

> Después del proceso romano, en Europa solo Francia conoció la oralidad; los demás países tenían la escritura fruto del proceso ítalo-canónico del medio evo. Como en el siglo XX se propende por la publicización del proceso, asimismo se da en Europa un movimiento a favor de la oralidad. Se empieza de esa forma en Alemania una defensa por la

61 Ramírez, *La prueba de oficio*, 170.

62 Ramírez, *La prueba de oficio*, 170.

> oralidad en el proceso civil, logrando que se implementara en la ley procesal alemana de 1887, en Japón desde 1890, luego se aplicó en Austria desde 1895, se extendió a Rusia, lo adoptó el código húngaro de 1911, el danés, el noruego, el yugoslavo, el federal suizo, y otros países socialistas. España, Italia y Francia, adoptan hoy el proceso oral, entendiendo que su desarrollo se da en audiencia oral en donde el juez practica la prueba, oye a las partes y falla. Y autores como Ferrajoli y Chiovenda se han referido a ella, y la vinculan necesariamente con la publicidad del proceso como garantía de este.[63]

Además de lo anterior, la oralidad se erige como respuesta al problema de congestión judicial, recurrente en los sistemas escritos que, además de generar demora en los procesos, desconocen la necesidad de una justicia oportuna en aras de evitar la impunidad. A esto se suma que la oralidad es una forma efectiva de "comunicación y confrontación entre las partes involucradas en el litigio, pues se caracteriza por el intercambio verbal, discusión frente a frente y de manera simultánea, percepción directa de los argumentos, actitudes, pruebas y alegatos planteados entre los sujetos procesales"[64], lo cual va de la mano de la dirección del proceso por parte del juez, desde la perspectiva de la gerencia del caso o publicización del proceso.

Esa misma oralidad del proceso le da relevancia al papel de las narrativas procesales en el proceso; pero dichas narrativas, deben estar encaminadas a lograr una decisión judicial justa, y aquí se hace hincapié en que el juez debe decidir según lo alegado y probado y no según su conciencia[65]. Lo anterior, a su vez, concuerda con el hecho de que Taruffo considera que "la verdad de un enunciado debe determinarse por su correspondencia con la realidad de lo que describe un enunciado, en la óptica del realismo crítico"[66], todo lo cual no es otra cosa diferente que tomar partido por admitir una función epistémica del proceso, a fin de que este se constituya realmente como una garantía para la tutela efectiva de los derechos de los ciudadanos.

5. Conclusiones

La narrativa es una expresión del discurso autorreferencial, temporal y comunicativa que se conecta con la forma en la que las partes construyen enunciativamente los hechos dentro del proceso. De hecho, en la narrativa de los hechos se destacan las partes como protagonistas, pero quien construye el relato se expresa desde sus vivencias y el modo en como experimentó

63 Pabón, "El juez como gerente", 526.

64 Pabón, "El juez como gerente", 526.

65 Cavallone y Taruffo, *Verifobia*, 54-57.

66 Cavallone y Taruffo, *Verifobia*, 64.

la realidad. No obstante, dicha construcción narrativa difiere de la narrativa literaria, pues en el proceso judicial el análisis fáctico de lo narrado es objeto de prueba y está orientado a obtener la íntima convicción del juez.

De acuerdo con esto, la narrativa procesal se conecta con el ingreso de la prueba al proceso y su consecuente valoración dentro del derecho procesal contemporáneo, como una condición indispensable para que la decisión judicial sea justa, cuando se tiene establecida para el proceso judicial una función epistémica, pues las narrativas procesales que contienen los hechos sobre los cuales se sustenta el caso deben ser determinados probatoriamente de manera completa y veraz.

No obstante, también hay que concluir que, no basta lo anterior para indicar que una decisión sea justa, pues también es indispensable que el procedimiento sea correcto y equilibrado y que el juez sea independiente e imparcial, que además observe la garantía del debido proceso y, por último, que la decisión tomada por el juez sea justa, mediante la adecuada aplicación e interpretación de la norma aplicable al caso.

A lo anterior se suma el hecho que, la actual tendencia publicista del derecho procesal tiene como trasfondo la función epistémica del proceso judicial, pues precisamente dicho proceso apunta al descubrimiento de la verdad de los hechos; pero esto no significa que dentro de los ordenamientos jurídicos procesales no se implanten normas contra-epistémicas. Sin embargo, esto no debe desvirtuar la función epistemológica del proceso, como una premisa necesaria para una decisión justa.

De acuerdo con esto, no es coherente una visión del proceso en la cual se establezca un juego narrativo en el cual los abogados compitan retóricamente uno contra otro, sirviéndose de pruebas en sus enunciados narrativos, y en el que el juez sea quien establezca el ganador de la contienda. Esto lo que convierte el proceso en una competencia en la cual gana el más fuerte, independientemente de la verdad de los hechos. Tal posición no permitiría garantizar una tutela judicial efectiva de los derechos, de lo que se trata es pues de buscar un equilibrio ente la búsqueda de la verdad y las garantías procesales constitucionales en el proceso judicial, bajo un papel más activo del juez y la corresponsabilidad de las partes y el juez dentro del proceso judicial para lograr el valor justicia.

Bibliografía

Aristóteles. *Poética*. Madrid: Alianza Editorial, 2013.

Cavallone, Bruno y Taruffo, Michelle. *Verifobia. Un diálogo sobre prueba y verdad*. Lima: Palestra Editores, 2012.

Cipriani, Franco. "En el centenario del reglamento de Klein (El proceso civil entre libertad y autoridad)". *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, no. 27 (2001): 71-108. http://publicacionesicdp.com/index.php/Revistas-icdp/article/view/163

Fernández, Mercedes. *La carga de la prueba en la práctica judicial civil*. Madrid: La Ley, 2006.

Meza, José. "Narración y pedagogía: elementos epistemológicos, antecedentes y desarrollos de la pedagogía narrativa". *Actualidades Pedagógicas* no. 51 (enero-junio, 2008): 59-72. https://ciencia.lasalle.edu.co/ap/vol1/iss51/4/pp.

Nussbaum, Martha. *Paisajes del pensamiento. La inteligencia de las emociones*. Madrid: Editorial Paidós, 2008.

Pabón, Liliana. "El juez como gerente del proceso civil: reto en la nueva tendencia del derecho procesal contemporáneo". En *Tendencias contemporáneas del derecho procesal*. Dir. Velandia Canosa, Eduardo, 519 - 539. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica. 2017.

Pereira, Santiago. "Los procesos civiles por audiencia en Uruguay. 20 años de aplicación exitosa del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica". *Revista Internacional de Estudios sobre Derecho Procesal y Arbitraje*, no. 2 (2009): 1-39.

Quevedo, Efraín. El derecho a la prueba como garantía constitucional. En *IX Congreso Procesal Garantista* (actas). Azul, Buenos Aires 2007. http://www.der.unicen.edu.ar/uploads/congresoprocesal/2007/Quevedo_Mendoza.pdf

Ramírez, Diana, *La prueba de oficio Una perspectiva para el proceso dialógico civil.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009.

Ramírez, Diana. "Contornos del derecho procesal contemporáneo: luces desde la obra de Michele Taruffo". *Academia & Derecho*, no. 7 (diciembre 2013): 171-188. https://doi.org/10.18041/2215-8944/academia.7.2533

Ricoeur, Paul. "La vida: Un relato en busca de un narrador". *Agora: Papeles de filosofía,* vol. 25, no. 2 (2006): 9-22. https://minerva.usc.es/xmlui/bitstream/handle/10347/1316/Ricoeur.pdf?sequence=1

Taruffo, Michele. "Funzione della prova: la funzione dimostrativa". *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedurea Civile* vol. 51, no. 3 (1997): 553-573.

Taruffo, Michele. "La prueba, la verdad y la decisión judicial". *Primeras Jornadas Internacionales de Derecho Procesal*. Medellín: Sello Editorial Universidad de Medellín, 2004.

Taruffo, Michele. *La prueba*, traducción de Laura Manríquez y Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Marcial Pons, 2008.

Taruffo, Michele. "¿Verdad negociada?", traducción de Andrés Bordalí Salamanca. *Revista de Derecho Universidad Austral de Chile, vol. 21, no. 1,* (2008): 129-151. http://revistas.uach.cl/index.php/revider/article/view/2350

Taruffo, Michele, *Simplemente la verdad.* Traducción de Daniel Accatino. Barcelona: Marcial Ponds, 2010.

Taruffo, Michele. "La verdad en el proceso". *Revista Derecho & Sociedad*, no. 40 (2013): 239-248.

CAPÍTULO III

Criterios constitucionales frente a la colisión de competencias entre la jurisdicción penal militar y la jurisdicción penal ordinaria

MY Juan Fernando Gil y

MY (RA) Oscar Leonardo Reyes Pulido

1. Introducción

El fuero penal militar es una institución jurídica existente en el ordenamiento constitucional colombiano desde hace más de un siglo, por cuanto este es mencionado en el artículo 170 de la Constitución política de Colombia de 1886 y, posteriormente, es incorporado en la Constitución política de 1991. Es así que esta prerrogativa otorga a los miembros activos de la Fuerza Pública que cometen conductas punibles o delitos por razón del servicio y con relación al mismo (funciones asignadas constitucionalmente) la posibilidad de ser investigados y juzgados por sus pares a través de cortes marciales o tribunales militares conforme al Código penal militar y las leyes especiales en este ámbito. De ahí que constituye una excepción a la regla general del "juez natural" establecida por la misma Constitución, en la cual los delitos cometidos por los ciudadanos serán juzgados conforme a las normas existentes por los jueces y tribunales competentes de la jurisdicción penal ordinaria.

Asimismo, la Corte Constitucional colombiana ha indicado que esta institución jurídica encuentra fundamentos no solo en la clara diferencia existente entre los derechos y deberes de los ciudadanos promedio o civiles y los servidores públicos de las fuerzas militares o públicas (Fuerzas Militares y Policía Nacional), sino que también en la carga impuesta por la Constitución política de Colombia, pues a estos se les encomienda por un lado la defensa de la soberanía nacional, el territorio y la independencia del poder estatal y por otro la

protección de bienes jurídicos como los derechos y libertades de ciudadanos, además de su ejercicio en la convivencia de los ciudadanos.

Por tal motivo, la fuerza pública es limitada constitucionalmente en cuanto a sus derechos de índole político, tales como la participación en los derechos de sufragio, apoyo, manifestación o reunión de candidatos políticos o movimientos políticos mientras se encuentren en servicio activo y en representación de la institución. De igual forma, responden tanto por acción como por omisión a funciones encomendadas para el cumplimiento de una misión, orden o tarea legitima.

Luego, la necesidad de sancionar y condenar el comportamiento particular indebido de cada uno de los miembros activos de la fuerza pública se origina gracias a que dichas conductas afectan el desarrollo usual de las actividades, tareas y funciones propias del servicio legal y constitucionalmente asignado. Por tanto, los operadores judiciales que conozcan y juzguen estos casos en concreto deberán contar con los conocimientos necesarios, bien sea a través de estudios o de su propia experiencia laboral en derecho operacional. De igual modo, en aquellos hechos punibles que se cometan en circunstancias propias de un conflicto armado interno o externo que por su connotación objetiva implique regulación y principios de Derecho Internacional Humanitario (derecho de guerra) los funcionarios o jueces de ambas jurisdicciones (jurisdicción penal miliar y jurisdicción penal ordinaria) que posean la facultad de juzgar deberán contar con formación acreditada y conocimientos solidos en la materia.

Por otra parte, cabe resaltar que la aplicación del fuero penal militar es estrictamente restringida a casos muy excepcionales y en condiciones especialmente determinadas como por ejemplo uso de la fuerza legitima, las armas y el sometimiento a reglas específicas propias de la actividad militar. Lo anterior, debido a que este constituye una excepción especifica y taxativa a la regla general de juez natural, la cual es concebida como el derecho que poseen las personas a que únicamente sea un juez o funcionario judicial quien juzgue y dicte su sentencia o fallo en derecho conforme lo asignen la norma suprema o leyes especiales.

De este modo, se incluyen también aquellas excepciones que deben tenerse en cuenta por la calidad y cualidades del sujeto a juzgar, por ende, su inobservancia o aplicación incorrecta por parte del operador judicial conlleva a una violación o vulneración notoria de los derechos fundamentales del debido proceso y acceso a la justicia al posible sindicado.

En este sentido, la jurisdicción penal militar es respaldada por las funciones constitucionales especiales, exclusivas y excluyentes, asignadas a sus miembros activos, como lo son los deberes y obligaciones que de ellas se derivan, el monopolio coercitivo del Estado o uso legítimo de la fuerza, las armas y el sometimiento o subordinación a reglas específicas propias de la actividad militar en la cual muchas veces existe, dentro de su deber profesional, la posibilidad de arriesgar su vida. En consecuencia, el trato diferenciado otorgado por

esta jurisdicción se requiere no solo en el ámbito prestacional, sino en el judicial y, por tanto, solamente los casos en que el accionar delictivo de un miembro activo de la fuerza pública que se enmarque dentro de los parámetros legal y constitucionalmente preestablecidos para el desarrollo de dichos deberes, tareas, obligaciones y funciones.

Por tanto, la carga y condición que poseen los miembros activos de la fuerza pública es mayor a la que un ciudadano promedio o civil común debería soportar y, en consecuencia, el juez debe observar de manera diferenciada ambas situaciones teniendo en cuenta las calidades y cualidades de los sujetos a juzgar. No obstante, la Corte ha señalado que, en el ámbito del sometimiento del juez al imperio de la ley, el respeto por el debido proceso y principios de imparcialidad, independencia y autonomía, como base fundamental de la administración de justicia, deben ser respetados y aplicados tanto por la jurisdicción especial como por la ordinaria. Es así que el legislador cuenta con la facultad de determinar a su criterio la organización, estructura, posible procedimiento judicial y posibles conductas punibles a través de leyes para ambas jurisdicciones, pero siempre velando por el cumplimiento de los preceptos básicos constitucionales, en cualquier caso.

Sumado a ello, cabe puntualizar que dentro del ordenamiento jurídico existe un fenómeno jurídico denominado conflicto o colisión de competencias en el cual dos jueces entran en discusión respecto de la facultad legitima que poseen para conocer y juzgar sobre un caso en concreto. De esta manera, este conflicto puede ser positivo, pues ambos jueces se arrogan sobre la competencia o, por el contrario, puede ser negativo ya que rechazan por completo dicha facultad legal para llevar a cabo su función judicial. Por ende, de manera transitoria corresponde al Consejo Superior de la Judicatura - Sala Disciplinaria como ente intermediario e imparcial dirimir la colisión de competencia y determinar qué jurisdicción llevara a cabo el proceso judicial en el caso concreto y bajo qué regulación o marco normativo.

No obstante, en algunos casos excepcionales procede la acción de tutela en contra de la decisión que pone fin al conflicto de competencia entre ambas jurisdicciones, toda vez que la Corte constitucional ha señalado que, cuando existe un error por vía de hecho, se puede instaurar dicha acción para salvaguardar los derechos y principios fundamentales constitucionalmente protegidos. Por tal razón, el objeto de esta investigación consiste en establecer ¿cuáles son los criterios constitucionales que se deben tener en cuenta para determinar la competencia del juez en materia de delitos cometidos por miembros activos de la fuerza pública por razón del servicio y con relación al mismo en Colombia?

2. ¿Qué es el fuero penal militar?

El fuero es definido por la Real Academia Española como una prerrogativa que se reconoce a algunas personas debido a la actividad o cargo que desempeñan. Por otra parte, la Constitución política de Colombia de 1991 estableció que la jurisdicción penal militar se encarga de administrar justicia. En este sentido, las conductas punibles que pudiese cometer un miembro de la fuerza pública (Fuerzas Armadas y Policía Nacional) en servició activo y en relación con el mismo, serían conocidas, investigadas y juzgadas por sus pares, es decir, las cortes marciales o tribunales militares conformadas por miembros de la fuerza pública en servicio activo o en uso de retiro acorde al Código penal militar y demás leyes especiales.[1]

Asimismo, la Corte Constitucional colombiana ha señalado que el fuero penal militar como prerrogativa constituye una "institución de larga tradición en el constitucionalismo colombiano, tal como puede constatarse al volver sobre el artículo 170 del anterior texto superior, originario de 1886, que no sufrió ningún cambio durante sus más de cien años de vigencia,"[2] y posteriormente se replica en la Constitución política de 1991.[3]

Respecto a la existencia de esta figura en el ordenamiento jurídico colombiano, la Corte Constitucional explica que existe: "una clara justificación en las diferencias existentes entre los deberes y responsabilidades impuestas a los ciudadanos y los que están llamados a cumplir los miembros de la fuerza pública, pues a estos últimos la Constitución les asigna una función especial, exclusiva y excluyente "como es el monopolio del ejercicio coactivo del Estado, lo que implica el uso y disposición de la fuerza legítima y el sometimiento a unas reglas especiales propias de la actividad militar, opuestas por naturaleza a las que son aplicables en la vida civil."[4]

De esta forma, por mandato constitucional corresponde a la fuerzas armadas, es decir, al Ejercito Nacional, la Armada Nacional y las Fuerza Aérea, el deber de defender la soberanía, la independencia, la integridad territorial y el orden constitucional, mientras que, a la Policía Nacional, como cuerpo armado permanente de naturaleza civil, se le encarga el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas de los ciudadanos. Ahora bien, para el cumplimiento de tales deberes la fuerza pública cuenta con el monopolio exclusivo de la fuerza, el porte de armas y la restricción de algunos

1 Constitución política de Colombia [C.P.], 1991, art. 116, 221 y 250.

2 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-326/2016, 30.

3 De este modo, también encuentra fundamento legal en los actos legislativos 02 de 1995 y 01 de 2015.

4 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-372/2016, 101.

derechos de carácter político como el sufragio, reunión o participación en movimientos o partidos políticos.[5]

Por otra parte, la Corte señala que otro fundamento constitucional para la creación del fuero surge a raíz de la necesidad de poder sancionar y condenar el comportamiento individual de los miembros activos que afecta el normal desarrollo de las actividades propias del servicio de la fuerza pública y los bienes jurídicos de su interés tales como la paz, la libertad, la soberanía, entre otros. De tal suerte que el hecho punible realizado por un miembro activo de la fuerza pública sería sancionado por una autoridad con conocimiento en el ámbito militar (derecho operacional).[6] Por ello, con la adopción de esta figura jurídica especifica se buscaba que los operadores judiciales (funcionarios) fuesen expertos y altamente conocedores ya sea a través de su formación académica o por su experiencia laboral dentro de la institución militar o policial.[7]

Finalmente, la Corte ha puntualizado que los límites y alcances del fuero penal militar deben ser delimitados y determinados de manera estricta y rigurosa, toda vez que acorde a la "hermenéutica constitucional" las excepciones o prerrogativas especiales se debe interpretar restrictivamente con el fin de evitar que las mismas se conviertan en la regla general de aplicación normativa y que así se desvíen de su objetivo de creación. Por tal razón, dicho fuero se constituye por un elemento subjetivo, en donde el delito debe ser cometido por un miembro activo de la Fuerza Pública y por un elemento funcional, en el cual la acción u omisión o abstención guarde relación directa e inalienable con el servicio, es decir, se realiza en cumplimiento de una misión legitima o tarea militar o policiva.

Esta orden se caracteriza porque "objetivamente se endereza a ejecutar los fines para los cuales está creada la institución. Una orden que de manera ostensible atente contra dichos fines o contra los intereses superiores de la sociedad, no puede reclamar válidamente obediencia."[8] De lo anterior se deduce que, si la mencionada orden no se realiza conforme a las formalidades legales y con observancia de los preceptos constitucionales, esta no debe ser obedecida o ejecutada por el miembro de la fuerza pública so pena de comprometer su responsabilidad por la posible violación o vulneración de los derechos consagrados en la norma suprema y perder la posibilidad de alegar eximente de responsabilidad alguno. Es así que esta figura no puede ser considerada como un privilegio o capricho estamental o gracia

---

5 Constitución política de Colombia [C.P.], 1991, art. 217, 218 y 219.

6 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-326/2016, 30.

7 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-473/1999, 10.

8 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-1184/2001, 27 citando la C-578/1995.

especial para el juzgamiento de aquellos por delitos cuyas condiciones materiales y jurídicas sean diferentes a las ya estipuladas legalmente.[9]

Adicionalmente, los miembros de la Fuerzas Militares y la Policía Nacional que hacen uso de retiro o fueron dados de baja, es decir, que no se encuentran activos en la prestación del servicio y sus funciones legal y constitucionalmente asignadas, no son acogidos o revestidos por el fuero penal militar. En consecuencia, dichos miembros se consideran como civiles o ciudadanos del común. Además, al momento de su retiro de las fuerzas públicas a través de resolución administrativa, los miembros retirados adquieren nuevamente sus derechos políticos de sufragio y participación en movimientos o partidos políticos.

Asimismo, aquellos delitos de lesa humanidad cometidos dentro del marco de un conflicto armado interno o externo por parte de miembros activos de la Fuerza Pública tampoco son amparados por el fuero penal militar ya que son contrarios a los preceptos constitucionales y a la razón por la que se realiza el servicio. Aunado a ello, los operadores judiciales que investiguen y juzguen delitos en relación con un conflicto o enfrentamiento armado que implique connotaciones objetivas de Derecho Internacional Humanitario (derecho de guerra) deberán tener en cuenta las normas y principios que lo rigen; por ende, tanto los jueces de la justicia penal ordinaria como los jueces de la justicia penal militar que conozcan de dichas conductas punibles realizadas por miembros de la fuerza pública relacionadas directamente con el Derecho Internacional Humanitario necesariamente deberán poseer formación y conocimiento en este ámbito.

3. El fuero penal militar como excepción al derecho del juez natural

En Colombia el derecho al juez natural es comprendido como el derecho que poseen las personas a que únicamente sea un juez u operador judicial quien juzgue y dicte su sentencia o fallo en derecho conforme lo asigne la norma suprema o leyes especiales. Es así que esta restricción obedece a la división de las ramas del poder público y es concebido constitucionalmente como el derecho fundamental al acceso a la justicia. Dentro de su órbita también se encuentran derechos como acceder a la jurisdicción ordinaria y en los casos expresamente señalados por la Constitución política de Colombia, a las jurisdicciones especiales. De esta forma, la jurisdicción ordinaria constituye la regla general para todos los ciudadanos civiles y, en consecuencia, poseerá competencia para conocer de los delitos cometidos por los mismos

[9] Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-373/2011, 2.

(fuero común), mientras que, en las jurisdicciones especiales, la competencia se limita y restringe en su posible interpretación y aplicación.[10]

Por otra parte, la Corte ha reiterado en varias oportunidades que para conceptualizar o definir el derecho al juez natural no es suficiente que se haya asignado jurídicamente la competencia, pues requiere además que no se modifique o altere "la naturaleza del operador judicial y que no se establezcan jueces o tribunales *ad hoc.*"[11] Por consecuente, es importante que en materia legislativa se tenga previamente estipulado quienes son los jueces competentes, que sean funcionarios institucionales y que no le sea revocable la competencia asignada, salvo modificación interna en la institución. De este modo, también es importante la inclusión del principio de igualdad dentro de la definición del juez natural.

Ahora bien, la Corte constitucional ha determinado que se incurre en una violación al derecho del juez natural cuando:

> 1. se desconoce la regla general de competencia para la investigación de delitos fijada en la Constitución, como ocurre con la Fiscalía General de la Nación; las excepciones a este principio están expresamente señaladas en la Carta;
>
> 2. cuando se violan prohibiciones constitucionales, como aquella que proscribe el juzgamiento de civiles por militares o el juzgamiento de hechos punibles por parte de autoridades administrativas;
>
> 3. cuando no se investiga por jurisdicciones especiales definidas en la Carta, como sería el caso de indígenas o menores;
>
> 4. cuando se desconoce el fuero constitucional (y el legal);
>
> 5. cuando se realizan juicios ex-post con tribunales ad-hoc;
>
> 6. cuando se desconoce el derecho a ser juzgado por una autoridad judicial ordinaria.[12]

De lo anterior, se puede deducir que la Corte no solo contempla la regla general del juez natural, sino que también incluye aquellas excepciones que deben ser tenidas en cuenta por la calidad y cualidades del sujeto a juzgar. Además, indica que la falta de observancia y correcta aplicación de estos parámetros por parte de los operadores judiciales conlleva a una clara violación o vulneración a los derechos fundamentales como los del debido proceso y el acceso a la justicia del posible sindicado.

---

10 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-1184/2001, 25.

11 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-1184/2001, 22.

12 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-1184/2001, 25.

En este sentido, la jurisdicción penal militar encuentra justificación en las funciones constitucionales especiales, exclusivas y excluyentes asignadas a sus miembros, tales como los deberes y obligaciones derivados de las mismas, el monopolio coercitivo del Estado, es decir el uso de la fuerza legitima, las armas y el sometimiento a reglas específicas propias de la actividad militar. Al respecto la Corte ha indicado que el fuero otorgado "solamente se funda en la especialidad de la labor que realiza la fuerza pública, basada en el uso legítimo y monopolizado de la violencia física oficial, dicha protección solo se justifica en relación con esa situación particularísima, no de forma abstracta, en cuyo caso solo introduciría un trato desigual inaceptable frente a los demás ciudadanos."[13]

Igualmente, la Corte ha reconocido que: "la función pública que cumplen los militares entraña un riesgo inminente para sus vidas, y que dentro de su deber profesional se encuentra el de arriesgar la vida."[14] Por tal razón, este trato diferenciado se hace necesario no solo en el ámbito prestacional sino en el judicial siempre y cuando, el accionar delictivo del miembro activo de la fuerza pública se enmarque dentro de los parámetros legal y constitucionalmente establecidos para el desarrollo de sus deberes, obligaciones y funciones.

Por otra parte, la Corte ha señalado a través de su jurisprudencia que la jurisdicción penal ordinaria y jurisdicción penal militar son muy diferentes, razón por la cual el legislador esta obligado a conferir un trato distinto. No obstante, indica que en "asuntos como el sometimiento del juez a la voluntad legal, el respeto por el debido proceso y los principios de imparcialidad, independencia y autonomía judiciales —[…] son los fundamentos esenciales de la función de administrar justicia que ambas jurisdicciones comparten—"[15], por tanto, el legislador cuenta con la facultad de establecer a su consideración la organización, la estructura, el posible procedimiento judicial y conductas punibles a juzgar para ambas jurisdicciones mediante diversas regulaciones normativas, pero deberá respetar los preceptos básicos constitucionales en cualquier caso.[16]

De este modo, la Corte ha anotado que la justicia penal militar se diferencia de la jurisdicción penal ordinaria por cuanto la primera únicamente asume el conocimiento, investigación y juzgamiento de conductas punibles en las cuales se involucra el manejo de la fuerza, la subordinación a reglas de conducta militar y el cumplimiento de los deberes y las obligaciones contrarios a los de la vida civil, en donde mayormente exceden la carga o compromiso de un ciudadano promedio. En consecuencia, la Corte ha expuesto de manera clara que "la justicia penal militar es un ámbito funcional especializado de la Fuerza Pública y

13 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C- 430/2019, 21.

14 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C- 430/2019, 21.

15 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C- 171/2004, 23.

16 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C- 255/2020, 119.

no hace parte de la rama judicial. Por ello, su órbita funcional debe circunscribirse al fuero militar y no tiene por qué extenderse al juzgamiento de civiles pues de hacerlo se desconoce la reserva judicial de la libertad y también la imparcialidad y la independencia del juzgador como exigencias mínimas de una decisión justa."[17]

Es así que podemos diferenciar las facultades y principales características de la justicia penal ordinaria y la justicia penal militar en el siguiente cuadro comparativo:

Tabla 1. Diferencias entre la jurisdicción penal militar y la jurisdicción penal ordinaria.

Jurisdicción penal ordinaria	Jurisdicción penal militar
Constituye la regla general aplicable a todos los ciudadanos colombianos en cuanto a la comisión de conductas punibles o delitos tipificados.	Constituye una excepción a la regla general del juez natural, la cual es interpretada y aplicada conforme a la legislación especial en cuanto a la comisión de conductas punibles o delitos tipificados.
Su interpretación y aplicación es general, salvo regla especial expresamente estipulada.	Su interpretación y aplicación es restringida a casos específicos en donde se involucra el uso de la fuerza legitima, las armas y el sometimiento a reglas específicas propias de la actividad militar.
Es competencia de la fiscalía general de la Nación la investigación y posterior acusación y de los operadores judiciales y tribunales de la jurisdicción penal ordinaria su conocimiento y juzgamiento.	Es competencia de la Fiscalía Penal Militar su investigación y acusación y de los jueces y Tribunales militares o castrenses su conocimiento y juzgamiento.
Investiga a todos los ciudadanos comunes o civiles que comentan conductas punibles o delitos y no se encuentren eximidos por normas especiales.	Investiga exclusivamente a miembros activos de la fuerza pública que cometieron conductas punibles en el marco de las labores del servicio y relación al mismo.
Corresponde a la Corte Suprema de Justicia el conocimiento y juzgamiento de los altos mandos jerárquicos o de cierre de las fuerzas públicas	Corresponde juzgamiento de miembros de la fuerza pública cuyo rango jerárquico lo permite.
Conoce y juzga lo delitos de lesa humanidad cometidos por miembros de la Fuerza pública que se cometen en contra del Derecho Internacional Humanitario.	

Fuente: elaboración propia

[17] Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C- 070/2009, 60.

4. Criterios constitucionales para resolver el conflicto de competencias entre la justicia penal militar y la justicia penal ordinaria

El conflicto o colisión de competencia se presenta en el momento en que dos jueces entran en discusión, pues cada uno se arroga sobre si la facultad de conocer y juzgar sobre los hechos punibles materia de investigación (conflicto positivo) o, por el contrario, rechazan por completo dicha facultad legal para llevar a cabo su función judicial (conflicto negativo).[18] De este modo, corresponde a una entidad pública intermediaria e imparcial dirimir tal conflicto y determinar qué jurisdicción llevara a cabo el proceso judicial en el caso concreto y bajo que regulación o marco normativo. (para mayor ilustración obsérvese la figura 1).

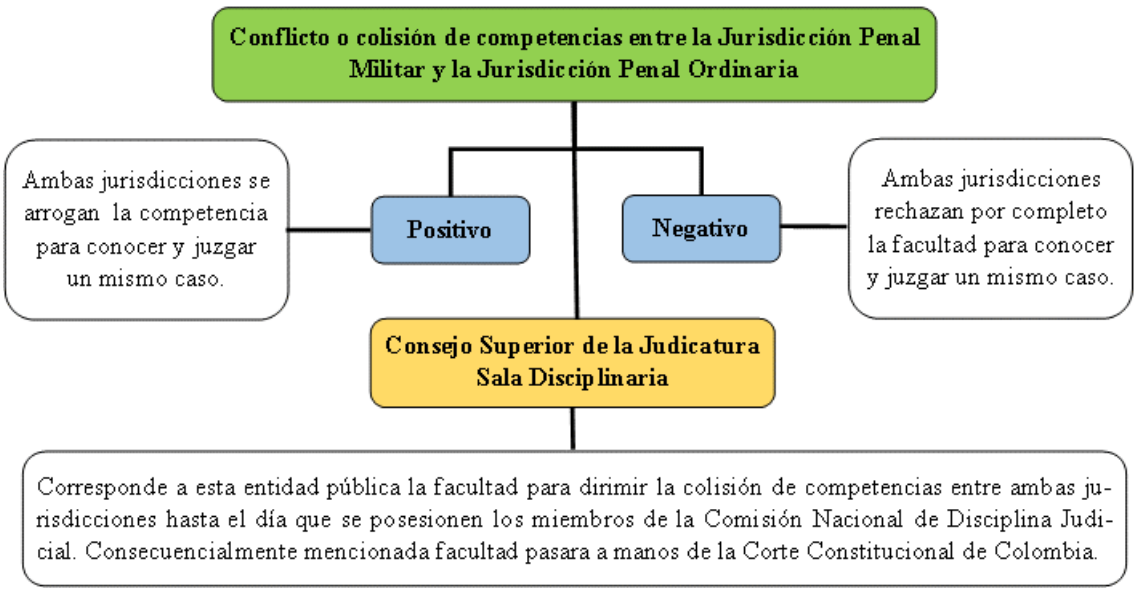


Figura 1. Esquema explicativo respecto de la colisión de competencias entre la jurisdicción penal militar y la jurisdicción penal ordinaria.

Fuente: Elaboración propia

Según el Acto legislativo No. 2 del 1º de julio de 2015 corresponde de forma transitoria a la sala disciplinaria de Consejo Superior de la Judicatura conocer y dirimir conflictos de competencia que pudiesen existir entre la jurisdicción penal militar y la penal ordinaria; de este modo "los actuales magistrados de la sala jurisdiccional disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, ejercerán sus funciones hasta el día que se posesionen los miembros de

[18] Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C- 361/2001, 1.

la Comisión Nacional de Disciplina Judicial."[19] Asimismo, cuando cesen los efectos transitorios establecidos por el acto legislativo dicha facultad de dirimir conflictos de competencia entre jurisdicciones corresponderá a la Corte Constitucional de Colombia.

Por tal razón, como regla general la decisión adoptada por el órgano competente, es decir el Consejo Superior de la Judicatura, para dirimir y determinar quien posee la facultad de conocer y juzgar un caso en concreto en un conflicto de competencias entre ambas jurisdicciones es vinculante, tanto para las partes en litigio como para las autoridades judiciales, dado que el aparato judicial debe propiciar en todo proceso la seguridad jurídica como principio y de este modo, garantizar que mencionada decisión no sea debatida en instancias judiciales posteriores. Es así que en principio una vez que el Consejo falla, la decisión reviste un carácter de definitiva, inmodificable, inmutable y de cosa juzgada, pues esta entidad cuenta con la facultad legal y constitucional para hacerlo. Entonces, no habría lugar para replantearse nuevamente el mismo asunto, toda vez que atentaría contra los principios de la administración de justicia.[20]

4.1 Criterios para que la Corte Constitucional esté facultada para intervenir en la decisión judicial que dirime un conflicto de competencia entre jurisdicciones

Sin embargo, la Corte ha enfatizado que, si bien es cierto que la decisión tomada por el Consejo Superior de la Judicatura respecto de la colisión de competencias entre la jurisdicción especial y la jurisdicción ordinaria adquiere la característica de cosa juzgada, existe la posibilidad de instaurar una acción de tutela como mecanismo de defensa cuando el operador judicial incurrió en un error por vía de hecho.

Ahora bien, la Corte ha justificado la procedencia de esta acción ya que "no existe en el ordenamiento jurídico colombiano ningún mecanismo que permita volver sobre este punto, precisamente porque estas decisiones están amparadas con una presunción de inmutabilidad, en aras de proteger el principio de seguridad jurídica, principio este que, en todo caso, no puede anteponerse ante violaciones protuberantes de derechos fundamentales, tales como el del debido proceso y el principio mismo de legalidad."[21]

Es así como la decisión judicial del juez no solo debe proferirse en derecho conforme a la ley, sino que también debe estar vinculada directamente a los valores constitucionales para corroborar su validez y eficacia constitucional y por lo mismo, el juez debe entender,

---

19 Congreso de la República de Colombia, Acto Legislativo No. 2 del 1º de julio de 2015 *(Por medio del cual se adopta una reforma de equilibrio de poderes y reajuste institucional y se dictan otras disposiciones.)* Artículo 19, Parágrafo transitorio 1º.

20 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-806/2000, 2.

21 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-806/2000, 24.

formarse académicamente y aplicar las diferentes teorías existentes para mejorar el desarrollo y motivación de su fallo.[22] En este sentido, se debe tener en cuenta las siguientes tres condiciones:

> 1) El juez equilibra debidamente su procedimiento, ya que es imparcial, independiente y respeta los principios del debido proceso.
>
> 2) Los hechos materia del conflicto deben estar corroborados completa y verazmente a través de pruebas legitimas. Por consiguiente, el uso de los medios probatorios allegados en el término procesal correspondiente debe estar debidamente fundado para motivar la decisión judicial del juez.
>
> 3) Debe existir una correcta interpretación y aplicación de la norma en el caso en concreto, en donde se velaría por el principio de legalidad y al ordenamiento jurídico en todas sus modalidades.[23]

Adicionalmente, la Corte estableció las situaciones en las que se presenta un error por vía de hecho por parte del funcionario judicial en el fallo o sentencia que da fin a un conflicto de competencias de la siguiente manera:

> 1) Presencia de un defecto sustantivo grave, el cual configura cuando la motivación de la providencia judicial se fundamentó en una regulación completamente inaplicable al caso concreto en materia de litigio.
>
> 2) Presencia de un defecto factico notorio, el cual se origina en el uso inapropiado o inadecuado del material probatorio por parte del juez al momento de aplicar una ley en específico al caso en cuestión.
>
> 3) Presencia de un defecto orgánico de competencia, el cual yace en la carencia del juez de facultades constitucional y legalmente asignadas para conocer y juzgar un caso en concreto.
>
> 4) Presencia de un defecto procedimental, el cual se da cuando evidentemente se desvía totalmente el procedimiento establecido legalmente establecido para llevar a cabo un caso en concreto.[24]

---

22 Conforme a las nuevas teorías del derecho y la prueba como el garantismo constitucional o el racionalismo.

23 Diana María Ramírez Carvajal, *La prueba en el proceso. Una aventura intelectual* (Medellín, Colombia: Librería Jurídica Sanchez R., 2017), 37-39, quien cita a Taruffo Michele en *Memorias de las Primeras Jornadas Internacionales de Derecho Procesal, Conferencia sobre la prueba, la verdad y la decisión judicial*. (Medellín, Colombia: Sello editorial Universidad de Medellín, 2004)

24 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-806/2000, 18.

En consecuencia, la Corte señalo que solo aquellas actuaciones que sean contrarias a la legislación vigente en materia de derecho, diferentes a sus formas jurídicas y a la ley sustancial, probatoria y procesal aplicable generan una justificación valida para proceder excepcional y restringidamente a intervenir contra sentencias judiciales dictadas por el juez legalmente competente a través del mecanismo de acción de tutela interpuesta por la parte interesada.[25]

Por consiguiente, en el tema que nos atañe, la carencia de competencia para conocer y juzgar es una causal o defecto orgánico que permite la nulidad de toda actuación procesal dentro del proceso en cuestión, toda vez que como factor fundamental para el debido proceso no puede ser omitido o pasado por alto por el operador judicial. Por tal razón, es menester del funcionario judicial adoptar y salvaguardar las medidas necesarias para prevenir el acontecimiento de esta sanción como garantía de aplicación de principios como la celeridad, la economía y la eficiencia en la administración de la justicia.

Asimismo, la Corte ha anotado que la presencia del defecto factico notorio, en donde el mal uso y análisis erróneo del acervo probatorio debe ser gravemente notorio para que un juez de tutela este facultado para realizar un estudio sobre las actividades realizadas por el funcionario judicial que las llevo a cabo. Ahora bien, en principio, el juez de tutela debe respetar en mayor grado la valoración probatoria que otro juez hace respecto a un caso en concreto.[26] Es por ello que su intervención solo se tendrá en cuenta cuando se omita la practica o valoración estricta o poco razonable de pruebas fundamentales que cambien de forma inequívoca el sentido del fallo. Por consiguiente, la Corte ha indicado que:

> El error en el juicio valorativo de la prueba debe ser de tal entidad que sea ostensible, flagrante y manifiesto, y el mismo debe tener una incidencia directa en la decisión, pues el juez de tutela no puede convertirse en una instancia revisora de la actividad de evaluación probatoria del juez que ordinariamente conoce de un asunto, según las reglas generales de competencia, porque ello sería contrario al principio de que la tutela es un medio alternativo de defensa judicial, aparte de que se invadiría la órbita de la competencia y la autonomía de que son titulares las otras jurisdicciones.[27]

Además, debe tenerse en cuenta que el derecho a la prueba[28] reviste una garantía constitucional que debe protegerse y garantizarse a nivel judicial en términos de igualdad y opor-

---

25 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-1001/2001, 21

26 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-1184/2001, 21.

27 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-442/1994, 12.

28 Ramírez Carvajal, *La prueba en el proceso*, 37-39. Quien cita a Joan Pico en *El derecho a la prueba* (BOSCH Editor, 1996).

tunidad procesal, toda vez que se origina en los principios del debido proceso y, por consiguiente, cuenta con una doble caracterización en sentido subjetivo y en sentido objetivo:

> 1) En sentido subjetivo, se considera un derecho sustancial, fundamental y prevalente del cual puede disponer cualquier persona. Por ello, puede protegerse y exigirse a través de la acción de tutela y/o ante instancias internacionales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
>
> 2) En sentido objetivo, como el conjunto de normas yacente en el precepto constitucional para garantizar de forma correcta los intereses particulares de las partes en litigio.

4.2 Criterios constitucionales para determinar la competencia de la jurisdicción penal militar para conocer de un caso en concreto

Por otro lado, la Corte ha establecido como elementos o criterios de determinación de la competencia en materia de conflicto o colisión entre jurisdicciones teniendo en cuenta las cualidades y calidades que revisten tanto al sujeto como al delito en el marco del fuero penal militar. En este orden de ideas, para que un delito sea de conocimiento de la jurisdicción penal militar debe contar con un elemento subjetivo, es decir que el sindicado sea un miembro activo en el marco de sus funciones legales y constitucionales en la institución castrense (fuerzas públicas) y un elemento funcional, en el que la comisión del delito se realiza durante la prestación del servicio y bajo el marco de las labores, tareas o actividades constitucional y legalmente asignadas. (Para mayor ilustración obsérvese la figura 2)

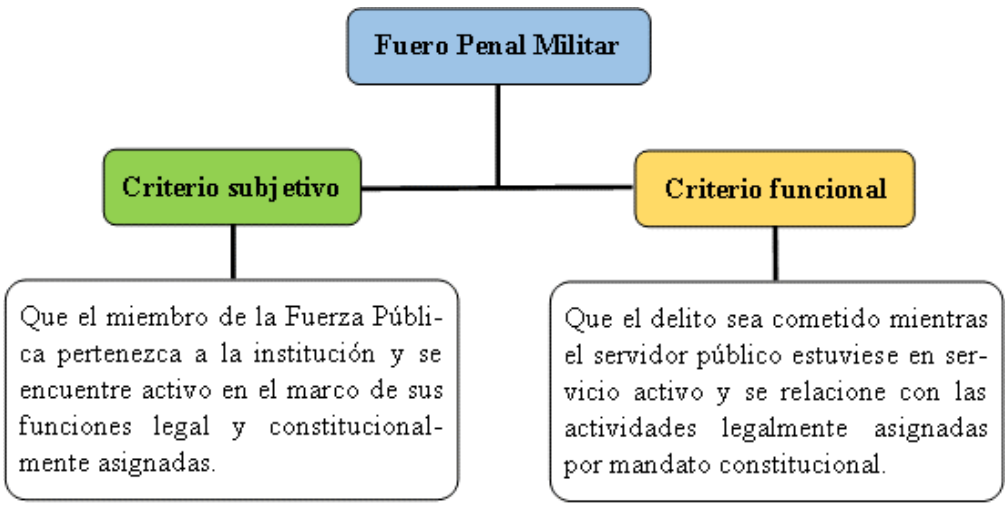


Figura 2. Esquema explicativo del fuero penal militar conforme a los criterios constitucionales.

Fuente: Propia

No obstante, la falta de alguno de estos criterios ocasiona la pérdida del fuero, toda vez que si un agente de la fuerza pública, aun cuando se encuentre en servicio activo, comete una conducta delictiva fuera del marco normativo determinado por el fuero queda sometido a la jurisdicción común de todos los ciudadanos o civiles promedio. En este sentido, la Corte ha indicado que "las prerrogativas y la investidura que ostentan los miembros de la fuerza pública pierden toda relación con el servicio cuando deliberadamente son utilizadas para cometer delitos comunes, los cuales no dejan de serlo porque el agente se haya aprovechado de las mencionadas prerrogativas e investidura, ya que ellas no equivalen a servicio ni, de otro lado, tienen la virtud de mutar el delito común en un acto relacionado con el mismo."[29]

El simple hecho de que sea un miembro de la fuerzas militares o policiales no le otorga la facultad de cometer delitos o crímenes a su libre albedrio e intereses que configuran una extralimitación o abuso de autoridad, pues esto lo convertiría en un delincuente común y corriente, ya que actúa de forma contraria a la integridad, supremacía y cumplimiento de los preceptos impuestos por la Constitución política de Colombia y demás leyes especializadas de servicio de la institución castrense, tales como el servicio público de la defensa y seguridad jurídica estatal.

Por consiguiente, deberá ser tratado y considerado con estricta igualdad como un delincuente común imputable por la justicia ordinaria puesto que salió de la órbita constitucional restringida de protección, toda vez que ser miembro activo es usado como mera fachada para cometer todo tipo de crímenes, como por ejemplo los de lesa humanidad en el marco de un conflicto armado interno o externo.

Respecto al fuero integral, conforme al artículo 235 de la Constitución política de Colombia, los generales de la República (cualquiera que fuese su rango) que se encuentran en ejercicio activo de su cargo poseen este fuero y, por tal razón, deben ser juzgados por la sala penal de la Corte Suprema de Justicia, independientemente de la calidad del delito y su relación con el servicio. En ese orden de ideas, la competencia siempre será de la Corte Suprema aun cuando el miembro de la Fuerza Pública cese sus actividades en el cargo y no podrá por ningún motivo ser juzgado por la justicia penal militar, es decir este es un caso excepcional. Asimismo, las conductas punibles tanto como por acción como por omisión de un delito de lesa humanidad cometidos por miembros de alto rango constituyen una grave violación a los derechos humanos y será juzgado por la Corte Suprema y la Fiscalía General de la Nación.

En consecuencia, como se ha mencionado con anterioridad durante la investigación, la Corte Constitucional ha sido clara en cuanto el carácter restringido que posee el fuero penal militar y su aplicación en la jurisdicción penal militar. Teniendo en cuenta que por

[29] Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C- 358/1997, 28.

su carácter especial no se debe convertir en la regla general para para el juzgamiento de todos los miembros de las fuerzas públicas (militares y policiales) pues con ello se rompería el principio de la seguridad jurídica, del juez natural, la administración de la justicia y el debido proceso en condiciones de igualdad material en el ordenamiento jurídico. De igual forma, en cuanto a los delitos de lesa humanidad, ante cualquier duda razonable respecto de su comisión, sin importar la calidad y cualidades del sindicado, será la jurisdicción penal ordinaria quien lleve la investigación.

5. Conclusiones

Con el fin de responder el cuestionamiento de cuáles son los criterios que se deben tener en cuenta para determinar la competencia del juez en materia de delitos cometidos por miembros activos de la fuerza pública por razón del servicio y con relación al mismo en Colombia, esta investigación determinó, en primer lugar, qué se entiende por fuero penal militar. En este sentido, se revisó desde la connotación básica del fuero en donde la Real Academia Española indicaba que era una prerrogativa que se le otorgaba a ciertas personas por su cargo, calidades o cualidades especiales.

Es así que desde la misma Constitución política de Colombia se reviste a los agentes o miembros de la fuerza pública, es decir, los integrantes activos de las Fuerzas Armadas, las Fuerzas Militares, la Fuerza Naval y la Policía Nacional, con una investidura especial en la cual se les otorga la posibilidad de que los delitos que cometieron en cumplimiento del marco laboral de sus funciones, actividades y tareas constitucional y legalmente asignadas, tales como el uso coercitivo de la fuerza del estado, el uso de armamento para la defensa de los bienes jurídicos de interés para el Estado y el sometimiento y subordinación a normas especializadas para la actividad y acopio militar, sean juzgados por sus pares en la jurisdicción penal militar.

En este sentido, cabe resaltar que sus pares, tiene conocimiento por su formación académica o su experiencia profesional y se configuran en cortes marciales o tribunales militares. Por consiguiente, cuentan con capacidades altamente desarrolladas en el ámbito del derecho operacional y en el caso de conflictos armados internos o externos en el ámbito del Derecho Internacional Humanitario (derecho de guerra) para juzgar a los posibles sindicados por las conductas que realicen dentro de la orbita del servicio y con razón al mismo. Asimismo, se determina que gracias a esas cualidades y calidades especiales en dichos agentes es que se justifica la creación de esta jurisdicción, pues las penas y sanciones impuestas a los mismo requieren una diferenciación de las que podrían imputarse a un ciudadano común o civil en condiciones normales.

En segundo lugar, se enfatizo respecto de la importancia del derecho al juez natural en el ordenamiento jurídico colombiano, conforme a las cualidades y calidades especiales del posible sindicado o sujeto procesal. En donde se indica que este derecho no solo abarca la necesidad de que sea únicamente un juez u operador judicial el que conozca y juzgue la comisión de los delitos por parte del posible acusado, sino que también se resalta la importancia de que las facultades del juez no se modifiquen cuando ya se encuentran preestablecidas ni se le revoque la competencia preexistente. Por tanto, los parámetros establecidos para figura jurídica del juez natural como regla general, derecho y como principio dentro de todo proceso son de obligatorio cumplimiento con el fin de evitar posteriores violaciones o vulneraciones a los derechos fundamentales legalmente establecidos por la constitución.

También es muy importante resaltar que si bien es cierto que la rama legislativa cuenta con la facultad de determinar la configuración legislativa de las jurisdicciones, es decir, la estructura, la organización, los procedimientos jurídicos y las posibles conductas con sus respectivas penas, sanciones y multas, debe respetar los fundamentos, principios y valores asignados por la Constitución política pues son la base de todo el ordenamiento jurídico. Por ello, tanto la jurisdicción penal miliar como la jurisdicción penal ordinaria comparten estos preceptos constitucionales sin importar la forma en que se regulen.

En tercer lugar, se abordaron los criterios constitucionales establecidos por la Corte Constitucional para determinar qué jurisdicción puede llegar a tener la competencia sobre un caso en concreto cuando existe un conflicto o colisión positiva, es decir que dos jueces se arrogan la facultad de conocer y juzgar un mismo caso en cuestión o, por el contrario, negativa cuando ambos rechazan dicha facultad para llevar a cabo su función judicial. En este orden de ideas, este ítem se explicó en tres partes: la primera parte denoto que quien posee la competencia de manera transitoria para dirimir estos conflictos es el Consejo Superior de la Judicatura —sala disciplinaria—. Sin embargo, dicha facultad pasaría a manos de la Corte Constitucional cuando el parágrafo transitorio del artículo 19 del Acto legislativo 02 de 2015 deje de estar vigente y se creen las nuevas instancias estipuladas allí.

En la segunda parte, se abordó la posibilidad de que la Corte constitucional interviniera en las decisiones judiciales del Consejo Superior de manera muy excepcional a través del mecanismo de la acción de tutela por un error en vía de hecho. Es decir, que la Corte podría analizar no solo el caso en concreto sino su acerbo probatorio siempre y cuando este fuera determinante para el rumbo que tomaría el fallo judicial.

De este modo se estipulan cuatro defectos graves por los que procedería dicha intervención: el defecto sustantivo grave, en donde se motiva un fallo judicial con regulación normativa inaplicable al caso; el defecto factico notorio, en el cual se da el uso inapropiado y análisis inadecuado del material probatorio por parte del juez para aplicar la ley en el caso

en concreto; el defecto orgánico de competencia, que se presenta cuando el juez carece de competencia para llevar a cabo sus funciones judiciales y el defecto procesal, el cual desvía el rumbo del proceso determinado legalmente para el caso en concreto.

Asimismo, cabe resaltar que, a nivel probatorio, las pruebas revisten una garantía constitucional gracias al debido proceso tanto subjetivo, en cuanto a la posibilidad de cada persona para disponer de su derecho sustancial, fundamental (prevalente) y protegerlo a través de la acción de tutela o el Derecho Internacional Humanitario, como objetivo concebido como el conjunto de normas yacente para garantizar la protección de las partes en litigio. En consecuencia, un error de tal magnitud como lo es el de vía de hecho, requiere la intervención inmediata y el estudio probatorio de manera excepcional por parte de la Corte Constitucional con el fin de proteger y garantizar la seguridad jurídica, el acceso a la justicia y el mismo debido proceso.

Y finalmente, en la tercera parte se exponen aquellos criterios constitucionales referentes directamente al fuero penal militar, en donde no solo se resalta importancia de que el agente o miembro de la fuerza publica cumpla con los requisitos determinados allí, es decir el elemento subjetivo y el funcional sino que establece dos reglas excepcionales muy importantes: la primera respecto de los delitos cometidos en un conflicto armado interno o externo que tenga relación con los delitos de lesa humanidad, en los cuales es la jurisdicción ordinaria es quien deberá conocer y juzgar dichas conductas y la segunda, respecto a los miembros activos de alto rango dentro de las fuerzas militares que sin importar la naturaleza del delito, por condiciones del fuero integral serán juzgados por la Corte Suprema de Justicia, aun cuando el sindicado cese sus actividades en el cargo.

Bibliografía

Congreso de la República de Colombia, Acto Legislativo No. 2 del 1º de julio de 2015 *(Por medio del cual se adopta una reforma de equilibrio de poderes y reajuste institucional y se dictan otras disposiciones.)*

Congreso de la República de Colombia. Constitución política de Colombia de 1991 de 20 de junio de 1991.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T- 442/1994 de 11 de octubre de 1994. Magistrado Ponente. Antonio Barrera Carbonell.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C- 358/1997 de 5 de noviembre de 1997. Magistrado Ponente. Eduardo Cifuentes Muños.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-473/1999 de 7 de julio de 1999. Magistrado Ponente. Martha Victoria Sáchica De Moncaleano.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-806/2000 de 29 de junio de 2000. Magistrado Ponente. Alfredo Beltrán Sierra

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-361/2001 de 2 de abril de 2001. Magistrado Ponente. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-1068/2001 de 10 de octubre de 2001. Magistrado Ponente. Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-1001/2001 de 18 de septiembre de 2001. Magistrado Ponente. Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU.1184/2001 de 13 de noviembre de 2001. Magistrado Ponente. Eduardo Montealegre Lynett.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-710/2002 de 3 de septiembre de 2002. Magistrado Ponente. Jaime Araujo Rentería.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-171/2004 de 3 de marzo de 2004. Magistrado Ponente. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-070/2009 de 12 de febrero de 2009. Magistrados Ponentes. Humberto Antonio Sierra Porto Y Clara Elena Reales Gutiérrez.

Corte Constitucional de Colombia Sentencia C-373/2011 de 12 de mayo de 2011. Magistrado Ponente. Nilson Pinilla Pinilla.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-084/2016 de 24 de febrero de 2016. Magistrado Ponente. Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional de Colombia Sentencia C-205/2016 de 27 de abril de 2016. Magistrado Ponente. Alejandro Linares Cantillo.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-326/2016 de 22 de junio de 2016. Magistrado Ponente. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-372/2016 13 de julio de 2016. Magistrado Ponente. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

Corte Constitucional de Colombia Sentencia C-430/19 de 17 de septiembre de 2019. Magistrado Ponente. Antonio José Lizarazo Ocampo.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C- 255/2020 de 22 de julio de 2020. Magistrado Ponente. Diana Fajardo Rivera.

Diana María Ramírez Carvajal. *La prueba en el proceso. Una aventura intelectual* (Medellín, Colombia: Librería Juridica Sánchez R., 2017)

CAPÍTULO IV

Aproximación a la ilicitud de la prueba en Michele Taruffo

Joan Picó I Junoy

1. Introducción

En la obra de Taruffo encontramos una evolución del concepto de prueba ilícita que podemos encuadrar en tres etapas: si bien no aparece en sus iniciales estudios probatorios (desde 1970 hasta 1992), lo empieza a utilizar en un sentido amplio a partir de 1992 para, finalmente, mantener una idea muy restrictiva del mismo, que ha trascendido a la posterior doctrina. Al final del camino intelectual del profesor de Pavía, el alcance de este concepto, para un ferviente defensor del derecho a la prueba y la búsqueda de la verdad en el proceso como es él, necesariamente debe limitarse al máximo.

Para demostrar esta tesis, voy a examinar sus dos primeras obras clave *Studi sulla rilevanza della prova* (1970)[1] y *La motivazione della sentenza civile* (1975)[2], así como su trabajo sobre *Il diritto alla prova nel processo civile* (1984)[3]. Posteriormente, entraré en el estudio de sus conocidos estudios *La prova dei fatti giuridici* (1992)[4] y *La semplice verità* (2009)[5]. Por último, para su tercera etapa, examinaré su libro *La prova nel proceso civile* (2012)[6], cuya opinión sobre la materia se mantiene inalterable con posterioridad.

---

1 Michele Taruffo, *Studi sulla rilevanza della prova,* (Padova: Cedam, 1970).

2 Michele Taruffo, *La motivazione della sentenza civile* (Padova: Cedam, 1975).

3 Michele Taruffo, "Il diritto alla prova nel processo civile", *Rivista di diritto processuales*, vol. 39, no. 4 (supplemento) (1984).

4 Michele Taruffo, *La prova dei fatti giuridici* (Milano: Giuffré, 1992).

5 Michele Taruffo, *La semplice verità* (Bari: Laterza, 2009).

6 Michele Taruffo, *La prova nel processo civile,* (Milano: Giuffré, 2012).

2. Primera etapa: "Studi sulla rilevanza della prova" (1970), "La motivazione della sentenza civile" (1975) e "Il diritto alla prova nel processo civile" (1984)

La tesis doctoral de Taruffo se centró sobre el concepto de relevancia de la prueba, que cristalizó en su libro "Studi sulla rilevanza della prova" (1970)[7]. En esta obra, examina los múltiples significados que este término tiene tanto en el *civil law* como en el *Common Law*, para defender la idea de ampliar al máximo su significado como "corolario de la libertad de valoración reconocida al juez"[8]. Sin embargo, constata la existencia de múltiples reglas de exclusión probatoria que pueden tener muy distinta justificación: proteger la objetividad del juicio, obviando la admisión de pruebas que puedan inducir a la determinación errónea de los hechos; evitar una pérdida de tiempo innecesaria y de actividades judiciales; evitar que la contraparte sea sorprendida injusta y dañinamente con una prueba respecto de la cual no esté preparada para contradecir o exigencias derivadas de la necesidad de proteger secretos profesionales[9]. Pues bien, a nota de pie de página[10], añade otra justificación relevante a nuestro estudio: "excluir pruebas obtenidas con violación de los derechos garantizados por la Constitución" (y para ello se remite a la obra de Robert Donigan y Edward Cole Fischer, *The Evidence Handbook*, Evanston, III, 1965, pp. 195 y ss). Esta es la única referencia descriptiva que encontramos sobre la ilicitud de la prueba como motivo de exclusión probatoria.

Cinco años después publica su libro sobre "La motivazione della sentenza civile" (1975)[11], en la que, a lo que a nosotros nos interesa, desarrolla magistralmente la exigencia de motivar la decisión judicial que inadmite una prueba en la medida en que ello afecta, por un lado, respecto a las partes, su derecho a la prueba (como parte integrante de la garantía fundamental de la defensa procesal) y, respecto al juez, su obligación constitucional de motivar el juicio fáctico de su sentencia. Todo ello le lleva a concluir que cuando el ejercicio del citado derecho es excluido o limitado por el juez surge, de la parte que ha propuesto la prueba, el derecho a conocer las razones específicas de la exclusión o limitación. Y, en este sentido, considera que resulta evidente que, ante la falta de dicha motivación, la garantía inherente a la posibilidad de hacerse valer de todos los medios de prueba útiles y admisibles sería puramente formal[12].

---

7 Taruffo, *Studi sulla rilevanza*.

8 Taruffo, *Studi sulla rilevanza,* 90.

9 Taruffo, *Studi sulla rilevanza,*. 91 y 125.

10 Número 139 de Taruffo, *Studi sulla rilevanza,* 125.

11 Taruffo, *La motivazione*.

12 Taruffo, *La motivazione,* 439.

Pocos años después del libro sobre la motivación judicial, Taruffo publica *Il diritto alla prova nel processo civile* (1984)[13], uno de los estudios pioneros sobre la materia, que constituyó la ponencia nacional italiana al "VII International Congress on Procedural Law" de la International Association of Procedural Law, celebrado en Würzburg en septiembre de 1983. En esta aportación intelectual, tras constatar que la posición de las partes respecto de la prueba siempre se ha realizado bajo la perspectiva de la *onus probandi*, el autor[14] pone el punto de atención de la prueba como actividad procesal que integra o forma parte de la garantía constitucional de defensa de las partes. En este trabajo, Taruffo configura el contenido del derecho a la prueba sobre la base del concepto de la "relevancia" de la prueba: solo la prueba relevante es la que debe admitirse, practicarse con contradicción y someterse a valoración judicial. Por ello, crítica los numerosos límites probatorios existentes tanto en el *codice civile* como en el *codice de procedura civile*, entre los que no se encuentra el de la prueba ilícita. Seguidamente se centra en el problema de si la iniciativa probatoria del juez supone una ilegítima intromisión en el libre ejercicio de este derecho, a lo que responde negativamente. En definitiva, en este trabajo, si bien se analiza el contenido del derecho a la prueba, no se sistematiza de manera ordenada sus límites, por lo que en ningún momento se plantea el tema de la prueba ilícita[15].

3. Segunda etapa: *La prova dei fatti giuridici* (1992), *Lezioni sul processo civile* (1995) y *La semplice verità* (2009)

La segunda etapa del pensamiento de Taruffo sobre la prueba ilícita se inicia en otra de sus obras fundamentales de derecho probatorio, *La prova dei fatti giuridici* (1992), que forma parte de la conocida colección "Tratatto di diritto civile e commerciale", dirigida por A. Cicu e F. Messineo en la editorial Giuffrè.

Aquí se plantea el problema de la ilicitud de la prueba desde el prisma de la relevancia y admisibilidad de la prueba, centrándose especialmente en el problema de las denominadas

---

13 Michele Taruffo, "Il diritto alla prova nel processo civile", *Rivista di diritto processuales*, vol. 39, no. 4 (supplemento) (1984).

14 Siguiendo básicamente los planteamientos de Cappelletti-Vigoriti, Comoglio y Trocker (*vid.* nota 5 de Taruffo, "Il diritto alla prova").

15 Ello no sucede en obras simultáneas y posteriores de otros autores que han examinado el derecho a la prueba, que configuran como uno de sus límites el carácter ilícito de la prueba: así, en las simultáneas, *vid.* Manuel Serra Domínguez, "El derecho a la prueba en el proceso civil español", en *Libro Homenaje a Jaime Guasp* (Granada: Comares, 1984), 568; y en las posteriores a Joan Picó Junoy, *El derecho a la prueba en el proceso civil* (Barcelona: José María Bosch, 1996), 61; Ariel Mantecón Ramos, *Tutela ordinaria del derecho a la prueba en el proceso civil* (La Habana: Organización Nacional de Bufetes Colectivos, 2010), 129, o Luis Bernardo Ruiz Jaramillo, *La prueba como derecho en el Código General del Proceso* (Medellín: Universidad de Antioquía; (Valencia: Tirant lo Blanch, 2019), 405.

"pruebas atípicas", esto es, aquellas formadas fuera del procedimiento legalmente establecido[16]. Así, examina la validez de los documentos creados sin seguir las normas procedimentales referidas a las pruebas documentales[17], o las declaraciones testificales extrajudiciales[18]. La conclusión a la que llega es que son ilícitas e inadmisibles las pruebas formadas en el proceso con vulneración de las normas legales que aseguran la contradicción entre las partes y no lo son aquellas que se forman sin contradicción fuera del proceso siempre que se asegure el citado contradictorio en juicio[19].

Sin embargo, el concepto de prueba ilícita no es algo que centre su atención. De hecho, en el epígrafe titulado "léxico de las pruebas" se refiere a las habituales clasificaciones de prueba directa, indirecta y subsidiaria[20]; prueba directa y contraria, positiva y negativa[21]; o prueba histórica y crítica[22]. Seguidamente, en el punto de "otras clasificaciones" [23], se refiere a la prueba legal y libre, prueba típica y atípica, prueba real, documental y personal, prueba preconstituida y de formación procesal y prueba científica, informática y estadística. Pero no formula la distinción entre prueba licita e ilícita y, en consecuencia, no la examina.

En la posterior obra, *Lezioni sul processo civile* (1995)[24], sigue en su planteamiento de entender como justificados ciertos límites al derecho a la prueba, destacando "que solo limitaciones basadas en valores fundamentales de nivel constitucional pueden incidir en la plena actuación del derecho a la prueba"[25]; y persiste en el citado listado léxico de las pruebas sin referirse expresamente al término de "prueba ilícita"[26].

Finalmente, en *La semplice verità* (2009)[27], el profesor de Pavía, si bien dedica especial atención a "la exclusión de pruebas relevantes"[28], expresamente no se refiere a las pruebas ilícitas. Insiste aquí en la célebre idea benthamiana de que "la prueba es la base de la justicia, por lo que excluir la prueba es excluir la justicia", lo que le lleva a considerar que toda prueba

16 Taruffo, *La prova dei fatti giuridici*, 351-361 y 404-420.

17 Taruffo, *La prova dei fatti giuridici,* 356.

18 Taruffo, *La prova dei fatti giuridici,* 357.

19 Taruffo, *La prova dei fatti giuridici,* 359.

20 Taruffo, *La prova dei fatti giuridici,* 426-432.

21 Taruffo, *La prova dei fatti giuridici,*432-433.

22 Taruffo, *La prova dei fatti giuridici,*433-437.

23 Taruffo, *La prova dei fatti giuridici,* 440-441.

24 La primera edición de la obra es de 1995, pero consulto la cuarta edición: Luigi Paolo Comoglio; Corrado Ferri; Michele aruffo. *Lezioni sul processo civile. I. Il processo ordinario di cognizione.* 4° edición. (Bologna: Il Mulino, 2006).

25 Comoglio, Ferri, Taruffo, *Lezioni sul processo civile*, 419.

26 Comoglio, Ferri, Taruffo, *Lezioni sul processo civile*, 421-422.

27 Michele Taruffo, *La semplice verità* (Bari: Laterza, 2009).

28 Taruffo, *La semplice verità,* 165-176.

relevante debe ser admitida, salvo que haya una norma específica que prevea su exclusión[29]. Justamente en este punto, se refiere a dos grandes categorías de reglas de exclusión probatoria de acuerdo con la función que se les atribuye:

a) las normas que pretenden cumplir exclusivamente una función epistémica, e intentan prevenir o evitar errores en la determinación del valor probatorio de ciertas pruebas (como sucede, por ejemplo, con las normas que excluyen la prueba testifical para probar los contratos de una determinada cuantía económica; o la *hearsay rule*, que excluye a los testigos de oídas o de referencia); y

b) las normas que no persiguen una finalidad epistémica sino que simplemente implican la exclusión de pruebas relevantes o la imposibilidad de probar en juicio hechos que sería relevantes para la decisión (aunque, en su desarrollo, solo se refiere al ejemplo de la prueba de los hechos secretos)[30].

En conclusión, como podemos advertir, la idea de la prueba ilícita aparece implícitamente al referirse a este segundo grupo de normas que suponen directamente la exclusión de pruebas relevantes[31].

Este mismo planteamiento es el que encontramos en obras "menores" del autor, como la voz "Prova giuridica" de la *Enciclopedia delle scienze sociali* de la editorial Treccani (1997)[32]; en "Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad" (2008)[33]; o los diferentes estudios probatorios recopilados —y traducidos al español- publicados en 2008 bajo el título de *La prueba*[34].

Excepcionalmente, en algún estudio, empezamos a visualizar la postura restrictiva que mantendrá Taruffo sobre el concepto de prueba ilícita en su posterior tercera etapa. Este es el caso del estudio titulado "La prueba" que forma parte de su libro *Cinco lecciones mexicanas*, publicado por la Escuela Judicial Electoral de México en 2003. Pues bien, en este trabajo, al examinar el valor superior del derecho a la prueba, justifica la necesidad de limitar al máximo el alcance de la prueba ilícita, destacando: "Entonces, cuando se discute de reglas específicas que excluyen los medios de prueba, nos encontramos frente a un problema

---

29 Taruffo, *La semplice verità,* 166-167.

30 Taruffo, *La semplice verità,* 174-175.

31 De igual modo, en su estudio que dedica al principio dispositivo y a la valoración de la prueba publicado en el libro *Poteri del giudice* —Michele Taruffo y Antonio Carrata, *Poteri del giudice* (Bologna: Zanichelli, 2011)— tampoco aborda el tema de ilicitud probatoria y sus efectos procesales.

32 Michele Taruffo, "Prova giuridica". En *Enciclopedia delle scienze sociali* (Roma: Treccani, 1997). https://www.treccani.it/enciclopedia/prova-giuridica_%28Enciclopedia-delle-scienze-sociali%29/

33 Michele Taruffo, "Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad". En *La prueba: artículos y conferencias,* 41-72. Santiago de Chile: Metropolitana, 2003b. https://letrujil.files.wordpress.com/2012/01/la-prueba-michele-taruffo.pdf.

34 Michele Taruffo, *La prueba*, traducción de Laura Manríquez y Jordi Ferrer Beltrán (Madrid: Marcial Pons, 2008a).

de constitucionalidad, porque el derecho de acción y de defensa está constitucionalmente garantizado o considerado como un derecho fundamental. Si no, se reduce a un mero enunciado formal. Entonces, se requiere que su manifestación que consiste en el derecho a la prueba sea igualmente garantizada. Razonando así, podemos llegar a la conclusión de que, al menos en tendencia, las reglas de exclusión de los medios de prueba son anticonstitucionales, excepto que —y esta es la única excepción— se trate de reglas que a su vez son manifestación de una garantía constitucional, porque entonces nos encontramos frente a un caso de conflicto entre valores que tienen un mismo nivel. Pero, si detrás de una regla de exclusión de una prueba no hay un valor constitucional, esta regla es inconstitucional porque viola el derecho de acción y de defensa […]. La prueba se define como ilícita, cuando las modalidades con las que se adquirió violaron una garantía constitucional. Con las debidas modalidades, esta prueba puede ser eliminada con una norma de exclusión, pero si no logramos ver detrás de la regla de exclusión un valor constitucional, tenemos la cuestión de la constitucionalidad. Debe prevalecer el derecho a la prueba, como derecho fundamental"[35].

4. Tercera etapa: *La prova nel processo civile* (2012)

Esta monografía constituye una especie de continuación de La prova dei fatti giuridici que Taruffo había publicado veinte años antes[36].

Una de las diferencias más significativa entre ambas obras es la expresa atención que aquí se dedica a la problemática de la prueba ilícita. Y, en concreto, el epígrafe 8.2 del primer capítulo, que aparece bajo el título "Pruebas nulas e ilícitas"[37].

Procede a diferenciar ambos conceptos y darles un contenido propio:

> a) Por prueba nula entiende aquella "que ha sido admitida violando la norma que establece su inadmisibilidad, o bien la que ha sido practicada vulnerando las normas que regulan la forma de practicar las pruebas"[38]. Todas estas normas las encontramos en las específicas regulaciones de cada medio de prueba, y para ejemplificar esta categoría conceptual se centra en dos ejemplos: la prueba pericial realizada sin permitir a la parte perjudicada por la misma participar en las operaciones periciales; y la declaración testifical de una persona que el art. 246 del *códice de procedura civile* declara incapaz para declarar. En estos casos, estaríamos ante prueba "atípicas" que podrían admitirse en el proceso.

35 Michele Taruffo, *La prueba,* 125.

36 Taruffo, *La prova dei fatti giuridici*.

37 Ob. cit., supra, pp. 75 a 77.

38 Op. cit. supra, p. 75.

b) Por prueba ilícita, en sentido estricto, entiende aquella "que ha sido formada fuera del proceso o incorporada al mismo con medios ilegales o ilegítimos, con métodos penalmente ilícitos o con actos que comportan una violación de los derechos individuales constitucionalmente protegidos"[39]. En estos casos, considera que hay una prohibición de utilización de las pruebas ilícitas, por lo que sería incorrecto calificarla como "atípica" al objeto de justificar su admisibilidad[40].

Como podemos comprobar, Taruffo limita el concepto de prueba ilícita a la obtenida mediante actos que suponen un ilícito penal o vulnerando derechos constitucionales.

5. Influencia del concepto taruffiano en la posterior doctrina

La influencia de la obra de Taruffo ha sido clave en la posterior configuración doctrinal de la prueba ilícita: destaca aquí la obra de su discípulo Luca Passanante, autor de la obra de referencia sobre la prueba ilícita en el proceso civil italiano con su monografía *La* prova *illecita nel processo civile* (2017)[41] y sus diversos estudios sobre la materia[42]. Esta repercusión se concreta en dos datos: Taruffo es el autor que cuenta con el mayor número de obras citadas (28) y el segundo en efectuar citas directas a sus estudios (63)[43]. Pues bien, para este autor, la prueba ilícita debe definirse como "aquel medio de prueba preconstituido para cuya obtención se han infringido normas de derecho sustantivo sancionables, o aquel medio de prueba practicado en el proceso en el que la parte ha vulnerado normas de derecho sustantivo sancionables"[44]. A falta de tales normas, se plantea si es posible deducir una regla de exclusión de la prueba ilícita a partir de los principios constitucionales, para concluir argumentando que no es posible, por lo que los tribunales no deben excluir las pruebas obtenidas ilegalmente deduciendo una regla de exclusión de los principios constitucionales que no tienen relación con la protección judicial de los derechos.

---

39 Op. cit. supra, p. 76.

40 Op. cit. Supra, p. 77.

41 G. Giappichelli, Torino.

42 El más reciente, su estudio *Ammissibilità della prova (illecita?) e diritto alla riservatezza*, en "Il Foro italiano", vol. 146, parte I, 2021, pp. 285 a 291; aunque también deben consultarse sus trabajos *Illegally obtained evidence in civil litigation: a comparative perspective*, en "La prueba en el proceso", Atelier, Barcelona, 2018, pp. 175-197; y *Prova illecita (diritto processuale civile)*, en "Enciclopedia del diritto", Giuffrè, Milano, 2017, pp. 681-695.

43 Por delante solo se encuentra la obra de L.P. Comoglio con 78 citas (y por detrás, y a gran distancia, los estudios de Graziosi y Consolo, con 38 citas; Allorio, con 36; Bobbio y G.F. Ricci, con 35; Carnetutti, con 33, Cavallone y Denti, con 30, Carratta y Trocker, con 29; y Angeloni y Balena, con 27).

44 Ob. cit. supra p. 135. Un concepto similar lo formula en *Ammissibilità della prova (illecita?)...*, ob. cit., p. 290; en *Illegally obtained evidence in civil litigation...,* ob. cit., p. 182; y en *Prova illecita (diritto processuale civile)*, ob. cit., pp. 692-693.

De igual modo, la influencia del profesor de Pavía en esta materia es constante en la obra de autores españoles y americanos: entre los primeros, a modo de ejemplo, Picó Junoy efectúa sus estudios sobre el derecho a la prueba y sus límites —entre los que destaca la ilicitud de la prueba— teniendo presente la obra de Taruffo[45]; y entre los segundos, también a modo de ejemplo, podemos destacar en Colombia a Ruiz Jaramillo (2019, 29); en Cuba a Mantecón Ramos (2010, 7); y en Perú a Priori Losada y sus recientes estudios sobre la ilicitud probatoria[46].

6. Conclusiones y reflexiones sobre el concepto de prueba ilícita en la obra de Taruffo

Acabamos de verificar que Taruffo no formuló expresamente un concepto de prueba ilícita. Sin embargo, es fácilmente deducible que mantiene un alcance muy restringido del mismo de las siguientes dos ideas centrales que encontramos en sus obras:

a) la búsqueda de la verdad como meta de todo proceso. Si este tiene por objeto la justa resolución de los litigios, y ello no se alcanza con una errónea fijación judicial de los hechos, es evidente que debe rechazarse todo aquello que limite alcanzar dicho objetivo; y

b) el derecho a la prueba como parte fundamental integrante de la garantía constitucional de la defensa procesal de los litigantes. El reconocimiento de este derecho comporta una lectura restrictiva de todos los límites que puedan comprometer su eficacia.

En función de estas dos ideas es lógico llegar a la conclusión de que Taruffo asumió un concepto restringido de prueba ilícita, entendiendo que esta solo se da cuando para su obtención se ha vulnerado un derecho de igual categoría que el derecho a la prueba.

Por último, deseo acabar advirtiendo que es posible encontrar conceptos más restringidos que los mantenidos por Taruffo: es el caso español, en el que la reciente sentencia de su Tribunal Constitucional (TC) 97/2019, de 16 de julio[47], sostiene que la inadmisión procesal

---

45 Ello ya puede comprobarse en sus trabajos *El derecho a la prueba en el proceso civil*, J.Mª Bosch editor, Barcelona, 1996, pp. 16, 19, 21, 22 23, 26, 46, 47, 48, 54, 55 o 59; *La prueba ilícita: un concepto todavía por definir en España*, "Revista Iberoamericana de Derecho Procesal", 2020, nº. 2, p. 102 (y en "La Ley Probática", 2020, nº. 1, p. 6); y en *The New Challenges of Evidence Law in the Fourth Industrial Revolution*, "Technology, the Global Economy and Other New Challenges for Civil Justice", K. Miki (ed.), Intersentia, Cambridge, 2021, p. 498.

46 *Los remedios frente a la violación de derechos fundamentales en la obtención de medios probatorios en el proceso civil: una propuesta de revisión de la prueba ilícita en el proceso civil*, "La prueba: teoría y práctica", Agudelo Mejía, Pabón Giraldo, Toro Garzón, Bustamante Rua y Vargas Vélez (ed.), Universidad de Medellín, 2019, pp. 370 y 378 (de este autor, vid. también *Reglas de exclusión probatoria y prueba ilícita en Iberoamérica*, "La prueba en el proceso. Evidence in the process", Atelier, Barcelona, 2018, pp. 153-174).

47 ECLI:ES:TC:2019:97.

de una prueba obtenida con vulneración de un derecho fundamental sustantivo no constituye una exigencia que derive del contenido del derecho fundamental afectado. En consecuencia, la regla de exclusión de la prueba ilícita tiene naturaleza estrictamente procesal y ha de ser abordada desde el punto de vista de las garantías del proceso justo (art. 24.2 CE).

Desde esta perspectiva, la violación de las garantías del proceso justo, en relación con la prueba ilícitamente obtenida, ha de determinarse a través de un juicio ponderativo tendente a asegurar la igualdad de las partes y el proceso equitativo. Así se entiende que dos son los elementos necesarios de este juicio ponderativo: en primer lugar, ha de determinarse la índole de la ilicitud verificada en el acto de obtención de los elementos probatorios[48] y, en segundo lugar, ha de determinarse su ligamen o conexión con los derechos procesales de las partes desde el prisma del igualdad de las partes y el proceso equitativo, y para ello el TC entiende que debe analizarse la intencionalidad de la vulneración del derecho fundamental sustantivo, sus necesidades de tutela y el equilibrio e igualdad de las partes en el seno del proceso. Para este último elemento ponderativo, el TC utiliza dos parámetros de control, uno interno y otro externo: desde el primero, debe analizarse si la vulneración del derecho fundamental fue instrumentalmente orientada a obtener pruebas al margen de los cauces constitucionalmente exigibles, comprometiéndose en ese caso la integridad del proceso en curso y el equilibrio entre las partes[49] y, desde el segundo, debe valorarse si existen necesidades generales de prevención o disuasión de la vulneración consumada que se proyectan sobre el proceso[50].

Bibliografía

Comoglio, Luigi Paolo; Ferri, Corrado; Taruffo, M. *Lezioni sul processo civile. I. Il processo ordinario di cognizione.* 4° edición. Bologna: Il Mulino, 2006.

Mantecón Ramos, Ariel. *Tutela ordinaria del derecho a la prueba en el proceso civil*. La Habana: Organización Nacional de Bufetes Colectivos, 2010.

Passanate, Luca. *La* prova illecita nel processo civile". Torino: G. Giappichelli Editore, 2017.

Passanate, Luca. "Prova illecita (diritto processuale civile)". En *Enciclopedia del diritto,* 681-695. Milano: Giuffrè, 2017.

[48] Si es infraconstitucional o constitucional: en el primer caso no hay posibilidad de entender que existe una prueba ilícita.

[49] Si no es así, resultaría admisible (salvo excepciones de alta intensidad en el orden axiológico de los derechos fundamentales -ejemplo: tortura-).

[50] Para un comentario de esta sentencia vid. PICÓ JUNOY (2020 a).

Passanate, Luca. "Illegally obtained evidence in civil litigation: a comparative perspective". *La prueba en el proceso. II Conferencia Internacional & XXVI Jornadas Iberoamericanas de Derecho procesal,* 175-197. Barcelona: Atelier, 2018.

Passanate, Luca. "Ammissibilità della prova (illecita?) e diritto alla riservatezza". *Il Foro italiano*, vol. 146, parte I, (2021): 285-291.

Picó Junoy, Joan. *El derecho a la prueba en el proceso civil*. Barcelona: José María Bosch, 1996.

Picó Junoy, Joan. "Nuevas perspectivas sobre el alcance anulatorio de las pruebas ilícitas". *Justicia: revista de derecho procesal*, no. 3-4 (1997): 881-910.

Picó Junoy, Joan. "La prueba ilícita y su control judicial en el proceso civil". *Justicia: revista de derecho procesal*, no. 3-4 (2005): 59-100.

Picó Junoy, Joan. "La denuncia de la prueba ilícita en el proceso penal". En *El proceso penal: cuestiones fundamentales*. Ed. Olga Fuentes Soriano, 292-301.Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.

Picó Junoy, Joan. "La prueba ilícita: un concepto todavía por definir en España", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, no. 2 (2020 a): 83-108.

Picó Junoy, Joan. "Cuestiones problemáticas del derecho probatorio". *Revista de la Asociación de Derecho Procesal de las Universidades Españolas*, no. 1 (2020b): 333-336. https://apdpue.es/wp-content/uploads/2020/10/Revista-APDPUE-N%C2%BA-1-con-ISSN-y-DepositoLegal.pdf.

Picó Junoy, Joan. "The New Challenges of Evidence Law in the Fourth Industrial Revolution". En *Technology, the Global Economy and Other New Challenges for Civil Justice*. ed. K. Miki, 481-521. Cambridge: Intersentia, 2021.

Priori Posada, Giovanni. "Los remedios frente a la violación de derechos fundamentales en la obtención de medios probatorios en el proceso civil: una propuesta de revisión de la prueba ilícita en el proceso civil". En *La prueba: teoría y práctica.* Ed. Agudelo Mejía, Dimaro; Pabón Giraldo, Liliana D., Toro Garzón, Luis Orlando; Bustamante Rúa, Mónica y Vargas Vélez, Orión, 367-381. Medellín: Universidad de Medellín, 2019.

Priori Posada, Giovanni. "Reglas de exclusión probatoria y prueba ilícita en Iberoamérica". *La prueba en el proceso. II Conferencia Internacional & XXVI Jornadas Iberoamericanas de Derecho procesal,* 153-174. Barcelona: Atelier, 2018.

Ruiz Jaramillo, Luis Bernardo. *La prueba como derecho en el Código General del Proceso*. Medellín: Universidad de Antioquía; Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.

Serra Domínguez, Manuel. "El derecho a la prueba en el proceso civil español". En *Libro Homenaje a Jaime Guasp,* 561-585. Granada: Comares, 1984.

Taruffo, Michele. *Studi sulla rilevanza della prova.* Padova: Cedam, 1970.

Taruffo, Michele. *La motivazione della sentenza civile*. Padova: Cedam, 1975.

Taruffo, Michele. "Il diritto alla prova nel processo civile", *Rivista di diritto processuales*, vol. 39, no. 4 (supplemento) (1984): 74-120.

Taruffo, Michele. *La prova dei fatti giuridici.* Milano: Giuffré, 1992. (traducción de Jordi Ferrer Beltrán "La prueba de los hechos", Madrid: Trotta, 2002).

Taruffo, Michele "Prova giuridica". En *Enciclopedia delle scienze sociali*, Roma: Treccani, 1997. https://www.treccani.it/enciclopedia/prova-giuridica_%28Enciclopedia-delle-scienze-sociali%29/

Taruffo, Michele. *Cinco lecciones mexicanas : memoria del taller dederecho procesal*. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2003a.

Taruffo, Michele. "Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad". En *La prueba: artículos y conferencias,* 41-72. Santiago de Chile: Metropolitana, 2003b. https://letrujil.files.wordpress.com/2012/01/la-prueba-michele-taruffo.pdf

Taruffo, Michele. *La prueba*, traducción de Laura Manríquez y Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Marcial Pons, 2008a.

Taruffo, Michele. *La semplice verità*, Bari: Laterza, 2009. (Traducción al español de Daniel Accatino, *Simplemente la verdad*. Barcelona: Marcial Ponds, 2010).

Taruffo, Michele y Carrata, Antonio. *Poteri del giudice.* Bologna: Zanichelli, 2011.

Taruffo, Michele. *La prova nel processo civile.* Milano: Giuffré, 2012.

CAPÍTULO V

El precedente y su fuerza vinculante: Una mirada desde la obra de Michele Taruffo

Diana María Ramírez Carvajal
Adriana Del Pilar Henao Ochoa y
Mónica María Bustamante Rúa

1. Introducción: tensiones culturales en derecho

Uno de los valores más preciados por la cultura jurídica occidental es, sin lugar a duda, la justicia en perspectiva material. En ese ideal de la justicia se ha centrado la atención de la decisión del juez, pues esta es la que define el conflicto. Este ideal de justicia ha tenido muchas fórmulas, pero actualmente el razonamiento de la decisión judicial justa tiene unos entornos definidos en el derecho, los cuales, desde la perspectiva de Taruffo[1], se componen de tres elementos —todos necesarios y complementarios, pero no absolutos— que son: i) la decisión debe gestarse en un proceso realizado bajo el marco del debido proceso o proceso justo; ii) la decisión del juez se fundamenta en la confirmación verdadera de los hechos a través de pruebas legítimas —en orden constitucional y legal—; iii) la decisión soluciona el caso a través de la elección adecuada del derecho que se aplicará para la solución del conflicto.

Sin duda, el tercer presupuesto es de alta complejidad en el derecho contemporáneo, pues el ordenamiento jurídico y las fuentes del derecho se han diversificado y, por tanto, encontrar la fórmula adecuada e interpretarla razonablemente es una labor que impacta directamente la dimensión del precedente judicial vinculante.

[1] Michelle Taruffo, *Sobre las fronteras, escritos sobre la justicia civil* (Bogotá: Temis, 2008), 112.

Por todo ello, es de gran interés para la sociedad encontrar un adecuado equilibrio entre la justicia y el derecho, entre la cultura y el proceso, y entre la ley y la aplicación de la jurisprudencia. Ejercicio que, además de ser interesante, es útil para la evolución del derecho y para su fundamentación. Como bien lo expresaba Cappelletti, en sus estudios comparados:

> […] es importante estudiar y conocer el derecho desde una visión amplia, no dogmática, para ver el derecho como un fenómeno real, parte esencial de la cultura y de la sociedad humana pues la dogmática tradicional, quiere ver el derecho como pura norma separada de fenómenos sociales como: la economía, la política y la ética de la sociedad.[2]

El derecho se desarrolla así en modelos culturales ideológicos, generalmente en construcciones unidireccionales de intereses particulares —de colectivos restrictivos— que modelan réplicas y convergencias, pero que también crean divergencias. El derecho, desde esta visión contemporánea, pretende validar la diversidad de propuestas normativas, reconociendo que son múltiples los paradigmas que de una cultura a otra se van traslapando. Estas son perspectivas de retos, de nuevas dinámicas y, sobre todo, de actuar con creatividad en la aplicación del derecho para cambiar con decisión todo aquello que deba evolucionar.

Es la búsqueda por entender y aplicar adecuadamente los cambios —que la permanente dinámica del mundo le imprime a las disciplinas jurídicas— la que lleva a la comunidad jurídica a abordar una visión ampliada del derecho que está en permanente evolución y en la cual confluyen: la norma, la jurisprudencia, la sentencia, el precedente y ¿por qué no? incluso los *obiter dictum*.

En este relacionamiento se encuentran diferencias entre la familia del *Civil Law* y del *Common Law*, a la hora de definir cómo y por qué la jurisprudencia debe ser parte integral de las fuentes del derecho que, dicho sea de paso, cada vez debe ser más integral y holístico. Pero si se observa un poco la cultura de oriente, más allá de las fronteras europeas, es casi indescifrable para la comunidad jurídica, la distancia que existe entre la forma como se entiende el derecho, la jurisprudencia y el precedente.

El ordenamiento jurídico, en algunos países orientales, mantiene como base los libros sagrados a diferencia del derecho occidental. Es que en Oriente, como lo expone Pourostad, confluyen las enseñanzas de tres de los más destacados cultos religiosos de los que haya tenido noticia el mundo: el judaísmo, el islamismo y el cristianismo: "las reglas de Oriente Medio son muy entusiastas para dar un color islámico a cada fenómeno que viene de Occidente […] los países de Oriente Medio siempre han afirmado que han mantenido los mismos conceptos en su libro sagrado, el Corán, y que por tanto no necesitan de las leyes

[2] Mauro Cappelletti, *Dimensioni della giustizia nelle societá contemporanee* (Bolonia: Il Mulino, 1994), 24.

occidentales"[3]. Por esta forma de entender el fenómeno del derecho, inmerso en su cultura, la ley y la jurisprudencia se consideran un espacio molesto que entorpece la solución adecuada del conflicto social. El Corán es considerado el gran legislador y, por ello, los gobernadores del medio oriente, como afirma Pourostad, no creen en el derecho y menos en el proceso. La soberanía y el derecho pertenecen a Dios y, por lo tanto, los hombres no tienen un papel destacado en esta relación.

He aquí una reflexión que permite, desde la cultura, hacer plausible una idea para los países latinoamericanos que hoy se debaten entre la ley y el precedente jurisprudencial. El derecho, en cualquiera de sus formas, permite a una sociedad adoptar reglas de "civilidad", por ello, la comunidad jurídica se esfuerza por encontrar mecanismos de solución de conflictos sin violencia. Esa, tal vez, es una de sus más fuertes justificantes culturales.

Desde esta posición se da una mirada a las perspectivas plurales del derecho que reaccionan a la perspectiva monista e intentan articular un sistema de formas sociales que nacen, se autorregulan y evolucionan por fuera del derecho legislado. Una propuesta que resulta importante en países donde dos, o más sistemas jurídicos, coexisten en el mismo espacio social. En específico, el caso colombiano es de resaltar, pues en paralelo con el derecho ordinario del Estado coexisten no uno sino varios sistemas jurídicos diversos: la jurisdicción indígena, la justicia penal militar, la jueces de paz, justicia y paz, la justicia de restitución de tierras (antesala de la justicia transicional) y, por supuesto, los acuerdos de paz que formularon una propuesta de mecanismo judicial de justicia de transición —Jurisdicción Especial para la Paz—. En este entorno de complejidad, el legislador permanece corto y su impacto es más formalista que integrador, he ahí la importancia de la jurisprudencia y más aun del precedente, pues son normas de alta flexibilidad social.

Estos diversos puntos de convergencia se interconectan a través de la cultura y se intercambian; la cultura modela las formas de relacionamiento social, así como modela al derecho, a través de la diversidad de las fuentes que lo informan, en formas caleidoscópicas. Armonizarlas es una tarea de alto grado de dificultad. La mejor opción entre estas perspectivas normativas es avanzar en interpretaciones jurídicas eficientes, que intervengan las problemáticas de alto impacto global, pues la hiperinflación normativa tradicional no es suficiente para resolver los conflictos sociales, los cuales, sin lugar a duda, surgen del acentuado desequilibrio entre los poderes económicos, la industrialización, la cada vez más discutida necesidad del desarrollo sustentable y las políticas públicas del Estado, entre otros.

Pero estas convergencias, si bien urgentes para la sociedad, están bastante lejos de ser una realidad justa en sentido material. De hecho, la desconfianza creciente en Colombia, ha-

[3] Majid Pourostad, "Cultura y proceso jurídico en el Medio Oriente: viviendo en el propio y mirando el de otros", En *Proceso judicial y cultura, una mirada global*. (Medellín: Sello Editorial Universidad de Medellín, 2013), 107.

cia los jueces debido a las problemáticas de ética, tales como la morosidad de las decisiones, la falta de acuerdos políticos para el nombramiento ágil de las vacantes en la Corte Suprema de Justicia y las alertas por la denominada *puerta giratoria*, hacen que la implementación del precedente como norma imperativa genere más resistencia.

Ante este fenómeno se requiere conciencia de los Jueces para respetar la norma superior y evidenciar toda su responsabilidad y coherencia ante la sociedad. Desde los principios constitucionales de la función judicial, tales como la imparcialidad, la independencia, la legalidad y especialmente la publicidad, se ciernen las reglas universales de tutela efectiva, un aporte real a la justicia material.

En este sentido y como lo expone Oteiza[4], son renovadas las reglas en materia de debido proceso y de tutela efectiva en las cuales se adaptan modelos jurídicos similares a los que han desarrollado culturas como la anglosajona y la continental. Por ello el derecho debe propiciar puentes entre la realidad y la ley a través de una jurisprudencia fuerte, clara y contundente, evitando así el riesgo de responder a códigos tipo "cáscara de huevo" que, según Calmon[5], son desbordados por la complejidad social. Esta complejidad, en perspectiva holística del derecho, pone de presente un camino que se bifurca frente a las comunidades jurídicas: convivir con la tecnocracia de la ley o establecer parámetros en contexto y prospectiva, para lo cual es fundamental fomentar credibilidad y confianza en los jueces como gestores y creadores de derecho.

Seguir repitiendo las reglas del derecho codificado, aun sabiendo que no se aplican en la práctica social y resistir el análisis judicial del derecho, a través de la jurisprudencia y del precedente que propician fenómenos de inclusión y acercamiento social, es ir en contravía de las transformaciones culturales.

No se trata, sin embargo, de discutir si el derecho nace desde la naturaleza o desde la cultura sino, como afirma Chaumet[6], de entender que en todo caso el derecho *es* en la cultura. Esto implica, según este autor, que la crisis de la cultura moderna contrasta con perplejidades jurídicas tales como: el replanteamiento de la subjetividad, la ruptura de la racionalidad individual, la disolución del componente universalista, los efectos de la sociedad tecnológica, y la modificación del sentido de espacio y de tiempo, entre otros.

---

4 Eduardo Oteiza, "América Latina. Cultura y proceso civil", *en Proceso judicial y cultura. Una mirada global*, (Medellín: Sello Editorial Universidad de Medellín, 2013), 203.

5 Petronio Calmon, "La nueva revolución industrial y el derecho procesal", en *Proceso judicial y cultura, una mirada global*. (Medellín: Sello Editorial Universidad de Medellín, 2013), 220.

6 Mario Chaumet, "Crisis de la cultura continental moderna y proceso", en *Proceso judicial y cultura, una mirada global*. (Medellín: Sello Editorial Universidad de Medellín 2013), 52.

Un cambio trascendental, para la cultura jurídica, es que sus instituciones empiecen a girar en torno al ser humano, por el simple hecho de serlo y no porque se le asignen calificaciones específicas en el articulado de un código. La búsqueda incansable de la decisión judicial justa conlleva complejos matices frente a fenómenos culturales que entrelazan diversidad y que llevan consigo grandes retos.

La perspectiva multicultural y global del derecho reafirma así la creciente confianza en la decisión judicial. La credibilidad de la decisión judicial rápidamente muta, desde la fuente formal como criterio auxiliar hacia el precedente en sentido vinculante. Con base en las garantías constitucionales, pero especialmente en la creciente perspectiva racional del derecho, como fenómeno complejo, la mirada de la sociedad está centrada en la confianza que se deben ganar los jueces y en la sentencia judicial con sentido de justicia material en sentido humanitario.

2. El precedente como fuente del derecho. Visión desde los aportes de Michele Taruffo

Son múltiples los cambios que ha sufrido la teoría del derecho a partir de fenómenos culturales como el de la segunda posguerra, en el siglo XX. Ya el derecho no se entiende como el concepto cerrado, formal y uniforme de una norma expedida por el legislador. Hoy el derecho se entiende en un concepto amplio y complejo, en el cual se entrelazan la Constitución con sus valores y principios, la ley en sus múltiples jerarquías, la sentencia como norma concreta, el contrato que es ley para las partes, bajo el aforismo latino "*pacta sun servanda*", y, por supuesto, la jurisprudencia, la cual avanza con fuerza mientras abandona paulatinamente la postura de fuente auxiliar para tomar una posición prioritaria en el imperio de la ley. Este cambio sobre la Constitución es uno de los más importantes en la época posmoderna.

> La Constitución es una norma que reclama su puesto de prioridad en la jerarquía de la ley: su estudio comprende el uso interpretativo y diferencial que tienen las normas que la integran como valor —ideario filosófico—, como principio —norma abierta de deber ser— o como regla-mandato.
>
> También en la Constitución se integra una pluralidad importante de normas internacionales, integración a la que se denomina "bloque de constitucionalidad": tratados internacionales ratificados por el legislador que prevalecen sobre la norma interna, tratados internacionales sobre derechos humanos, y los derechos y garantías inherentes a

> la persona humana, aunque no tengan enunciación expresa en la Constitución y en los tratados internacionales.[7]

La Constitución abandona esa posición externa a la pirámide legal, para apropiar con identidad el vértice. Esta nueva dimensión del entendimiento de la norma constitucional ha abierto muchas posibilidades, tanto en la aplicación como en el entendimiento del derecho. La sociedad la consulta con la esperanza de encontrar una posibilidad para su reclamo y el juez la interpreta permanentemente con la finalidad de dar sentido y valor a su decisión en el proceso. Sin embargo, no puede sostenerse que la ley haya desaparecido, al contrario, la ley sigue siendo una norma muy importante, pues consolida la democracia en países tan débiles socialmente como Colombia; la ley es punto de convergencia para la justicia de la decisión y la publicidad de esta.

La perspectiva de la ley mejor ajustada a las necesidades de la justicia es aquella que propusiera Guasp, en sentido amplio, como toda "norma jurídica formulada por autoridad legítima del Estado"[8]. Es así como el carácter imperativo de la ley va a depender del "nivel, de la jerarquía y de la especialidad. Esta categorización permite establecer si la norma corresponde a una fórmula imperativa —de obligatorio cumplimiento—, a una norma supletiva o a una norma de tipo dispositivo, negociable"[9]

No obstante, ni la fuerza material de la Constitución, ni las dinámicas complejas de la ley, son motivo de discusión sobre las fuentes del derecho. Hoy, es la jurisprudencia la que reclama un lugar de privilegio y, de la mano de los doctrinantes, empieza a competir con la Constitución y con la ley, pues a través del concepto del precedente se ubica en el marco imperativo de las fuentes.

Por ello, y como lo afirma Taruffo, es vital entender el uso de aquello que en el *civil law* se llama jurisprudencia, dado que esta tiene características especiales:

> En primer lugar, falta el análisis comparativo de los hechos, al menos en la gran mayoría de los casos. Aquí el problema depende de aquello que en realidad constituye la jurisprudencia, se trata, como se puede notar, sobre todo de las máximas elaboradas especialmente en las oficinas de la Corte de Casación. La característica más importante de las máximas es que se trata de enunciaciones, concentradas en una o en pocas frases, que tiene por objeto de estudio, las 'reglas jurídicas'. Estas reglas, generalmente, tienen un contenido muy específico respecto al detalle textual de la norma de la cual constituyen una interpretación, pero son siempre formuladas como reglas, es decir, como enuncia-

---

7 Diana Ramírez, *La prueba de oficio Una perspectiva para el proceso dialógico civil* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009), 51.

8 Jaime Guasp, *Derecho procesal civil*, (Madrid: Civitas, 1998), 56.

9 Ramírez, *La prueba de oficio,* 52.

> ciones generales de contenido preceptivo. […] Este modus operandi está profundamente enraizada en nuestros hábitos, los hechos ni siquiera importan cuando se dispone de la sentencia entera y no solo de la máxima o del `resuelve`...los hechos del caso o son expuestos en modo sintético en la parte narrativa de la sentencia, o no aparecen todos. Sin embargo, las sentencias de casación se estudian para descubrir dónde está y cuál es el principio de derecho, porque lo que se busca es la regla de derecho resumen.[10]

Como puede vislumbrarse, no es una discusión sobre si la jurisprudencia crea o no crea una norma con sentido concreto, tampoco es sobre la utilidad o la importancia de la jurisprudencia, pues está demostrado el impacto que ella ha tenido en la interpretación del derecho. La premisa de análisis, dada la complejidad en su formulación, tanto en la justicia civil como en la justicia penal, se relaciona con su obligatoriedad, es decir, con la posibilidad de adoptar precedentes impositivos, como en reiteradas oportunidades lo ha pronunciado la Corte Constitucional.[11]

Siguiendo el análisis de la configuración de la jurisprudencia que hace Taruffo, resulta importante, para el estudioso del derecho, plantear la diferencia conceptual entre sentencia, jurisprudencia y precedente. La jurisprudencia etimológicamente se descompone en *iuris prudentia*, que significa: la ciencia del derecho. De ahí puede desprenderse, tal vez, la complejidad de formas que ha tomado la doctrina. Al respecto Quintero afirma que "el concepto de jurisprudencia es multívoco: etimológica e históricamente designó la opinión de los autores (*responsa prudentium*), opinión de los juristas. Paulatinamente se fue transformando el concepto hasta significar la opinión de los tribunales, plasmada en sus decisiones jurisdiccionales".[12]

A su vez Véscovi indica que la jurisprudencia "es el conjunto de decisiones judiciales, que, como sabemos, son las que dictan los tribunales aplicando la ley a los litigios […] en sentido más restringido se habla de jurisprudencia refiriéndose a las decisiones judiciales sobre un mismo caso"[13]. Finalmente, Rico toma una postura menos ortodoxa al afirmar, sobre la jurisprudencia, que "ordinariamente se ha dicho que ella tiene un carácter de fuente

---

10 Michelle Taruffo, *Precedente y Jurisprudencia.* Temas Procesales, no. 29 (2014):16-17.

11 Al respecto pueden consultarse las sentencias de la Corte Constitucional colombiana: T-406/92, del 17 de junio de 1992, M. P.: Ciro Angarita Barón; C-486/93, del 28 de octubre de 1993, M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz; C-104/93, del 11 de marzo de 1993, M. P.: Alejandro Martínez Caballero; C-083/95, del 5 de mayo de 1995, M. P.: Carlos Gaviria Díaz; SU 047/99, del 29 de enero de 1999, MM. PP.: Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero; y C-836/01, del 9 de agosto de 2001, M. P.: Rodrigo Escobar Gil.

12 Beatriz Quintero, Eugenio Prieto, *Teoría General del Proceso,* (Bogotá: Temis, 2000), 68.

13 Enrique Véscovi. *Teoría general del proceso*, (Bogotá: Temis, 1999), 12.

formal del derecho. Nuestro criterio es diverso. Pensamos que la fuente formal es el proceso jurisdiccional del cual se produce esa jurisprudencia".[14]

Esta concepción plural, permite la determinación de por lo menos algunos puntos de convergencia: i) la jurisprudencia se circunscribe al entorno de la decisión del juez, ii) la jurisprudencia se produce sobre casos análogos, iii) en la jurisprudencia se aplica la ley, interpretándola, iv) la jurisprudencia nace en un proceso jurisdiccional.

Desde esta perspectiva, encontrándose elementos que transversalizan el concepto, se puede sostener que jurisprudencia, en sentido amplio, son "las decisiones que emiten todos los jueces a partir del *ius dicere*, es decir, corresponde a las consideraciones jurídicas que todo juez utiliza para decidir, para resolver un caso"[15]

En este orden de ideas, puede decirse que la jurisprudencia tiene una diferencia importante con la sentencia, pues esta se corresponde con el último acto procesal emitido por el juez en el proceso judicial, con la finalidad de resolver la causa y terminarlo formalmente. Por ello, la sentencia tiene una parte formal importante, porque debe dar suficiente información sobre el proceso, de tal manera que se cumpla con los principios de publicidad sobre el caso, de imparcialidad, de independencia y de legalidad. Por supuesto, también contiene la decisión jurídica que resuelve el caso, es decir, la interpretación del ordenamiento jurídico que hace el juez para dar una solución a la causa en estudio, esta parte es la que se podría asimilar a la *iuris diction*, a decir el derecho, a la decisión que es finalmente la jurisprudencia.

De otra parte, el precedente tiene diversas interpretaciones, pero es lo primero encontrarle un lugar en la sentencia. Si la jurisprudencia es la parte de la decisión que se encuentra en la sentencia, entonces el precedente debe contenerse dentro de esta parte, exclusivamente, en aquella denominada razones de la decisión que, para el caso concreto en un sistema como el colombiano, son las razones de derecho con que el juez resuelve la causa. Así, desde los múltiples enunciados con que se conceptualiza el precedente, se debe escoger el más adecuado a nuestra tradición jurídica. Las posturas más importantes en el proceso colombiano determinan dos versiones: que el precedente es la *ratio decidendi* y que esta a su vez es la interpretación del derecho, o que el precedente es la *ratio decidendi*, entendiendo por esta el principio o regla creada por el juez.

Una mirada al derecho inglés nos da otra concepción diferente del precedente. Cross y Harris afirman que para entender la *ratio decidendi*, es necesario entender la estructura de una sentencia inglesa —típica— en el proceso civil sin jurado.

---

14 Alonso Rico Puerta, *Teoría general del proceso,* (Medellín: Comlibros, 2006), 129.

15 Ramírez, *La prueba de oficio,* 52.

> Generalmente en su sentencia el juez inglés resume cuáles fueron las pruebas aportadas, indica cuáles fueron los hechos que tuvo por probados y posteriormente sintetiza los argumentos expuestos por los abogados de cada una de las partes. Si en el proceso se discutió una cuestión de Derecho, por lo general el juez también se ocupa de estudiar y examinar cierta cantidad de decisiones previas. […] Ahora bien, no todas las sentencias ni todo lo manifestado por los jueces constituye un precedente. En efecto, dicho status está reservado solamente para sus pronunciamientos de Derecho, y está comprobado que en la gran mayoría de los casos que anualmente deciden los jueces no se discute ninguna cuestión de Derecho, sino que la disputa es puramente fáctica, como ocurre cuando se busca establecer si un determinado conductor estaba conduciendo negligentemente porque no tenía una adecuada visibilidad hacia el exterior o porque viajaba a alta velocidad. No se discute que el conductor tenía el deber legal de conducir con diligencia, sino si en el caso concreto el conductor demandado incumplió dicho deber al causarle un daño a un peatón o a otro conductor.[16]

Es esta una forma de decidir, una forma de crear *ratio decidendi*, muy diversa, con respecto a lo que ocurre en el derecho colombiano, realmente un proceso sobre responsabilidad en accidente de tránsito sí estaría discutido, en primera instancia, sobre el deber legal, se haría un gran esfuerzo por establecer la subsunción normativa dentro de la pretensión para posteriormente, no previamente, identificar cuáles hechos de los realizados por ese conductor encajan en la norma violada.

Es por ello que, a la luz de la doctrina colombiana, afirma López que *ratio decidendi* y precedente se relacionan: "la *ratio* está protegida por el valor del precedente porque tiende a ser una formulación precisa del principio. Se trata de un principio que fue fraguado a la luz de un caso concreto'"[17]. En este sentido, precedente es una formulación precisa del derecho para solucionar un caso concreto, entonces todas las sentencias tienen precedente, y este no es otra cosa que la interpretación del ordenamiento jurídico que han realizado los jueces en su función jurisdiccional de subsunción, por decenios. Esto se corrobora cuando el mismo López indica que los *obiter dictum* son principios más amplios o todas aquellas consideraciones no necesarias para decidir el caso que no merecen valor precedencial, son reglas que la Corte anuncia voluntariamente.

Por su parte, Bernal afirma que la *ratio decidendi* "es la formulación general del principio, regla o razón general que constituyen la base necesaria de la decisión judicial específica. Esta parte de la sentencia tiene fuerza vinculante y constituye el precedente judicial"[18]. En

---

16 Rupert Cross y J. W. Harris, *el precedente en el derecho inglés,* traducción de M.ª Angélica Pulido (Madrid: Marcial Pons 2012). 63.

17 Diego Eduardo López Medina, "El derecho de los jueces", en *Desarrollos recientes del precedente en Colombia (2001-2006)* (Bogotá: Editorial Universidad de los Andes y Legis, 2014), 114.

18 Carlos Bernal Pulido, *El derecho fundamental al debido proceso* (Medellín: Librería Señal Editora, 2004), 176-177.

este caso se estaría más en una postura de creación normativa del juez, que en una interpretación de la ley o del derecho, y esta creación se realizaría dado que no existe norma o conjunto de normas aplicables al caso. Ello debe ser así, pues por eso Bernal sostiene que "el precedente judicial, plasmado en la ratio decidendi, se configura como una auténtica norma, como una conjunción de un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica, al igual que las demás reglas jurídicas"[19]. En este orden de ideas, según se entiende, la posición de Bernal acoge una nueva forma de actuación de los jueces, pues establece una *ratio decidendi* como forma de creación del juez.

El otro asunto que debe llamar la atención es cómo se busca, se concreta, la *ratio decidendi* en una sentencia. La Corte Constitucional indica que "no es el propio juez o tribunal que ha proferido el fallo el llamado a determinar cuál es la *ratio decidendi*, será aquellas que los jueces posteriores reconozcan en una sentencia anterior y apliquen para un caso presente" (SU-047 de 1999). Esto aumenta la complejidad en el uso del precedente, pues si la *ratio decidendi,* entendida como obligatoria, es parte de las fuentes formales y materiales del derecho, debe ser conocida por todos los operadores jurídicos con suficiencia en la discusión del juicio.

Pero, aun obviando lo complejo que puede resultar que una fuente obligatoria de derecho aparezca con posterioridad a la discusión del caso, se pone de manifiesto otro aspecto de gran relevancia:

> La máxima a menudo se extrae desde el texto de la sentencia como cualquier enunciación jurídica, sin verificarse si esa es la base efectiva de la decisión. En la práctica judicial se comporta no rara vez en el mismo modo, reclamando cualquier parte de la sentencia que parece útil invocar como precedente. En tal modo, deviene del todo incierto que cosa sea esto que se utiliza para reforzar la justicia de la decisión sucesiva, si es que también el *obiter dictum* puede —indebidamente— hacer precedente.[20]

Cross y Harris (2012) explican al respecto que:

> de acuerdo con el método de Goodhart, existen entonces dos pasos necesarios para determinar la ratio decidendi de un caso: en primer lugar, es necesario determinar cómo fueron considerados por el juez todos los hechos del caso concreto, y en segundo lugar, debe determinarse cuáles de esos hechos fueron considerados como relevantes por el juez. Finalmente, Goodhart. enfatiza que es precisamente mediante la elección de los hechos relevantes que el juez crea Derecho.[21]

---

19 Bernal Pulido, *El derecho de los derechos,* 178.

20 Taruffo, "Precedente y jurisprudencia", 20.

21 Cross & Harris, *el precedente,* 90.

Desde esta perspectiva se debe reconocer que existen ciertas dificultades en el modelo colombiano para determinar con claridad dónde se encuentra la *ratio decidendi* que obra como precedente, pues no hay enunciación completa y comparada de los hechos, ni tampoco se establece por el juez cuáles de estos son tomados como relevantes en la decisión y cuáles no.

En realidad, se habla de precedente en Colombia haciendo alusión a la interpretación del ordenamiento jurídico que, finalmente, concluye en una norma de carácter específico, interpretada por el juez de conocimiento para dar solución al caso concreto, función que han venido realizando los jueces desde el inicio del *Estado liberal*. Esta fórmula nace de la interpretación del ordenamiento jurídico, con lo cual debe afirmarse que toda decisión judicial contiene precedente, pero además debe reconocerse que es la sentencia misma la que ha tomado un sitio en la pirámide normativa y que, por ese motivo, es de obligatorio cumplimiento para las partes.

Si esto es así habría que indicar que la función de crear norma concreta, que ha sido una función ordinaria de la jurisdicción, es a lo que ahora se llama precedente y esto no es nada novedoso. Esto en cuanto a los jueces de instancia ordinaria, que son los que cierran los procesos judiciales y resuelven los conflictos interpartes.

En otra perspectiva, estudiar el concepto de precedente en la Corte Suprema de Justicia tiene otra aplicación hermenéutica. Es cierto que la jurisprudencia más reconocida es la de las altas Cortes que cierran el vértice de la pirámide judicial, pero a esto debe agregarse la norma sobre la doctrina legal probable.

> En Colombia dicha peculiar forma de vinculación contaba con un claro antecedente legislativo, en el artículo 4º de la Ley 19 de 1896, que subrogó el artículo 10º de la Ley 153 de 1887. En estos artículos se establecía que tres sentencias uniformes de la Corte Suprema de Justicia como tribunal de casación, sobre un mismo punto de derecho, constituyen 'doctrina legal probable'. Sin embargo, esta doctrina legal no tenía el carácter de precedente obligatorio, sino solo el de una fuente que el juez 'podía' utilizar como criterio de orientación para la solución de un nuevo caso.[22]

Es decir que la doctrina legal probable tiene varias características que la hacen particular e interesante, dado que aun se encuentra en vigencia: i) la doctrina legal probable se adopta como criterio de unificación de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia; ii) la doctrina legal probable es un criterio de unificación, más no de obligatoriedad para ser aplicada por los demás jueces de la pirámide judicial, es decir que no podría llamarse "precedente"; iii) la doctrina legal probable se construye a partir de "un mismo punto de derecho",

[22] Bernal Pulido, *El derecho de los derechos,* 149-150.

es decir, se realiza el análisis de unificación a partir de la interpretación jurídica y no de la situación fáctica como se unificaría la jurisprudencia en el *Common Law*.

"Por interpretación de la Corte Constitucional, la doctrina legal probable se aplica a la jurisprudencia que emiten la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado; es decir que para encontrar una regla jurisprudencial o precedente se deben integrar tres decisiones sobre un mismo punto de derecho"[23]. Entonces, si bien es cierto que la doctrina legal probable sigue vigente, su aplicación en forma de precedente, aun persuasivo, es bastante compleja, pues requiere en primera instancia encontrar tres decisiones uniformes sobre un mismo punto de derecho y, luego, vendrá un juez posterior que realice una cuarta sentencia con el mismo punto de derecho, que será el que finalmente dé vida al precedente, por doctrina legal probable.

Este camino no lo ha seguido la Corte Suprema de Justicia, pues además de ser engorroso y de no ser práctico dada las deficiencias que se tienen en la forma de archivo y numeración de sus sentencias, es un criterio marcadamente desproporcionado frente a la posibilidad que tiene la Corte Constitucional de crear un precedente mediante la realización de una sola sentencia.

Por todo ello, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia no tiene la misma incidencia en el ordenamiento jurídico que la jurisprudencia de la Corte Constitucional[24], sus sentencias aun hoy se circunscriben más a una función de integración y contextualización del ordenamiento jurídico, pues la Corte Suprema, por tradición, ha realizado labores de tribunal de casación, esto equivale a ser el titular de un recurso extraordinario que fue dispuesto para proteger la aplicación de la norma, del derecho, de la regla y de su *correcta* interpretación judicial, no para estudiar los hechos, el caso o la situación fáctica. Incluso por tradición la casación prohibió poner en estudio la valoración de la prueba producida por los jueces en la decisión. Al respecto, ha dicho la Corte Constitucional que

> La fuerza normativa de la doctrina dictada por la Corte Suprema proviene (1) de la autoridad otorgada constitucionalmente al órgano encargado de establecerla y de su función como órgano encargado de unificar la jurisprudencia ordinaria; (2) de la obligación de los jueces de materializar la igualdad frente a la ley y de la igualdad de trato por parte de las autoridades; (3) del principio de la buena fe, entendida como confianza legítima en la conducta de las autoridades del Estado; (4) del carácter decantado de la interpretación

---

23 Ramírez, *La prueba de oficio,* 53.

24 Al respecto, ver: Ley 153 de 1887, Ley 169 de 1896. Corte Constitucional. Sentencia C-836/01, del 9 de agosto de 2001, M. P.: Rodrigo Escobar Gil; Sentencia C-113/93, del 25 de marzo de 1993, M. P.: Jorge Arango Mejía; Sentencia C-131/93, del 1.º de abril de 1993, M. P.: Alejandro Martínez Caballero; y Sentencia T-123/95, del 21 de marzo de 1995, M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

del ordenamiento jurídico que dicha autoridad ha construido, confrontándola continuamente con la realidad social que pretende regular.[25]

Desde una perspectiva similar funcionaba la jurisprudencia en el Consejo de Estado, vinculado a un precedente persuasivo a través de la doctrina legal probable, sin embargo, fue a partir de la ley 1437 de 2011 que su jurisprudencia se adopta como precedente obligatorio.

Es así como el artículo 10 de la citada ley 1437 de 2011 lo ordena: "Al resolver los asuntos de su competencia, las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Con este propósito, al adoptar las decisiones de su competencia, deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y se apliquen dichas normas".

Esta norma fue declarada exequible en sentido condicionado por la Corte Constitucional que dijo: "las autoridades tendrán en cuenta, junto con las sentencias de unificación jurisprudencial proferidas por el Consejo de Estado y de manera preferente, las decisiones de la Corte Constitucional que interpreten las normas constitucionales aplicables a la resolución de los asuntos de su competencia. Esto, sin perjuicio del carácter obligatorio erga omnes de las sentencias que efectúan el control abstracto de constitucionalidad". Expresa Hoyos que:

> "La misma ley crea un novedoso mecanismo para la extensión de la jurisprudencia a través del artículo 269 que dice: Procedimiento para la extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado a terceros. Si se niega la extensión de los efectos de una sentencia de unificación o la autoridad hubiere guardado silencio en los términos del artículo 102 de este Código, el interesado podrá acudir ante el Consejo de Estado mediante escrito razonado, al que se acompañará la copia de la actuación surtida ante la autoridad competente.
>
> Se advierte fácilmente que el recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia busca introducir el recurso de casación en materia administrativa, en cuanto establece que su finalidad es "(i) asegurar la unidad de la interpretación del derecho, su aplicación uniforme y (ii) garantizar los derechos de las partes y de los terceros que resulten perjudicados con la providencia recurrida y, (iii) cuando fuere del caso, reparar los agravios inferidos a tales sujetos procesales.
>
> También en el fallido proyecto de reforma constitucional a la justicia que el Gobierno Nacional presentó al Congreso de la República, que fue aprobado por este en sus ocho (8) debates reglamentarios pero que terminó por hundirse con posterioridad (¿?), se incluyó lo relativo a la obligatoriedad del precedente no solo en las actuaciones administrativas

[25] Sentencia C-836/01, del 9 de agosto de 2001, M. P.: Rodrigo Escobar Gil.

> sino en los procesos judiciales. Así, en primer lugar, se pretendía modificar el art. 209 de la Constitución, para introducir como uno de los principios de la función administrativa el de la seguridad jurídica. Igualmente se modifica el art. 230 de la Constitución para establecer que "los jueces en sus providencias solo están sometidos a la Constitución, al ordenamiento jurídico y a la jurisprudencia".[26]

Resulta, por decir lo menos, muy interesante que la forma más expedita que encontró el precedente en el Consejo de Estado para transformarse en obligatorio haya sido a través de imposiciones provenientes del legislador. Esta es una forma muy creativa de integrar el precedente a la ley.

Ahora, tratándose de los tribunales de mayor jerarquía en Colombia, estudiar el precedente en la Corte Constitucional requiere un estudio desde otra dimensión jurídica. Como lo explica Bernal: "una sola sentencia de la Corte Constitucional constituye un precedente, es decir, se tiene como 'jurisprudencia' que vincula a la propia Corte Constitucional para la solución de casos posteriores este es el llamado precedente horizontal, a los jueces de otras jurisdicciones y a jueces inferiores precedente vertical, y a los demás operadores jurídicos".[27]

Y, como ha identificado Hoyos, la Corte Constitucional se cuidó de fortalecer esta postura, ya que a partir del

> art. 48 de la ley 270 de 1996 —Estatutaria de la administración de Justicia— señalaba que "solo la interpretación que por vía de autoridad hace el Congreso de la República tiene carácter obligatorio general". Esta norma, sin embargo, fue declarada inexequible, de manera parcial, por la Corte Constitucional mediante sentencia C–037 de 1996, por violar, supuestamente, el principio de unidad de materia (art, 158 de la Constitución), por tratarse "de un asunto que no se relaciona con el tema de la presente ley estatutaria, es decir con la administración de justicia". Como consecuencia de esta inexequibilidad, el art. 48 de la ley 270 de 1996 quedó así: "La interpretación que por vía de autoridad hace [la Corte Constitucional] tiene carácter obligatorio general.[28]
>
> Al pronunciarse sobre la exequibilidad de esta disposición, la Corte Constitucional, en la sentencia C 836 de 2001, señaló que "una decisión judicial que desconozca caprichosamente la jurisprudencia y trate de manera distinta casos previamente analizados por la jurisprudencia, so pretexto de la autonomía judicial, en realidad está desconociéndolos y omitiendo el cumplimiento de un deber constitucional. También dijo que la aplicación de la jurisprudencia a casos similares busca garantizar (i) el derecho a la

---

26 Ricardo Hoyos Duque, "El valor del precedente judicial en la ley 1437 de 2011: ¿es la jurisprudencia fuente de derecho?" En *Derecho Procesal Contencioso Administrativo.* https://letrujil.files.wordpress.com/2013/09/18ricardohoyos-duque.pdf

27 Bernal, *El derecho de los derechos*, 149-150.

28 Hoyos Duque, "El valor del precedente".

> igualdad, (ii) la seguridad jurídica y (iii) el principio de la buena fe (art. 83 Constitución política) y (iv) en particular, la confianza legítima en la administración de justicia, que prohíbe una conducta contradictoria (*venire contra factum proprium non valet*). Allí también expresó que "La previsibilidad de las decisiones judiciales da certeza sobre el contenido material de los derechos y obligaciones de las personas, y la única forma en que se tiene dicha certeza es cuando se sabe que, en principio, los jueces han interpretado y van a seguir interpretando el ordenamiento de manera estable y consistente. Esta certeza hace posible a las personas actuar libremente, conforme a lo que la práctica judicial les permite inferir que es un comportamiento protegido por la ley. La falta de seguridad jurídica de una comunidad conduce a la anarquía y al desorden social, porque los ciudadanos no pueden conocer el contenido de sus derechos y de sus obligaciones. Si en virtud de su autonomía, cada juez tiene la posibilidad de interpretar y aplicar el texto de la ley de manera distinta, ello impide que las personas desarrollen libremente sus actividades, pues al actuar se encontrarían bajo la contingencia de estar contradiciendo una de las posibles interpretaciones de la ley".[29]

Es así como la Corte Constitucional se ha posicionado como único y natural intérprete de la Constitución, lo cual le otorga un nivel diferente al que ocupa la Corte Suprema de Justicia, que aun no obtiene una fórmula para imponer el precedente obligatorio o el Consejo de Estado, que lo hace a partir de la ley.

Esto es así porque la misma Constitución, cuando le da vida a este máximo Tribunal, le encarga dos funciones básicas:

> La Corte como tribunal de constitucionalidad y la Corte como tribunal de revisión eventual para las tutelas. Como tribunal de constitucionalidad, la Corte emite sentencias "C", que a su vez pueden ser de exequibilidad, inexequibilidad y condicionamiento. Son las sentencias de condicionamiento las que presentan el mayor grado de complejidad porque en ellas la Corte modifica la ley en una actuación positiva —agrega una palabra o frase—, modifica en una actuación negativa —quita una palabra o frase o interpreta y condiciona el sentido—".[30]

De tal forma que, cuando la Corte Constitucional actúa como tribunal de revisión eventual de tutela, sus sentencias tienen fuerza normativa y, por tanto, hacen parte del imperio de la ley[31], esto debido a que esta Corte interpreta legítimamente el sentido de los

---

29 Hoyos Duque, "El valor del precedente".

30 Ramírez, *La prueba de oficio,* 54.

31 Sobre la fuerza normativa de las sentencias "T", se pueden consultar las sentencias de la Corte Constitucional: T-439/00, del 14 de abril de 2000, M. P.: Alejandro Martínez Caballero, y SU 047/99, del 29 de enero de 1999, MM. PP.: Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero.

derechos fundamentales. En esta perspectiva su jurisprudencia nace con fuerza vinculante, para la correcta protección de los derechos fundamentales.

En esta dimensión es pertinente sostener que la Corte Constitucional, en sus decisiones, sí propicia *ratio decidendi* con fuerza de precedente vinculante, toda vez que sus interpretaciones son por vía de la Carta Política necesarias para dar sentido de unidad e integración a los derechos fundamentales, con la totalidad del ordenamiento jurídico. Es, precisamente, desde esta necesidad de integración del ordenamiento jurídico, que el precedente, sea este vinculante o sea persuasivo, toma gran importancia. Al respecto, la Corte Constitucional ha interpretado que

> Cuando el efecto de la interpretación literal de una norma conduce al absurdo o a efectos contrarios a la finalidad buscada por la propia disposición, es obvio que la norma, a pesar de su aparente claridad, no es clara, porque las decisiones de los jueces deben ser razonadas y razonables. El intérprete tiene entonces que buscar el sentido razonable de la disposición dentro del contexto global del ordenamiento jurídico constitucional, conforme a una interpretación sistemática finalística.[32]

En ello la dimensión material de la justicia se puede condensar con Wróblesky cuando afirma que la norma debe alcanzar en su aplicación el mayor grado de validez posible, y este se determina por tres criterios: "1. Validez sistémica: promulgación y relación con otras normas. 2. Validez factual: Criterios empíricos de eficacia de normas, y 3. Validez axiológica: consistencia de la norma con otras normas extrajurídicas y o valoraciones"[33]. Todo ello viable, no tanto desde la ley, sino desde la capacidad interpretativa, integradora y creadora de los jueces, del precedente.

Con todo, es meridianamente claro que, en el ordenamiento jurídico colombiano, donde los jueces, en acatamiento del artículo 230 de la Constitución política, están sometidos al imperio de la ley, la cual, por vía de interpretación constitucional, debe entenderse como ley en sentido material, es decir, el ordenamiento jurídico[34], es posible la utilización del precedente (vertical u horizontal), pero no en sentido estricto o propio sino en sentido laxo o amplio.

El precedente en sentido propio es entendido por Taruffo en dos dimensiones o factores, el primero establecido en la *ratio decidendi* y el segundo en los hechos analógicamente aplicables entre el primer y el segundo caso que toma como precedente la primera decisión:

---

32 Corte Constitucional. Sentencias C-1026/01, del 26 de septiembre de 2001, M. P.: Eduardo Montealegre Lynett, y C-486/93, del 28 de octubre de 1993, M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

33 Jerzy Wróblesky. *Sentido y hecho en el derecho* (Bilbao: Universidad del País Vasco, Gráficas Gonfer, 1987), 22.

34 Sentencias C 486 de 1993, C224 de 1994, C 836 de 2001, C 816 del 2011 y la sentencia C 284 del 2015 entre otras.

> […]esencialmente en función de dos factores. El primer factor deriva del hecho de que este no es todo lo que se dice en la sentencia en cuestión, sino más bien el fundamento para decidir, es decir, el Estado de derecho sobre el que se ha pronunciado el órgano jurisdiccional para clasificar jurídicamente el asunto objeto de la resolución, y —de hecho— para resolver sobre el mismo. […] El segundo factor esencial es la necesaria analogía entre los hechos del primer y segundo caso: para que este último aplique la misma ratio decidendi y determine qué resolución debe adoptarse en el primero, es necesario que los hechos de los dos sean bastante similares, ya que es evidente —en caso de incoherencia de las situaciones de hecho— que una resolución basada en ratio decidendi no estaría justificada. Al respecto, el segundo juez recurrirá al llamado *distinguishing*, es decir, la demostración de esta discrepancia, justificando la no aplicación del precedente.[35]

3. La interpretación de la Corte Constitucional, los proyectos de reforma a la justicia y el prevaricato por desconocimiento del precedente

3.1 La literalidad del artículo 230 de la Constitución política de Colombia y la interpretación de la Corte Constitucional frente al precedente vinculante

En Colombia, el artículo 230 de la Constitución política, señala que los jueces solo están sometidos al imperio de la ley y que la "jurisprudencia" es un criterio auxiliar. Al respecto entre ***el periodo de 1992 y 2000,*** se evidenció una lucha legislativa y judicial que Diego Eduardo López denominó "por el control de las fuentes del derecho" [36]. En esta lucha, el autor muestra los siguientes periodos que transitan hacia la consolidación del "Precedente Vinculante" en Colombia, así: i) el periodo 1992–1995, en el que muestra las primeras batallas en la definición del precedente constitucional[37] y destaca la tendencia hacia el establecimiento de una doctrina de precedentes en Colombia a través de las sentencias de la Corte Constitucional C 083 de 1995 y T 123 de 1995; ii) el periodo 1996 a 2000, mostrando en él la consolidación de la doctrina del precedente constitucional desde la doctrina constitucional vigente sobre el valor de las sentencias de constitucionalidad abstracta y el valor de las sentencias de tutela; iii) el periodo 1997 a 1999, periodo en el que se discute sobre la existencia de reglas de precedente en la jurisdicción ordinaria o común, resaltando la sentencias de la Corte Constitucional C 175 de 1997 y T 321 de 1998.

---

35 Michele Taruffo, *Aspectos del precedente judicial* (México: Consejo de la Judicatura del Estado de Nuevo León, 2018), 10-11.

36 Lopez Medina, "El Derecho de los Jueces", 29-70.

37 Ver artículos 21, 27 y 36 del Decreto 2067 de 1991.

Así, a continuación de estos periodos de tensiones sobre la delimitación de la doctrina del precedente en Colombia, se resalta cómo, en el ***periodo comprendido entre 2001 a 2006***[38]*,* se presenta una tendencia de "reconstrucción de la doctrina probable" con una "interpretación contemporánea" de la misma. La doctrina probable (artículo 4º de la Ley 169 de 1896) sirve de fundamento jurídico para la obligatoriedad del precedente en todas las jurisdicciones de la administración de justicia, tal y como lo señala la Sentencia C-836/01, M.P. Escobar:

> En la medida en que el Consejo de Estado carecía [en 1896] legalmente de funciones jurisdiccionales en el momento en que fueron expedidas las normas que crearon la doctrina legal y la doctrina probable, *estas dos instituciones, y los grados de autonomía que conferían, resultaban aplicables a toda la actividad judicial.* […]*el análisis general de dicha prerrogativa es predicable de los jueces que integran la administración de justicia, tanto los que corresponden a la denominada jurisdicción ordinaria, como a los que pertenecen a la justicia administrativa y constitucional*.

Esta obligatoriedad del precedente a través de la doctrina probable, para jurisdicciones diferentes a la constitucional encontró en el concepto de doctrina probable y en la interpretación que de la misma realizará la Corte Constitucional en la Sentencia C 836 de 2001, múltiples fundamentos, así:

> La fuerza normativa de la doctrina dictada por la Corte Suprema proviene (1) de la autoridad otorgada constitucionalmente al órgano encargado de establecerla y de su función como órgano encargado de unificar la jurisprudencia ordinaria; (2) de la obligación de los jueces de materializar la igualdad frente a la ley y de igualdad de trato por parte de las autoridades; (3) del principio de la buena fe, entendida como confianza legítima en la conducta de las autoridades del Estado; (4) del carácter decantado de la interpretación del ordenamiento jurídico que dicha autoridad ha construido, confrontándola continuamente con la realidad social que pretende regular.

De esa manera, se estableció entre las subreglas jurisprudenciales la siguiente que se pasa a destacar:

> […] Precisamente en virtud de la sujeción a los derechos, garantías y libertades constitucionales fundamentales, estos jueces están obligados a respetar los fundamentos jurídicos mediante los cuales se han resuelto situaciones análogas anteriores. Como ya se dijo, esta obligación de respeto por los propios actos implica, no solo el deber de resolver casos similares de la misma manera, sino, además, el de tenerlos en cuenta de manera expresa, es decir, la obligación de motivar sus decisiones con base en su propia doctrina judicial […]"

[38] López Medina, "El Derecho de los Jueces", 73-102.

En la obra, *Los eslabones del derecho*, Diego Eduardo López[39], presenta los desarrollos del precedente en Colombia **desde el año 2002 al año 2015**, evidenciando en su obra dos aspectos esenciales: a) que en los últimos años la Corte Constitucional ha construido un complejo sistema de mecanismos de monitoreo y control de la coherencia de las decisiones de los jueces en Colombia, b) que además de fortalecerse el precedente constitucional, se incrementó de manera considerable en el país, la utilización del precedente vinculante ordinario (penal, civil, comercial, familia, laboral, etc), acompañado de una disciplina especial de aplicación del precedente administrativo (extensión de jurisprudencia, entre otros).

Resulta complejo la adopción del precedente, en sentido estricto o propio, en un sistema de *civil law*, pero aun así es importante el desarrollo que se ha dado a través de estos años a la doctrina probable y al precedente judicial, como una forma de aplicación del precedente en un sistema del *Common Law*; frente a la doctrina probable, la cual es desarrollada de manera propia en un sistema legal como el colombiano, donde además de la ley en sentido formal, es vinculante la doctrina probable, en tanto el o los pronunciamientos reiterados provengan de un órgano jurisdiccional de cierre y que estas varias decisiones sobre un mismo punto de derecho se conviertan en decisiones vinculantes y de ser aplicadas, por los demás jueces de inferior jerarquía, en casos análogos. Pero cuando el juez en su función de decir el derecho considere que hay una forma más justa de pronunciarse, puede apartarse de la doctrina probable, si justificadamente puede exponer razones fácticas y jurídicas de mayor peso que las esbozadas en doctrina probable aplicable al caso en concreto y bajo su examen. La Corte Constitucional colombiana en sentencia C-621 de 2015 afirma "[s]in embargo, pese a la importancia, fuerza normativa y garantía de seguridad jurídica y de la confianza legítima en la administración de justicia que contiene la doctrina probable, el acatamiento de la misma no constituye una obligación absoluta para el juez, en la medida en que tiene la posibilidad de apartarse de la doctrina probable siempre que dé a conocer de manera clara las razones por las cuales se aparta en su decisión". Entendiendo con ello que, en uso del principio de autonomía e independencia del juez, si la doctrina probable aplicable en su momento resulta injusta para el caso que se examina, el juez tiene la posibilidad de dar aplicación, de manera razonada y justificada, a principios o normas legales que le resulten más justas en el caso en concreto.

Ahora frente al denominado *precedente judicial* es claro que la jurisprudencia constitucional ha establecido con criterio de autoridad, que es una función propia de la Corte Constitucional, el Consejo de Estado o la Corte Suprema de Justicia, en lo de su jurisdicción o competencia, como órganos de cierre, emitir precedentes judiciales, con el fin de preservar

[39] Diego López Medina, *Eslabones del Derecho. El deber de coherencia con el precedente judicial* (Universidad de los Andes - Legis, 2017).

la seguridad jurídica, la confianza legítima o la igualdad, entre otros principios procesales importantes para mantener un orden justo. Estableciendo que:

> Reconocerle fuerza vinculante a la jurisprudencia sentada por la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, redunda en una mayor coherencia del sistema jurídico colombiano, lo cual no se contradice con imperativos de adaptación a los cambios sociales y económicos. De igual manera, la vinculatoriedad de los precedentes garantiza de mejor manera la vigencia del derecho a la igualdad ante la ley de los ciudadanos, por cuanto casos semejantes son fallados de igual manera. Asimismo, la sumisión de los jueces ordinarios a los precedentes sentados por las Altas Cortes asegura una mayor seguridad jurídica para el tráfico jurídico entre los particulares. Como bien lo ha sostenido la Corte, la fuerza normativa de la doctrina dictada por la Corte Suprema, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura sala disciplinaria y la Corte Constitucional, como órganos de cierre de sus jurisdicciones, proviene fundamentalmente: (i) de la obligación de los jueces de aplicar la igualdad frente a la ley y de brindar igualdad de trato en cuanto autoridades que son; (ii) de la potestad otorgada constitucionalmente a las altas corporaciones, como órganos de cierre en sus respectivas jurisdicciones y el cometido de unificación jurisprudencial en el ámbito correspondiente de actuación; (iii) del principio de la buena fe, entendida como confianza legítima en la conducta de las autoridades del Estado; (iv) de la necesidad de seguridad jurídica del ciudadano respecto de la protección de sus derechos, entendida como la predictibilidad razonable de las decisiones judiciales en la resolución de conflictos, derivada del principio de igualdad ante la ley como de la confianza legítima en la autoridad judicial.[40]

Pero al igual que la doctrina probable, el precedente judicial, así entendido, da lugar a que los jueces de inferior jerarquía solo se pueden apartar de estos excepcionalmente, cuando de manera razonada y argumentativa así lo expresen, ya que:

> […] en cualquier caso esa opción argumentativa está sometida a estrictos requisitos, entre otros (hacer explícitas las razones por las cuales se aparte de la jurisprudencia en vigor sobre la materia objeto de escrutinio judicial; y (demostrar suficientemente que la interpretación alternativa que se ofrece desarrolla de mejor manera los derechos, principios y valores constitucionales […] debe resaltarse que la opción en comento en ningún modo habilita a las autoridades judiciales para, en el ejercicio distorsionado de su autonomía, opten por desconocer el precedente, tanto de carácter vertical como horizontal, ante la identidad de supuestos jurídicos y fácticos relevantes, sin cumplir con los requisitos antes mencionados.[41]

---

40 Corte Constitucional Sentencia C 621 de 2015.

41 Corte Constitucional Sentencia C 634 de 2011.

No obstante, la Corte Constitucional en salvaguarda del orden justo y de los derechos fundamentales, tal y como se había manifestado en precedencia "establece una regla sobre el valor normativo del precedente jurisprudencial de los jueces en Colombia, consistente en que si bien los precedentes de las altas cortes son obligatorios para los jueces de instancia y aun para ellos mismos, los precedentes en materia de interpretación de derechos fundamentales emanados de la Corte Constitucional tienen un valor preponderante y deben ser seguidos por los demás tribunales y jueces del país".[42]

Puede evidenciarse que el precedente en Colombia no ha tenido una aplicación de manera rigurosa como se hace en el sistema anglosajón y, en contraposición, se ha utilizado de manera laxa o general el término de "precedente", dándole una acepción amplia, pues lo identificamos con jurisprudencia, doctrina probable, sentencia o precedente judicial, sin hacer distinción de manera sustancial al respecto, en ello le asiste la razón a Michele Taruffo al firmar que "[…] debe tenerse en cuenta el hecho de que existe un hábito generalizado en utilizar la palabra "precedente" no en su significado propio y original (que acaba de definirse), sino en un significado genérico, impreciso, no riguroso y sustancialmente diferente. En esencia, estamos hablando del precedente para cada decisión, cualquiera que sea su forma y contenido —pero la referencia más frecuente es respecto a las sentencias de tribunales supremos— que de alguna manera puede influir en la decisión de casos posteriores" [43] o de sus inferiores jerárquicos.

Con todo es claro que al parecer el sistema judicial colombiano decanta unas decisiones de mayor jerarquía o importancia, como lo son las sentencias de la Corte Constitucional en materia de derechos humanos, pero aun así, no se puede afirmar que estemos aplicando un sistema de precedentes, ya que " […] el precedente "verdadero" está constituido o puede conformarse por una decisión que, posteriormente, se establece como una norma que también se aplica en casos subsiguientes"[44] y en Colombia, sigue siendo un ordenamiento jurídico basado y soportado en la ley, tanto así que se le imprimen a algunas sentencia la característica de imperatividad de las normas legales, cuando se manifiesta en la parte resolutiva de la decisión que "esta sentencia tendrá CARACTER OBLIGATORIO […] EXTENDER, con efectos interpares,"[45] tratando con ello de evitar que los jueces de inferior jerarquía se aparten de ellas, porque si lo hacen incurrirían en prevaricato. El prevaricato, como delito, es una amenaza latente y constante para el juez que en virtud del principio de independencia y autonomía desobedezca un "precedente" de su órgano de cierre.

---

42 Corte Constitucional Sentencia C 621 de 2015.

43 Taruffo, *Aspectos del precedente judicial*, 13.

44 Taruffo, *Aspectos del precedente judicial*, 9.

45 Sentencia T 494 de 1992, SU 214 de 2016.

3.2 Los proyectos de reforma a la justicia y sus propuestas de reforma al artículo 230 de la Constitución: tendencia de acercamiento del derecho legislado hacia el derecho jurisprudencial

Lo expuesto ha conllevado en Colombia a una tendencia de acercamiento del derecho legislado hacía el derecho jurisprudencial y ello se evidencia en especial en los desarrollos legislativos de los últimos tiempos. En primer lugar, en la Ley 1395 de 2010, denominada "ley de descongestión judicial" se estableció en el artículo 114 —derogado por la Ley 1437 de 2011 artículo 309, a partir del 2 de julio de 2012— lo siguiente:

> Las entidades públicas de cualquier orden, encargadas de reconocer y pagar pensiones de jubilación, prestaciones sociales y salariales de sus trabajadores o afiliados, o comprometidas en daños causados con armas de fuego, vehículos oficiales, daños a reclusos, conscriptos, o en conflictos tributarios o aduaneros, para la solución de peticiones o expedición de actos administrativos, tendrán en cuenta los precedentes jurisprudenciales que en materia ordinaria o contenciosa administrativa, por los mismos hechos y pretensiones, se hubieren proferido en cinco o más casos análogos.

Norma que fuere declarada exequible por la Corte Constitucional en Sentencia C 539 de 2011, al decir que

> Declarar **EXEQUIBLE** la **expresión "que en materia ordinaria o contenciosa administrativa**" contenida en el artículo 114 de la Ley 1395 de 2010, en el entendido que los precedentes jurisprudenciales a que se refiere la norma deben respetar la interpretación vinculante que realice la Corte Constitucional.

Luego, el actual Código contencioso administrativo —Ley 1437 de 2011— señala entre sus principios, en el artículo 10, lo siguiente:

> **Deber de aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia**. Al resolver los asuntos de su competencia, las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Con este propósito, al adoptar las decisiones de su competencia, deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y se apliquen las normas.

Normativa que fuere también declarada exequible de manera condicionada por la Corte Constitucional en Sentencia C-634 de 2011, al decir que es exequible bajo el entendido o la interpretación de que las autoridades tendrán en cuenta, junto con las sentencias de unificación jurisprudencial proferidas por el Consejo de Estado y de manera preferente, las decisiones de la Corte Constitucional que interpreten las normas constitucionales aplicables

para la resolución de los asuntos de su competencia. Igualmente se destaca en esa tendencia de acercamiento del derecho legislado hacia el derecho jurisprudencial, varias normas del Código contencioso administrativo, Ley 1437 de 2011. Ellas son los artículos 102 "Extensión de la Jurisprudencia del Consejo de Estado a terceros por parte de las autoridades", 256 a 268 Recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia, 269 a 271 "la extensión y unificación de la jurisprudencia".

Igualmente, el Código General del Proceso, Ley 1564 de 2012, consagra los siguiente:

> **Artículo 7o. Legalidad.** Los jueces, en sus providencias, están sometidos al imperio de la ley. Deberán tener en cuenta, además, la equidad, la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina.
>
> Cuando el juez se aparte de la doctrina probable, estará obligado a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión. De la misma manera procederá cuando cambie de criterio en relación con sus decisiones en casos análogos.
>
> El proceso deberá adelantarse en la forma establecida en la ley.

En consideración a esa tendencia de acercamiento del derecho legislado hacia el derecho jurisprudencial, se pasará a reseñar, en los proyectos de reforma a la justicia, las propuestas de reforma y de redacción para el artículo 230 de la Constitución política, lo que necesariamente lleva a una reformulación o a un replanteamiento de nuestro actual sistema de fuentes del derecho.

En primer lugar, en el año 2002, el entonces ministro del Interior, Fernando Londoño Londoño, propuso un texto en los siguientes términos:

> Artículo 230. Los jueces en sus providencias estarán sujetos a la ley escrita, a la costumbre comercial y a la jurisprudencia como normas jurídicas cuyo alcance determinará la propia ley. Los principios generales del derecho, la equidad y la doctrina son criterios auxiliares de interpretación e integración normativa.
>
> Los cuerpos colegiados que administren justicia no podrán modificar su jurisprudencia sino con mayorías calificadas y precisa motivación. La jurisprudencia de un tribunal tendrá que ser expresamente señalada como tal en la parte resolutiva de las sentencias. Las motivaciones de las mismas no constituyen jurisprudencia.

Al tenor de la redacción que se propuso en el año 2002 se plantean las siguientes inquietudes: ¿cuáles serían los criterios para que la propia ley definiera el alcance de la jurisprudencia?, ¿qué entender por mayoría calificada?, si las motivaciones de las sentencias, no constituyen jurisprudencia, entonces ¿qué debe constituir la jurisprudencia y qué es el precedente judicial?

Luego, en el año 2008, el ministro del Interior Fabio Valencia Cossío, volvió a abordar la discusión frente a la redacción de la norma constitucional y en esta oportunidad se propuso la siguiente redacción:

> Artículo 230.- Los jueces, en sus providencias, solo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial. La ley podrá determinar los casos en que la jurisprudencia sea obligatoria para los funcionarios de la Rama Ejecutiva.

Aquella resultó ser una redacción aun más desafortunada e incomprensible, planteándose principalmente los interrogantes de los criterios que emplearía la ley para definir ¿cuándo la jurisprudencia es criterio auxiliar u obligatorio? Y ¿por qué solo obligatorio para los funcionarios de la rama ejecutiva?

Por otra parte, a finales del año 2010, el Gobierno Nacional, en el texto de proyecto de reforma a la justicia, volvió a tocar la viabilidad que la jurisprudencia tenga fuerza vinculante para todas las autoridades judiciales y administrativas, proponiendo:

> Artículo 10: El artículo 230 de la Constitución política quedara así: "Los Jueces en sus providencias, solo están sometidos a la constitución, al ordenamiento jurídico y a la Jurisprudencia. La Ley definirá los casos en que la jurisprudencia tendrá fuerza vinculante para las autoridades judiciales y administrativas. Los cambios jurisprudenciales solo tendrán efectos hacia el futuro. La equidad, los principios generales del Derecho y la Doctrina, son criterios auxiliares de la actividad judicial".

Finalmente, en el Proyecto de Reforma de Justicia del año 2015[46], en la exposición de motivos se planteó que:

> […]
>
> la Corte Constitucional se ha encargado de resolver tutelas interpuestas por los ciudadanos contra las sentencias de las otras Cortes, ocasionando ello que la Corte las anule como en efecto lo ha hecho en los últimos años con cierta regularidad, generando conflictos entre las Cortes por la mutua usurpación de competencias o el conocido "*choque de trenes*".
>
> […]
>
> Estos conflictos entre las altas cortes han trascendido a puntos en los que la Corte Suprema de Justicia o el Consejo de Estado se resisten a dictar una nueva sentencia en

[46] Exposición de motivos al proyecto de acto legislativo "por medio del cual se reforma la constitución política en materia de administración de justicia y se reforma el equilibrio orgánico de frenos y contrapesos" *partido centro democrático.* 2015.

aquellos casos en los que la Corte Constitucional ha dejado sin efectos sus decisiones y ha ordenado que se dicte otro fallo, circunstancia que ha ocasionado que la misma Corte Constitucional dicte la sentencia de reemplazo.

En este escenario, es evidente que la pugna entre las altas cortes ha ocasionado que estas, lejos de hacer una jurisprudencial que desarrolle criterios y líneas claras sobre el alcance de las normas y los derechos, han construido un escenario de inseguridad jurídica en el que los ciudadanos no tienen certeza sobre la "*claridad y alcance del propio derecho, es decir, sobre el contenido y existencia de las disposiciones por medio de las cuales actúa la fuerza de derecho".*

Resulta evidente que, ante el actual activismo judicial, donde el precedente judicial cobra más importancia y la legitimidad del estado se construye cada vez más sobre la base de conceptos jurisprudenciales emitidos por las altas cortes, se hace imperativo adoptar mecanismos para evitar interpretaciones contrarias de una y otra corte sobre el alcance de una misma norma o un mismo derecho.

A partir de la motivación expuesta, el proyecto de Acto legislativo 019 de 2014[47] se planteó la siguiente redacción para el artículo 230 de la Constitución:

ARTÍCULO 19. - El Artículo 230 de la Constitución política quedará así:

Artículo 230. Los jueces, en sus providencias, solo están sometidos al imperio de la ley y la jurisprudencia, cuyo alcance lo determina la propia ley. Los principios generales del derecho, la equidad y la doctrina son criterios auxiliares de interpretación e integración normativa. Tres sentencias uniformes constituyen jurisprudencia, que servirá de precedente para los propios fallos de los cuerpos colegiados que así la establezcan. Los cuerpos colegiados que administren justicia solo podrán modificar su jurisprudencia con mayorías calificadas, que constituyan el setenta por ciento (70%) de los votos de cada corporación, con clara y precisa motivación. La jurisprudencia del Tribunal tendrá que ser expresamente señalada como tal en la parte resolutiva de las sentencias. Las motivaciones de la misma no constituyen jurisprudencia.

En esta última redacción si bien se aclara qué debe entenderse por mayorías calificadas, no aclara lo relacionado con cuáles serán los criterios del propio legislador para fijar o delimitar los alcances de la jurisprudencia. Igualmente, surge la inquietud de si una sola sentencia pueda llegar a configurar un precedente vinculante para todas las jurisdicciones (no solo la constitucional). Y, finalmente, se plantea si debe seguirse en el modelo colombiano *una tesis formalista* —el mismo juez quien fija la subregla jurisprudencial expresamente

[47] Congreso de la República de Colombia. Senado de la República. Proyecto de acto legislativo "por medio del cual se reforma la constitución política en materia de administración de justicia y se reforma el equilibrio orgánico de frenos y contrapesos". http://190.26.211.102/proyectos/index.php/textos-radicados-2013-2014/proyectos-de-acto-2014-2015

en la parte resolutiva de la sentencia— o *una tesis antiformalista* —que sea el juez posterior quien delimite la subregla jurisprudencial a partir de una interpretación de la motivación y del sentido de la decisión—.

Finamente en el reciente proyecto de reforma a la justicia aprobado en último debate en el Congreso de la República de Colombia en junio de 2021, originalmente habían incluido los artículos 24 a 33 relacionados con el precedente judicial.

En el artículo 25 se establecía que "los jueces en sus providencias solo están sometidos al imperio del derecho. El imperio del derecho incluye el deber de seguir el precedente vertical y vinculante, esto con el fin de garantizar los principios constitucionales de igualdad, seguridad jurídica y confianza legitima". Por su parte, en el artículo 26, se definía que el precedente vinculante consistía en la regla de decisión aplicable al caso concreto establecida en una o varias providencias anteriores del superior jerárquico u órgano de cierre judicial. Igualmente, la propuesta de redacción del citado artículo indicaba que por regla de decisión se entendería la parte motiva de la providencia que determina la decisión del caso, sin que constituyeran precedente las demás consideraciones contenidas en la providencia que no sean necesarias para resolver el caso en concreto. También se consideró que, en las providencias de unificación jurisprudencial, son vinculantes los puntos resolutivos que expresamente unifican la jurisprudencia de una alta corte.

Sumado a ello se proponían normas relacionadas con la aplicabilidad del precedente (art. 27), inaplicabilidad del precedente judicial (art. 28), la fuerza del precedente en las altas cortes (art. 29), precedente horizontal en los tribunales y los juzgados (art. 30), los efectos prospectivos del cambio de precedente (art. 31), el intérprete del precedente (art. 32) y el deber de solicitud de aplicación (art. 33)

Sin embargo, los coordinadores ponentes presentaron proposición de eliminación por solicitud del Consejo Superior de la Judicatura, de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado[48]. Al respecto el viceministro de Justicia y del Derecho, manifestó el compromiso de estudiar, en conjunto con la comisión primera de la Cámara de Representantes y las Altas Cortes, el tema del precedente judicial para proponer un proyecto de ley que regule la misma.

En definitiva, el procurar definir normativamente el sentido del precedente judicial, sigue siendo una asignatura pendiente en la reforma a la justicia en Colombia. Lo descrito

[48] Informe de Ponencia para segundo debate del Proyecto de Ley Estatutaria No. 295 de 2020 Cámara, acumulado con el Proyecto de Ley Estatutaria no. 430 de 2020 Cámara y con el proyecto de ley Estatutaria no. 468 de 2020 Cámara "por medio de la cual se modifica la ley 270 de 1996 - estatutaria de la administración de justicia y se dictan otras disposiciones".

muestra la intención de definir los alcances de las sentencias de las Altas Cortes, Tribunales y jueces de todas las jurisdicciones.

3.3 El prevaricato por desconocimiento del precedente. Los afrodescendientes en los Objetivos de Desarrollo Sostenible

Como se ha indicado, el precedente judicial adquiere importancia en Colombia desde el principio de igualdad de trato por la autoridad judicial, el principio de confianza legítima y el debido proceso. Puntualmente, el artículo 413 del Código Sustantivo Penal Colombiano (Ley 599 de 2000), tipifica el delito de prevaricato por acción en los siguientes términos:

> El servidor público que profiera resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley, incurrirá en prisión de cuarenta y ocho (48) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses y multa de sesenta y seis puntos sesenta y seis (66.66) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos funciones públicas de ochenta (80) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses.

A partir de la norma se identifican tres elementos: i) un sujeto activo calificado (servidor público), ii) una acción (proferir una resolución, dictamen o concepto), iii) que sea manifiestamente contraria a la ley.

Al respecto, la Corte Constitucional, en Sentencia C-335 de 2008, indicó que la creación de un sistema de precedentes permite otorgar coherencia al sistema jurídico y la vigencia de los derechos fundamentales, como la uniformidad de los fallos y la seguridad jurídica. También estableció que la inobservancia del precedente judicial hace que se configure el delito de prevaricato únicamente cuando se trate de una sentencia de constitucionalidad o aquellas emanadas por las altas Cortes que conlleven el desconocimiento de principios constitucionales y legales.

Dicha posición fue reiterada en la sentencia C-634 de 2011, en la cual señala el Tribunal Constitucional que la inobservancia arbitraria del precedente judicial implica un desconocimiento del principio de legalidad, dado que el mismo permite fijar la regla jurídica aplicable a un caso en concreto, generando responsabilidad penal por el citado delito. Al respecto indicó que:

> la Corte ha reconocido que tales decisiones arbitrarias, que desconocen injustificadamente el contenido y alcance de una regla jurídica, fijada con criterio de autoridad por una alta Corte, puede configurar el delito de prevaricato, puesto que en esos casos no solo se está ante la ausencia de disciplina jurisprudencial, sino también ante una decisión que se aparte radicalmente del orden jurídico.

En la misma decisión, la Corte Constitucional reitera que el precedente judicial no es absoluto, sino que, en armonía del principio de autonomía judicial, es válido que, en determinadas circunstancias, los jueces puedan distanciarse del precedente, sin que ello genere consecuencias penales. Esto exige, por parte del funcionario judicial, una carga argumentativa cualificada y exigente que cumpla con los siguientes requisitos: a) expresar las razones por las cuales se decide apartar del precedente vigente sobre la materia estudiada; y b) explicar de manera satisfactoria que la nueva interpretación realizada satisface en mayor medida los derechos, principios y valores constitucionales.

Estos argumentos también fueron acogidos por la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Penal, fallo del 10 de abril de 2013[49]. En este se plantea la importancia del respeto del precedente judicial, en la garantía de la igualdad y seguridad jurídica, como mecanismo esencial para evitar la arbitrariedad por parte de los jueces: "cuando sin razones que justifiquen su actuar desconozcan la doctrina probable al interpretar el ordenamiento jurídico".

Asimismo, la Corte Suprema, en su sala de Casación penal, confirma el deber de acatamiento de las providencias judiciales en su sentencia del 23 de octubre de 2013, en la cual precisa que para que se configure la conducta ilícita de prevaricato por desconocimiento del precedente judicial, no solo se requiere la falta de argumentación para apartarse del mismo, sino, también, el ánimo corrupto que se deduce de la decisión tomada: "todas las decisiones respecto de las cuales quepa discusión sobre su acierto o legalidad, las diferencias de criterio, interpretaciones o equivocaciones despojadas de ánimo corrupto, no pueden ser objeto de reproche penal." [50]

Para el año 2019, la misma corporación, en la sentencia de radicado No. 53765 del 3 de abril de 2019, interpretó en el mismo sentido que el prevaricato por acción se configura cuando las decisiones adoptadas contrarían los fallos de las Altas Cortes, en consideración a que los mismos constituyen fuentes formales de derecho y establecen reglas jurídicas específicas de interpretación del ordenamiento jurídico, de allí la importancia de su acatamiento por parte de los jueces. Sin embargo, en la referida decisión, también señaló la Corte Suprema, que es posible que los jueces se aparten del precedente siempre y cuando medie una argumentación completa, clara y lógica. En sentido similar también se destaca la Sentencia con radicado No. 52804 del 27 de marzo de 2019[51].

---

[49] Corte Suprema De Justicia. Sala De Casación Penal. Radicado 39456. (10 de abril de 2013) M.P. José Luis Barceló Camacho. Bogotá: Corte Suprema de Justicia. 2013.

[50] Colombia. Corte Suprema De Justicia. Sala de casación Penal. Sentencia Radicación No. 39538 (23 de octubre de 2013). M.P. Eugenio Fernández Carlier. Bogotá: Corte Suprema de Justicia. 2013.

[51] Colombia. Corte Suprema De Justicia, Sala de Casación Penal. Radicación No. 52804. (27 de marzo de 2019). M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa. Bogotá: Corte Suprema de Justicia. 2019.

Téngase en cuenta además que la propia Corte Constitucional, ha precisado que el precedente judicial no es rígido, dado que el mismo también se adecua a las nuevas realidades sociales y con respeto a los principios de imparcialidad y autonomía judicial, por lo que reiterando lo indicado en líneas anteriores, es posible no seguir el precedente cuando: a) existen diferencias en los supuestos fácticos de los casos (disanalogía fáctica); b) cambios sociales posteriores, c) cambios normativos, d) la decisión sea contraria a principios del ordenamiento jurídico.

En definitiva, no es cuestión pacifica cada vez que en Colombia un juez se enfrenta a un proceso penal por desconocimiento del precedente vinculante, dado que al juez se le exige una alta carga argumentativa jurídica, fáctica y probatoria so pena de que la misma no sea suficiente y en consecuencia se configure el delito de prevaricato que conlleva una pena privativa de la libertad.

4. Conclusiones

Desde las relaciones entre cultura y derecho, se insiste en la importancia del análisis judicial del derecho a través de la jurisprudencia y del precedente que propician fenómenos de inclusión y acercamiento social, lo que es propio de las transformaciones culturales. Ello lleva a que la credibilidad de la decisión jurisdiccional rápidamente mute desde la fuente formal como criterio auxiliar hacia el reconocimiento de precedente en sentido vinculante; con sustento en las garantías constitucionales de igualdad material, confianza legitima, buena fe y debido proceso.

Como se evidenció a lo largo de este trabajo, no se trata de una discusión sobre si la jurisprudencia crea o no crea una norma con sentido concreto, tampoco se cuestiona la utilidad o la importancia de la jurisprudencia, pues está demostrado el impacto que ella ha tenido en la interpretación y creación del derecho. La premisa de análisis, se relacionó con su obligatoriedad, es decir, con la posibilidad de adoptar precedentes impositivos, como en reiteradas oportunidades lo ha pronunciado la Corte Constitucional. En este sentido, precedente es una formulación precisa del derecho para solucionar un caso concreto, entonces todas las sentencias tienen precedente, y este no es otra cosa que la interpretación del ordenamiento jurídico que han realizado los jueces en su función jurisdiccional de subsunción.

Desde esta perspectiva se debe reconocer que existen ciertas dificultades en el modelo colombiano para determinar con claridad dónde se encuentra la *ratio decidendi* que obra como precedente, pues no hay enunciación completa y comparada de los hechos, ni tampoco se establece por el juez cuáles de estos son tomados como relevantes en la decisión y cuáles no. Lo que en realidad es una cuestión compleja y problemática para los jueces que resuelven

el caso concreto, dado que se exponen al riesgo de desconocer el precedente que conlleva la configuración del delito de prevaricato.

En Colombia la tendencia de acercamiento del derecho legislado hacia el derecho jurisprudencial, ha implicado un debate fuerte de interpretación del tenor literal del artículo 230 de la Constitución política por parte de la Corte Constitucional para finalmente aceptar la teoría del precedente vinculante en materia constitucional, ordinaria o común y administrativa. Esta discusión ha impulsado que en varios proyectos de reforma a la justicia se hayan propuestos reformas de fondo al contenido del artículo 230 constitucional.

Aun falta resolver algunas cuestiones sobre lo que implica un sistema de precedentes, entre ellas: a) ¿cuántas sentencias configuran o constituyen precedente?, ¿una sola decisión?, ¿tres decisiones uniformes dictadas en el mismo sentido?; b) ¿quién debe fijar o delimitar las subreglas jurisprudenciales?, ¿el mismo juez que dicta la sentencia debe identificarla en la parte resolutiva?, ¿o el juez posterior que aplicará la subregla en el caso similar o análogos en sus supuestos de hechos deberá interpretar la sentencia para extraer el sentido de la misma y delimitar la subregla jurisprudencial?; c) para que una Alta Corte —Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia, Consejo de Estado— pueda cambiar su propio precedente, ¿se debe exigir de una mayoría calificada y en qué proporción?; d) ¿qué se entiende por fundamentación razonable y suficiente para que un juez pueda distanciarse de un precedente?, ¿qué debe tener en cuenta en su argumentación para no exponerse a un desconocimiento del precedente vinculante con el consecuente riesgo de incurrir en un delito de prevaricato?

La tendencia de acercamiento del derecho legislado hacia el derecho jurisprudencial nos invita a reflexionar sobre la enseñanza del derecho en Colombia y Latinoamérica lo que implica: a) repensar los planes de formación para incorporar el derecho jurisprudencial, b) revisar los métodos de enseñanza y aprendizaje empleados en el derecho, para incorporar con mayor fuerza el aprendizaje basado en problemas y el estudio de casos a partir del análisis de jurisprudencial, c) mejorar los motores de búsqueda y las bases de dato de jurisprudencia en Latinoamérica, d) aprender sobre métodos de interpretación de sentencia, para finalmente preparar a los nuevas generaciones de abogados en el estudio y análisis de la jurisprudencia para una mejor comprensión de la teoría del precedente vinculante en la región.

Bibliografía

Alcalá Zamora, Niceto. *Estudios de teoría general e historia del proceso II.* México: Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de investigaciones jurídicas, 1974

Bernal Pulido, Carlos. *El derecho fundamental al debido proceso.* Medellín: Librería Señal Editora, 2004.

Bon Bülow, O. *La teoría de las excepciones y los presupuestos procesales.* Buenos Aires: Trad. Rosas, 1964.

Bustamante, Mónica y Agudelo, Dimaro. "El precedente vinculante en el *Common Law* y en el sistema continental – referencia especial a algunos países de Latinoamérica". En *El precedente judicial y el ejercicio del derecho ante a las altas cortes*, 169-184. Medellín: Sello Editorial Universidad de Medellín, 2015.

Calmon, Petronio. "La nueva revolución industrial y el derecho procesal". En *Proceso judicial y cultura, una mirada global.* Medellín: Sello Editorial Universidad de Medellín, 2013.

Cappelletti, Mauro. *Dimensioni della giustizia nelle societá contemporanee*. Bolonia: Il Mulino, 1994.

Carnelutti, Francesco. *La prueba civil.* Buenos Aires: De Palma, 2000.

Carnelutti, Francesco. *Sistema de derecho procesal civil.* Traducción de Niceto Alcalá Zamora y Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Uteha, 1944.

Chaumet, Mario. "Crisis de la cultura continental moderna y proceso". En *Proceso judicial y cultura, una mirada global*. Medellín: Sello Editorial Universidad de Medellín, 2013.

Chinchilla Herrera, Tulio Elí. *¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?* Bogotá: Temis, 1999.

Cross, Ruppert. y Harris J.W. *El precedente en el Derecho inglés*. Marcial Pons, 2012.

Devis Echandía, Hernando. *Teoría general de la prueba judicial.* Medellín: Biblioteca Jurídica Diké, 1987.

Foucault, Michel. *La verdad y las formas jurídicas.* México: Gedisa, 1983.

Guasp, Jaime. *Derecho procesal civil: Introducción y parte general.* España: Thomson Civitas, 2005.

López Medina, Diego Eduardo. "El Derecho de los Jueces". En *La Lucha legislativa y judicial por el control de fuentes del Derecho (1992-2000)*, 29-70. Bogotá: Editorial Universidad de los Andes y Legis, 2014.

López Medina, Diego Eduardo. "El Derecho de los Jueces". *Desarrollos recientes del precedente en Colombia (2001-2006)*, 73-102. Bogotá: Editorial Universidad de los Andes y Legis, 2014.

López Medina, Diego. *Eslabones del Derecho. El deber de coherencia con el precedente judicial*. Bogotá: Universidad de los Andes - Legis, 2017.

Montesquieu. *Del espíritu de las leyes*. Traducción de Nicolás Estévanez. Buenos Aires: Claridad, 1971.

Montero Aroca, Juan. "Los poderes del juez en el proceso civil. Las ideologías autoritarias y la pérdida de sentido de la realidad". En *teoría unitaria del proceso.* Rosario: Juris, 2001.

Oteiza, Eduardo. "América Latina. Cultura y proceso civil". En *Proceso judicial y cultura, una mirada global*. Medellín: Sello Editorial Universidad de Medellín, 2013.

Parra, Jairo. *Derecho procesal civil.* Bogotá: Ediciones el Profesional, 2001.

Pourostad, M. "Cultura y proceso jurídico en el Medio Oriente: viviendo en el propio y mirando el de otros". En *Proceso judicial y cultura, una mirada global*. Medellín: Sello Editorial Universidad de Medellín, 2013.

Quintero, Beatriz y Prieto, Eugenio. *Teoría General del Proceso.* Bogotá: Temis, 2000

Ramirez, Diana. *La prueba de oficio. Una perspectiva para el proceso dialógico civil.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009.

Rico Puerta, Alonso. *Teoría general del proceso.* Medellín: Comlibros, 2006.

Cross, Ruppert y Harris J.W. *El precedente en el derecho inglés*. Marcial Pons, 2012.

Sentis Melendo, Santiago. *La prueba. Los grandes temas del derecho probatorio.* Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1978.

Taruffo, Michele. *Sobre las fronteras, escritos sobre la justicia civil*. Bogotá: Editorial Temis, 2008.

Taruffo, Michele. *Simplemente la verdad.* Barcelona: Marcial Pons, 2010.

Taruffo, Michele. "Precedente y Jurisprudencia". *Revista Temas Procesales*, no. 29 (2014).

Taruffo, Michele. *Aspectos del precedente judicial*. México: Consejo de la Judicatura del Estado de Nuevo León, 2018.

Véscovi, Enrique. *Teoría general del proceso*. Bogotá: Temis, 1999.

Wróblesky Jerzy. *Sentido y hecho en el derecho*. Bilbao: Universidad del País Vasco, 1987.

Webgrafia

Redacción. "Jorge Pretelt, primer magistrado que va a juicio ante la Corte Suprema". *El tiempo,* 24 de agosto 2016 http://www.eltiempo.com/politica/congreso/jorge-pretelt-primer-magistrado-que-va-a-juicio-ante-la-corte-suprema/16682332

http://www.semana.com/noticias/alberto-rojas-rios/103309 (consultado, marzo 14 de 2017)

http://www.cmi.com.co/uno-dos-tres/complicada-la-eleccion-de-magistrados-de-la-corte-constitucional/406124/ (consultado, marzo 14 de 2017)

Redacción Justicia. "¿Fin a la puerta giratoria en las altas cortes?" *Revista Semana*, 21 de junio 2014 http://www.semana.com/nacion/articulo/un-fallo-podria-ponerle-fin-la-puerta-giratoria-en-las-altas-cortes/392945-3

Hoyos Duque, Ricardo. *El valor del precedente judicial en la ley 1437 de 2011: ¿es la jurisprudencia fuente de derecho?* En Derecho Procesal Contencioso Administrativo, 452-474. https://letrujil.files.wordpress.com/2013/09/18ricardohoyos-duque.pdf

(https://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/Educacion-y-Cultura/noti-120613-04-el-precedente-judicial-obligatorio-mecanismo-de-descongestion-o-gobierno-de-los-jueces) (consultado marzo 13 de 2017)

Sentencias

Corte Constitucional

T-406 de 1992, M. P.: Ciro Angarita Barón;

C-486 de 1993, M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz;

C-104 de 1993, M. P.: Alejandro Martínez Caballero;

C-083 de 1995, M. P.: Carlos Gaviria Díaz;

SU 047 de 1999, M. P.: Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez

C-836 de 2001, M. P.: Rodrigo Escobar Gil.

C-113 de 1993, M. P.: Jorge Arango Mejía;

C-131 de 1993, M. P.: Alejandro Martínez Caballero;

T-123 de 1995, M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

T-439 de 2000, M. P.: Alejandro Martínez Caballero,

C-1026 de 2001, M. P.: Eduardo Montealegre Lynett,

C 224 de 1994 M. P.: Jorge Arango Mejia.

C 539 de 2011 M. P.: Luís Ernesto Vargas Silva

C 634 de 2011 M. P.: Luis Ernesto Vargas Silva

C 816 del 2011 M. P.: Mauricio González Cuervo

C 284 de 2015 M. P.: Mauricio González Cuervo

C 621 de 2015 M. P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

Corte Suprema De Justicia

Sala De Casación Penal. Radicado 39456. (10 de abril de 2013) M.P. José Luis Barceló Camacho. Bogotá: Corte Suprema de Justicia. 2013.

Sala de casación Penal. Sentencia Radicación No. 39538 (23 de octubre de 2013). M.P. Eugenio Fernández Carlier. Bogotá: Corte Suprema de Justicia. 2013.

Sala de Casación Penal. Radicación No. 52804. (27 de marzo de 2019). M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa. Bogotá: Corte Suprema de Justicia. 2019.

Congreso de la República de Colombia. Senado de la República. Proyecto de acto legislativo "por medio del cual se reforma la constitución política en materia de administración de justicia y se reforma el equilibrio orgánico de frenos y contrapesos". http://190.26.211.102/proyectos/index.php/textos-radicados-2013-2014/proyectos-de-acto-2014-2015

Informe de Ponencia para segundo debate del Proyecto de Ley Estatutaria No. 295 de 2020 Cámara, acumulado con el Proyecto de Ley Estatutaria no. 430 de 2020 Cámara y con el proyecto de ley Estatutaria no. 468 de 2020 Cámara "por medio de la cual se modifica la ley 270 de 1996 - estatutaria de la administración de justicia y se dictan otras disposiciones".

CAPÍTULO VI

Administrar y/o juzgar

Andrés Bordalí Salamanca

1. Introducción

No es fácil escribir unas líneas en homenaje a Michele Taruffo. Esa dificultad no solo es producto de la turbación que produce el recuerdo, reciente aun, de su persona, de su amistad, sino también producto de la dificultad propia del prolífico trabajo que realizó en su larga trayectoria como académico. Son muchos los temas que trató y todos ellos los abordó de una manera muy cautivante.

Sin duda que los trabajos de Taruffo que tuvieron una relación más directa con el tema de la independencia, imparcialidad y cualificación del juez, son de un carácter procesal más que orgánico. Este aspecto tuvo especial importancia a propósito de su defensa de un juez activo en materias de pruebas. Señalaba Taruffo que un juez con poderes probatorios de oficio no afecta *per se* la imparcialidad de su juicio. A diferencia de sus detractores en este punto, que argumentan muchas veces con una excesiva carga ideológica, el recurso de Taruffo era mucho más práctico, realizando una de las cosas que más le gustaba, como lo era usar el argumento comparatista.

Frente a la crítica que esos poderes oficiosos serían propios de un juez autoritario, no ajustado a un juez de un Estado democrático, Taruffo señalaba que prácticamente todos los países y desde casi siempre, han conferido esos poderes a los jueces. Ello no solo es así en Italia y Alemania, con sus pasados recientes totalitarios o autoritarios, sino también en Estados Unidos y Gran Bretaña, así como Hispanoamérica. No puede decirse, señalaba, que todos esos países fuesen autoritarios o poco democráticos.

Más que autoritarios, Taruffo dirá que los ordenamientos jurídicos de esos Estados han hecho lo correcto en materia de regulación de sus procesos, cual es preordenarlos al fin último que deben servir, como lo es impartir justicia basada en la verdad de los hechos que

están en la base del conflicto entre partes. Para ello servirá en ocasiones que el juez tenga un rol más activo en materia probatoria[1].

Pero el tema del estatuto del juez no estuvo ausente de sus análisis. En efecto, realizó trabajos muy críticos sobre las vías alternativas a la jurisdicción (ADR, en su abreviación inglesa), ya que muchas veces pueden terminar en una dominación de los sujetos más débiles por aquellos más poderosos, algo que el recurso al juez del Estado podría evitar[2]. Asimismo, abordó en más de algún seminario o coloquio el tema de las autoridades independientes, esas extrañas figuras estatales que sintetizan la actividad administrativa con la jurisdiccional.

Me convoca analizar en esta ocasión una comparación entre el estatuto y funciones de los jueces, administradores y de las autoridades independientes, atendido a que la primera vez que conocí al profesor Taruffo, por allá en el año 2003, invitado a la Universidad Austral de Chile a exponer a un seminario sobre Poder Judicial y Democracia, dialogamos sobre el porqué de estas autoridades independientes y si existían las garantías para una decisión imparcial de sus agentes.

Con el recuerdo fresco aun de su sonrisa vivaz y sabia, me animo a escribir estas líneas con el fin de contribuir a afianzar esos principios, a veces esquivos, de independencia e imparcialidad judicial. Aun creo que se hace imperioso distinguir claramente entre la función administrativa y la jurisdiccional, algo no siempre relevado por los estudios de derecho público. Precisamente, con base en esa distinción, se hace necesario indagar sobre las facultades juzgadoras que tienen las autoridades independientes, para luego ver si es legítimo, desde el punto de vista del derecho fundamental, a un tribunal independiente e imparcial, ser juzgado por esas autoridades que reúnen en sí esa calidad de órganos administrativos y jurisdiccionales. Sobre eso versará este trabajo.

2. Administración y jurisdicción. Función administrativa y jurisdiccional

Cuando se dice que hay que asegurar la independencia de los jueces, se lo hace pensando especialmente respecto al ejecutivo, ya sea en su vertiente de Gobierno o de administración

---

1 Michele Taruffo. "Investigación judicial y producción de prueba por las partes". *Revista de Derecho Universidad Austral de Chile,* Volumen 15, no. 2 (diciembre 2003): 210-213. Se debe agregar que los argumentos de Taruffo en este punto no solo se refieren a que existen en la mayoría de los países que pueden ser calificados como "democracias liberales", sino que también se encargó de dar argumentos para sostener por qué no es adecuada esa asociación entre un juez con poderes probatorios de oficio y pérdida de imparcialidad. *Vid*. Michele Taruffo, "Riflessioni su garantismi e garanzie", en *Garantismo y crisis de la justicia* (Medellín: Sello Editorial Universidad de Medellín, 2010).

2 Michele Taruffo, "La justicia civil: ¿opción residual o alternativa posible", en *Corrupción y Estado de Derecho*. Ed. Ibañez Perfecto, Andrés (Madrid: Trotta, 1996), 146.

del Estado. Desde que se proclamó la separación de poderes luego de la Revolución francesa, todo ello inspirado en los escritos previos de Locke y fundamentalmente de Montesquieu, ha sido históricamente el ejecutivo quien más ha amenazado esa independencia de los jueces. Eso tiene una explicación histórica y además de lógica jurídica formal. Históricamente, jurisdicción y administración no se diferencian, son lo mismo, y desde un punto de vista del sistema jurídico moderno —es decir, el positivismo formalista— ambos poderes aplican preceptos legales a casos concretos, a diferencia del parlamento, que crea preceptos legales generales y abstractos.

Por ello, es común que los problemas de independencia de los jueces sean respecto al ejecutivo. Jueces y funcionarios administrativos son los poderes que pueden disputar la aplicación de un precepto particular a un caso concreto. Son ellos los que disputan a veces la coacción, imponiendo sanciones a las personas. Y, desde luego, al ejecutivo siempre le ha interesado gobernar al judicial, eligiendo y destituyendo a los jueces según su conveniencia. He aquí algunos ingredientes de esa fricción institucional.

Las diferencias entre los órganos públicos denominados administración y jurisdicción y entre las funciones de administrar y juzgar ha sido un tema de antigua reflexión por parte de los juristas. Últimamente Fernando Atria dedica parte importante de su libro *La forma del Derecho* a diferenciar adecuadamente entre administración y jurisdicción, distinguiendo las distintas estructuras de su legitimación material. Se trata de estructuras diversas, dice, que están "informadas por principios opuestos: por el comisarial una y por el de independencia la otra"[3]. Todo ello, obviamente, pensado en un Estado de derecho moderno y contemporáneo basado en la separación de poderes y en la independencia judicial.

Que la administración responda a una lógica comisarial se relaciona con la legitimación de la acción administrativa, la que se da vía una estructura que permita entender que la acción del funcionario inferior es ejecución de programas o instrucciones dados por el encargado superior, el que es responsable por su formulación y ejecución.

En la administración del Estado, dice Atria, existe una lógica de mandato, mandante, mandatario. "Esta lógica del mandato será denominada 'principio comisarial' (comisión es el nombre que recibe el mandato cuando es especial, y por eso: el presidente es mandatario, los demás son sus comisarios)"[4].

Esto quiere decir que en la administración existe una estructura orgánica piramidal, orientada a lograr determinados fines. En la cúspide de esta estructura existe un jefe superior, el que es el responsable en términos administrativos o políticos de lograr los fines

[3] Fernando Atria, *La forma del derecho* (Madrid: Marcial Pons, 2016), 199.

[4] Atria, *La forma del derecho,* 195.

fijados por la ley a ella. En él se concentra la unidad de la agencia o estructura y él puede dar instrucciones a los funcionarios inferiores. También puede avocarse directamente en el negocio, para su mejor realización. En ese jefe superior se concentra en definitiva la estructura y por eso puede avocarse a un determinado negocio, tomando su control o bien dando instrucciones precisas a sus subordinados de cómo realizarlo.

Esta estructura enfocada a lograr resultados o fines de carácter general o de bien común, hace que la relación del funcionario con la ley sea muy distinta a la de los jueces. "Para el comisario la ley aparece como un instrumento, es decir, como la definición (positiva o negativa) de los medios (normativos y materiales) con los que cuenta para desempeñar su misión. Pero es definitorio de la función jurisdiccional que para esta la ley no aparece como un medio, sino como un fin"[5].

Esta es una de las distinciones que se ha utilizado para diferenciar entre procesos judiciales constitutivos, como los que existen en muchos aspectos del derecho de familia, y los denominados actos judiciales voluntarios. La pregunta que se formula aquí es cuál es el rol que cumple la ley para el funcionario que la aplica, si como fin o como instrumento para el logro de fines públicos.

En los procesos constitutivos el juez tiene que velar que se cumpla la ley; esa es su función y por eso se los considera una manifestación de actividad jurisdiccional. Mientras que los actos voluntarios son considerados un tipo de actividad administrativa en manos de jueces. La ley es instrumento para lograr fines públicos, como podría ser el tomar posesión adecuada, pública y transparente de los bienes dejados en herencia. Un proceso jurisdiccional en un caso y otro un procedimiento administrativo en manos de jueces[6].

Tiene razón Atria en destacar la diferencia estructural actualmente existente entre administración y jurisdicción; o, dicho de mejor manera, la diferencia que debería existir entre ambas. Una es un poder, una burocracia estatal con una orgánica dispuesta a lograr fines generales o políticos. La otra —los jueces— es un no poder. Mejor se corresponde hablar respecto a ella como una potestad[7] que no busca ningún otro fin que no sea aplicar la ley a un caso concreto donde se ha pedido su intervención.

El término *puissance* (que se puede traducir al español como potestad) que utiliza el propio Montesquieu parece ser más adecuado que el de *pouvoir* (poder). Pero no hay que caer en una mera discusión terminológica, por lo que se hace conveniente detenerse en qué podría diferenciar el poder o la potestad jurisdiccional de los otros poderes estatales.

---

5 Atria, *La forma del derecho,* 213.

6 Andrés Bordalí, *Derecho jurisdiccional* (Valdivia: Ediciones Derecho Austral, 2016), 125.

7 Ernesto Pedraz, *Constitución, jurisdicción y proceso* (Madrid: Akal, 1990), 47.

Partamos de la base que el análisis que hace Montesquieu en su obra maestra, el *Espíritu de las leyes*[8], corresponde a la construcción de una constitución política y, por ello, el problema no es estrictamente jurídico, sino de fuerzas políticas, de poderes sociales, de modo que cada poder represente a un grupo social (el legislativo a la nobleza y burguesía, el ejecutivo al rey).

Pero ¿a quién representa el poder judicial? En la obra de Montesquieu no hay una respuesta clara a esa pregunta. Si el poder judicial los representa a todos, entonces no representa a nadie y como tal, no es poder. Por otra parte, hay que decir que para Montesquieu la función judicial es adjetiva, es decir, es un simple instrumento o cauce de aplicación de la ley. Asimismo, considera a los jueces como máquinas de hacer silogismos, simples voceros de la ley, *bouche qui pronunce les paroles de la loi*, cuya única función se resume en la aplicación de la pena que la ley señala, puesto que la premisa mayor, es decir, la norma, está previamente establecida y, la premisa menor, es fijada por el jurado[9].

La administración es poder en un doble sentido. Como parte del ejecutivo, y al menos en su cúspide, ella tiene hoy en día en la mayoría de las democracias occidentales una legitimidad democrática directa y por tanto representa a sectores de la población. Por otra parte, tiene unidad de agencia para lograr fines públicos o generales. La jurisdicción carece de ambos atributos. No representa a ningún sector de la sociedad y carece de unidad de agencia. Por ello, quizás es mejor referirse a ella como una potestad.

Sigamos con las diferencias entre ambas reparticiones. La estructura administrativa actúa de oficio. Los jueces son pasivos; solo actúan si alguien lo ruega. Señalaba José Bernardo Lira, un jurista chileno de mediados del siglo XIX, que estaba prohibido a los jueces, "por respeto a la libertad de las personas i al derecho de propiedad, ejercer de oficio su ministerio, fuera de los casos en que la lei los faculte para ello. En jeneral, el poder judicial carece de acción propia. Para que obre es menester ponerlo en movimiento. Mas, excitado en forma legal i en negocios de su competencia, no puede escusarse en manera alguna de ejercer su autoridad"[10].

Los administradores son libres para decidir cuándo actuar y cómo hacerlo para lograr los fines que entran en la competencia de la repartición. Ello no significa que actúen fuera de la ley, sino desde lo que permite la ley. Actuando con la ley, pueden lograr los fines o planes predefinidos de distintos modos.

---

8 Montesquieu, *Espíritu de las leyes* (Madrid, Biblioteca Auxiliar del jurisconsulto y publicista, 1845), 194.

9 Montesquieu, *Espíritu de las leyes*, 191.

10 José Bernardo Lira, *Prontuario de los juicios o Tratado de los procedimientos judiciales i administrativos con arreglo a la legislación chilena. Parte teórica, Tomo* I (Santiago: Librería Central de Mariano Servat, 1895), 19.

La tesis de Atria tiene apoyo en Kelsen, quien señalaba que la diferencia entre jurisdicción y administración es estructural pero no funcional. Una es ejercida por órganos independientes y la otra por funcionarios administrativos dependientes[11]. Los jueces, en su actividad específica, no tienen algún superior, mientras que los funcionarios administrativos, en la aplicación de las leyes de su competencia, aparecen vinculados por las directivas particulares de sus superiores[12]. Volveremos sobre este punto más adelante, porque Kelsen sostuvo que, si se analiza con más detalle, ni aun funcionalmente se diferencian mucho ambos poderes o potestades.

Sin embargo, esta distinción esencial entre administración y jurisdicción que está en la base del relato de Fernando Atria, es más teórica que real. Me refiero a cómo se estructura la jurisdicción. Es que esa idea de no poder, de potestad atomizada o difusa, en realidad solo estuvo en la mente de Montesquieu y quizás de otro autor liberal ilustrado, pero no ha sido la regla general en la historia de la jurisdicción como potestad estatal. Atria no desconoce esto, pues señala que la tesis de Montesquieu del judicial como poder nulo e invisible que no podía darse a un senado permanente, "no fue particularmente influyente"[13].

En realidad, la concepción de Montesquieu sobre el poder judicial no ha existido nunca en ningún país. Y quizás ello se explique porque es algo ingenuo pensar en un poder del Estado o si quiere en una potestad estatal o pública bajo una estructura de no poder; un poder en algún sentido invisible y nulo.

La experiencia muestra que el ejecutivo o los propios jueces hacen del judicial un poder. Si se trata de decidir asuntos en los que están involucrados las autoridades del Estado o inclusive los particulares, es poco probable que se quiera entregar esa facultad a entes ajenos del poder político o a las cúpulas judiciales. Dicho en otros términos, un poder tan fuerte, como lo es el decidir sobre los derechos e intereses de los miembros de una comunidad política, es muy poco probable que sea concebido como un no poder, como un poder en algún sentido invisible o nulo. Esa importante facultad intentará ser cooptada por el ejecutivo, que es el modelo que impuso Napoleón, o por el Parlamento, que fue el modelo de los denominados socialismos reales, o bien por las cúpulas judiciales, como es el caso en algún sentido de Chile que tiene a la Corte Suprema como jefe superior del conjunto de jueces y tribunales.

Hay que tener presente que desde los primeros momentos de eso que podemos denominar Estado (con cierta arbitrariedad lo sitúo desde el siglo XII aproximadamente en adelante), jurisdicción y administración son lo mismo. Luego con posterioridad a la Revolución francesa, ambas potestades no son lo mismo, pero la segunda controlaba a la primera. El

11 Hans Kelsen, *Il primato del parlamento,* ed. Geraci, C. (Milán: Giuffrè, 1982), 132.

12 Kelsen, *Il primato del parlamento,* 132.

13 Atria, *La forma del derecho,* 215.

ministro de Justicia era quien gobernaba a la jurisdicción nombrando a los jueces, trasladándolos, sancionándolos, removiéndoles. Esa era la situación de Francia que luego se exportó a la mayoría de los países europeos continentales y de Latinoamérica. Eso solo cambia a mitad del siglo XX y solo parcialmente, con la creación de los Consejos de la Judicatura (Francia, Italia, entre otros), en los cuales existe representación en algún sentido política y también judicial.

Si el ministro de Justicia controla a los jueces, como sucedía en Francia en todo el siglo XIX y hasta mediados del siglo XX, es bastante probable que esos jueces, durante ese período, hayan pensado en el impacto que sus decisiones judiciales pudieran haber tenido respecto de los intereses políticos y económicos del ministro de Justicia y del Gobierno. Pensando en esos intereses políticos y económicos de las estructuras políticas, los jueces velaban a su vez por los propios, sobre todo por aquellos relacionados con la carrera judicial y estabilidad en el empleo.

Se debe precisar en este punto que esos jueces durante gran parte del siglo XIX no fallaban cuestiones de índole administrativa, sino solo asuntos civiles o penales. Pero, aun así, esas cuestiones civiles o penales que les tocaba resolver podían tener un impacto en el Gobierno y la administración y el juez no podía sustraerse a ello.

Según cómo se mire el problema, en gran parte del siglo XIX, los estados europeos no separaron la administración de la jurisdicción o, dicho en un sentido completamente contrario, separaron completamente ambas potestades de modo tal que los jueces no aparecían facultados para controlar los actos de la administración. En algunos casos, en la administración se crearon instancias "jurisdiccionales" para controlar sus actos. La administración podía ser controlada jurisdiccionalmente, pero por órganos que forman parte de la propia administración. Regía en Francia la expresión *juger l´administration c´est encore administer.*

En otros casos, en el siglo XIX, se dijo que la administración no podía ser controlada por instancias jurisdiccionales. Eso suponía una afectación muy brutal de la separación de poderes. La propia administración debía autocontrolarse. Pero en este caso, no se concebía que en la administración pudiera existir una instancia "jurisdiccional", sino que el control de los actos de la administración era un tipo de actividad administrativa también.

He aquí un aspecto importante de destacar y que no siempre se lo ha entendido bien. La independencia judicial tiene real sentido cuando se trata de enjuiciar a los actos de la administración del Estado. La independencia judicial no cobra su verdadera relevancia respecto a causas civiles o penales. Si se trata de enjuiciar a particulares, cualquier órgano del Estado podría hacerlo en términos similares. Obviamente, adquiere relevancia la independencia de ese juez civil o penal si en la contienda están involucrados personeros públicos.

Pero convengamos en que los jueces civiles y penales enjuician mayoritariamente a particulares y no a personeros públicos.

Los sistemas judiciales de los Estados modernos no se demoraron mucho en darle independencia a los jueces penales y civiles. El problema ha sido siempre con los jueces administrativos.

Hagamos un poco de historia. Cuando los asuntos del Estado absoluto se complejizan, el Monarca decide retener para sí los asuntos que interesan al Estado (justicia administrativa) y delegar en otros jueces los asuntos civiles y penales. Obviamente esos jueces civiles y penales no son independientes del rey, puesto que son designados y removidos por él. Además, el rey podía avocarse en cualquier momento en la causa si le interesaba y siempre tenía la última palabra vía apelación y su gracia.

Por eso es que reconocer y asegurar la independencia judicial ha sido un asunto relativamente fácil para los jueces civiles y penales, pero no así cuando se trata de controlar el poder del Estado-administración.

La teoría de la separación de funciones, y no de poderes, puede ser aceptada respecto al legislativo o ejecutivo; pero extenderla a la jurisdicción es un error grave para la vigencia del Estado de derecho, pues supone dejar sin efecto un principio político y jurídico de la máxima relevancia. Me explico. No se ve mayormente ningún problema en que el presidente de la República tenga iniciativa en materia de leyes o que pueda ponerle urgencia a un proyecto de ley. Tampoco se ve nada particularmente grave en que el Senado pueda destituir a un ministro de Estado vía juicio político. Pero sí resulta grave respecto al funcionamiento de un Estado de derecho que un ministro o jefe de servicio ejerza jurisdicción. Y es grave porque respecto de ellos existe el principio comisarial y no de independencia. Supone terminar, ni más ni menos, con la independencia judicial. Y supone desconocer que los actos administrativos puedan ser controlados por instancias no políticas, cayendo de paso la garantía de los derechos de las personas respecto al poder político.

El que haya costado separar, entre estos dos ámbitos del poder estatal, tiene dos explicaciones históricas ancladas en el Antiguo Régimen. En primer lugar, se explica porque la primera forma de gestionar el Estado fue realizada bajo la forma jurisdiccional[14]. El Estado absoluto era administrado por jueces o magistrados. Se explica, en segundo lugar, por qué, con el tiempo, la satisfacción de ciertos intereses colectivos por parte de las autoridades que tenían a su cargo su gestión se realizaba de una manera contenciosa.

[14] Maurizio Fioravanti, "Estado y Constitución", en *El Estado moderno en Europa. Instituciones y derecho, coord.* Maurizio Fioravanti (Madrid: Trotta, 2004), 18.

Tenemos así por una parte unos magistrados que son los que, con sus decisiones, administran el Estado y, de otra, unos administradores cuyas decisiones se adoptan bajo la naturaleza de un contencioso entre partes. No es de extrañar entonces que se confunda habitualmente a estas dos potestades.

En el Antiguo Régimen el poder real incluía todo tipo de potestades, comenzando por las políticas, militares, y, obviamente las judiciales, entre otras. Toda esa amalgama de poderes puede sintetizarse en el vocablo *iurisdictio*, entendido ampliamente como todos los aspectos del poder político. Precisando más este concepto, los autores Mannori y Sordi[15] señalan que en el mundo antiguo se podía dividir el poder del Estado en dos ámbitos muy generales. Una parte de ese poder correspondía al gobierno externo: el *ius belli* y la gestión de las cuestiones o negocios internacionales y la denominada alta política. A veces se acostumbra a denominarlo como *gubernaculum.* Todo el resto de la actividad pública relativa en términos generales al gobierno interno del Estado puede ser percibido como un espacio homogéneo, al que los juristas de los siglos XIII y XIV lo denominaban *iurisdictio.*

Para alguien que mira el derecho desde las coordenadas del Estado de derecho contemporáneo, poco o nada puede haber en común entre esta idea de jurisdicción que estamos describiendo y la que utilizamos hoy en día, donde esta aparece como la potestad estatal autorizada para decir irrevocablemente el derecho en un caso concreto y con efectos particulares.

Sin embargo, estas coordenadas no son las mismas utilizadas en el medioevo y sobre las cuales se construye el concepto de derecho. Es que al poder político premoderno el derecho le viene dado; el poder político no tiene la capacidad para crear el derecho. El orden jurídico para el mundo medieval se asume como existente; el titular del poder es garante del orden jurídico, pero no su creador. Ni el rey, ni el señor, ni el magistrado crean el derecho, solo garantizan el orden jurídico existente.

Por otra parte, hay que entender que todo ese poder real y señorial se desarrollaba bajo la forma judicial, donde quien juzga determina el principio general del derecho y hace aplicación de él a los casos particulares. Y así se puede llegar a decir también que la administración del Antiguo Régimen era, en su esencia, jurisdicción. Al particularismo del medioevo gestionado por los jueces le sobrevendría, después de la Revolución Francesa, una gestión del poder dada principalmente por el poder legislativo, así como por la administración del Estado. Ese ejercicio del poder estará basado en la generalidad y la igualdad que expresan la

[15] Luca Mannori y Bernardo Sordi, *Storia del diritto amministrativo* (Roma: Laterza, 2003), 36.

voluntad —una sola— de la nación soberana. Como expresa Fioravanti[16], si antes teníamos un Estado jurisdiccional, ahora tenemos un Estado legislativo y administrativo.

La jurisdicción era concebida de un modo muy diverso antes y después de la Revolución Francesa. Pero asimismo la administración también difiere sustancialmente de su actual configuración. En realidad, en los primeros momentos del Estado absoluto la administración no consistía en dar servicios a los súbditos, sino fundamentalmente consistía en imponer a estos la observancia de determinadas reglas. Es por ello que las funciones de administrar y juzgar quedaban completamente indiferenciadas. Así, los principales administradores del Estado eran jueces, quienes estaban habilitados para asumir decisiones ligadas a valoraciones de oportunidad, es decir, decisiones en lo esencial políticas.

El juez del viejo mundo era mucho más cercano a un gestor político que lo que puede ser aceptado hoy en día. La función judicial era entendida como un proceso continuo de búsqueda del derecho objetivamente justo y bueno.

El soberano del mundo europeo premoderno gobernaba, antes que con decisiones normativas de carácter general —que nosotros podemos entender hoy en día como leyes o reglamentos— mediante el rescripto con el que ponía su autoridad al servicio de los intereses particulares de quien recurría ante él. Se puede hablar en este sentido de la existencia de un Estado jurisdiccional anterior al Estado de derecho que se comienza a gestar después de la Revolución Francesa. En el Estado jurisdiccional, el gobierno no tiene la intención de generar uniformidad a través de su *imperium,* sino un gobierno de tipo elástico adecuado a la realidad territorial compleja propia del medioevo.

Pero, por otra parte, la forma normal de administrar era a través de la judicial. El contradictorio entre partes comenzó a ser utilizado por los jueces administradores para cuestiones que poco o nada tienen que ver con el concepto de jurisdicción que manejamos nosotros actualmente.

Cuando el Estado quería realizar una obra pública, como por ejemplo encauzar un río, se procedía a determinar la justa cuota de gastos a cargar a cada familia o grupo que hubiere de obtener ventaja. Para ello, el juez administrador le confería a cada gravado la posibilidad de defender su punto de vista, para que pudiera impugnar el que otra familia o grupo de vecinos resultara indebidamente favorecido con la distribución de las cuotas.

Para comprender mejor esta situación se debe poner atención en que en esta época se entendía por actividad administrativa la distribución de ciertos sacrificios y ventajas entre los coasociados, por lo que administrar siempre significaba resolver un cierto conflicto horizontal

[16] Fioravanti, "Estado y constitución", 25.

de intereses. Y es precisamente por esta razón que todas las instituciones en algún sentido estatales se presentaban como otorgadoras de justicia antes que como titulares de poder.

Este curioso modo de actuar a nuestros ojos, se puede explicar adicionalmente de la siguiente manera. En primer lugar, se explica por la estructura social del Antiguo Régimen. Esa estructura social se caracterizaba por el pluralismo, entendiendo por tal como la coexistencia de clases, estamentos o grupos. En dicha sociedad pluralista el poder político no era visto como un productor de utilidad social, sino principalmente como un poder arbitrador. En este sentido, es lógico que dicho poder, que pretendía satisfacer intereses colectivos, desarrollara una actividad contenciosa. El poder estatal era fundamentalmente un arbitrador de los intereses de los distintos grupos en pugna o contraposición.

Por otra parte, es muy importante comprender que en la Europa premoderna no existía algo similar al derecho administrativo contemporáneo. No se puede decir que existiera una "administración" en sentido jurídico, esto es una verdadera burocracia estatal.

Con el tiempo, tanto los jueces ordinarios como el método procesal del contencioso se fueron revelando insuficientes para atender las distintas necesidades del Estado. Las necesidades fiscales y militares del aparato estatal mostraron que la técnica judicial era insuficiente. Se mostró demasiado lenta y maquinosa frente a las imperiosas exigencias del Estado recaudador.

Muchas veces para atender eficientemente a estas nuevas exigencias se excusaba la figura del juicio, aunque se causara un perjuicio a las partes. El interés colectivo estaba, parece ser, sobre los derechos e intereses del individuo y por tanto la supresión de la forma judicial comenzó a ser considerada como necesaria para la gestión administrativa.

Poco a poco va naciendo así en los siglos XVII y XVIII la expresión monarquía administrativa, entendiendo por ella una forma de Estado propia del absolutismo maduro caracterizada por el desdoblamiento de las burocracias públicas en dos troncos contrapuestos. Uno de ellos es heredero directo de la tradición medieval y estaba destinado a conservar para sí la gestión de la justicia. El otro estaba llamado a desarrollar, bajo una atenta mirada del poder central, las tareas mayormente conectadas con la política fiscal-militar del soberano.

El primer sector —Justicia— conservó la forma procesal que incluía un contradictorio entre partes regulado de un modo tal que ellas pudieran expresar a cabalidad sus puntos de vista, aportar pruebas y siempre con la posibilidad de apelar de lo decidido por el magistrado ante una instancia superior. El otro sector —que ya podemos comenzar a denominar administración— va a comenzar a utilizar formas procesales sumarias, lo que significa que el principio de audiencia se restringe abiertamente y las formas solemnes y sacramentales comienzan a excluirse. Se trataba de no quitarle eficiencia a la actuación de la administra-

ción. El proceso utilizado por los jueces ordinarios, con sus tiempos, formas y solemnidades excesivas, se contraponía a ese fin, y por eso fue dejado de lado.

Todo lo anterior explica por qué ha costado tanto separar la administración de la jurisdicción. Nacieron juntas y su separación comporta una pérdida de poder que no ha sido fácil de llevar a cabo. La independencia de los jueces comporta un desprendimiento de poder desde el Estado que se ve de bastante difícil realización.

Dicho lo anterior, retornemos sobre un análisis de la realidad contemporánea o al deber ser de los Estados de derecho contemporáneos. El Estado de derecho contemporáneo separa claramente entre administración y jurisdicción y las conforma de un modo completamente diverso. El principio comisarial respecto a la primera y el de independencia para la segunda. Dicho de modo negativo, "el principio comisarial hace imposible la jurisdicción, así como el principio de independencia hace imposible la administración"[17].

La independencia de los jueces se vincula al sometimiento estricto a la ley. Los jueces para que puedan hacer justicia en un caso concreto aplicando la ley a él, no pueden recibir instrucciones de ningún otro poder o autoridad y tampoco pueden preguntarse por la utilidad para la consecución de fines o programas generales que pueda tener su decisión. Esto excluye por tanto la existencia de comitentes, tanto externos como internos[18].

Esto significa que para que la jurisdicción pueda cumplir su fin, que es hacer justicia en el caso concreto, aplicando la ley, no puede recibir instrucciones del presidente de la República, ministro de Justicia, de un jefe de Servicio o de un senador o diputado de la República. Pero tampoco las puede recibir del presidente de la Corte Suprema o de algún ministro de ese máximo tribunal o de una Corte de Apelaciones.

Si un juez atendiera a los requerimientos de cualquiera de estos personeros públicos, se hace imposible la jurisdicción. El juez fallaría, no según lo que corresponda decidir en ese caso por las particularidades del caso, sino que lo haría pensando en su relación con esos personeros o en los intereses de ellos y los propios. En este sentido, la aplicación de la ley al caso ya no sería posible.

Pero volvamos a las diferencias entre administración y jurisdicción. Una se rige, se decía, por el principio comisarial, por una idea de unidad de agencia y la otra por el principio de independencia[19]. Pero Atria señala que la función de los jueces de aplicar la ley en el caso

17 Atria, *La forma del derecho*, 213.

18 Atria, *La forma del derecho,* 213.

19 Atria, *La forma del derecho*,199.

concreto atendiendo a las particularidades de ese caso, ha sido históricamente imposible y señala que en la jurisdicción se ha impuesto una lógica comisarial[20].

Si la jurisdicción ya no se rige entonces por el principio de independencia, sino por el comisarial, resulta que ya no se puede distinguir tan nítidamente entre ella y la administración. Este es un tema que ocupó intensamente a Kelsen antes de la elaboración de su "teoría pura".

Kelsen parte del postulado que afirma que estructuralmente existiría en principio una diferencia entre ambos poderes: "la independencia de los jueces permite distinguir entre jurisdicción y administración"[21]. Sin embargo, Kelsen refutará que tanto estructural como funcionalmente sean realmente diferentes ambas potestades públicas.

Toda la diferencia entre jurisdicción y administración reposa en la independencia de los órganos jurisdiccionales. Sin embargo, Kelsen[22] señala que ello tampoco es así. Los tribunales tampoco son tan independientes como se dice. Piénsese en los jueces penales que son requeridos por funcionarios del Ministerio Público, es decir, funcionarios públicos que dependen del Gobierno. El jefe de Estado puede ordenar la suspensión del procedimiento y, en última instancia, tiene el poder de gracia, que puede dejar sin efecto la sentencia penal[23].

Es cierto que el gobierno —agrega— no puede decirle al juez cómo fallar un caso individual, pero sí puede disponer que un determinado procedimiento persecutorio sea puesto en acción o no, o bien abandonarlo[24]. Esta crítica sigue siendo en algún sentido válida para todos aquellos países que tienen un ministerio público dependiente del ejecutivo.

Pero Kelsen va más allá y considera que el sistema de recursos procesales ante la propia judicatura significa aminorar la independencia judicial. La independencia judicial pierde su significado por el hecho que contra la sentencia de un tribunal se pueda apelar a otro tribunal que, si bien no es jerárquicamente superior, es, sin embargo, una autoridad más alta respecto del primero, en cuanto tiene el poder de anular la sentencia[25].

La crítica de Kelsen no es válida en aquellos sistemas judiciales donde las decisiones de los tribunales superiores no tienen ningún impacto en la progresión en la carrera o en la estabilidad en el empleo de los demás jueces. Pero antes de despachar y rechazar tan rápidamente el comentario de Kelsen, conviene reflexionar un poco más. Quizás algunos

---

20 Atria, *La forma del derecho*, 233.

21 Kelsen, *Il primato del parlamento*, 132.

22 Kelsen, *Il primato del parlamento*, 135.

23 Kelsen, *Il primato del parlamento,* 135.

24 Kelsen, *Il primato del parlamento,* 135.

25 Kelsen, *Il primato del parlamento,* 136.

argumentos le puedan dar la razón a Kelsen. Uno de esos argumentos puede ser la vigencia de un sistema rígido de precedentes.

Si los jueces deben interpretar obligatoriamente un precepto jurídico del modo cómo lo ha hecho una corte superior, ese juez pierde parte de su independencia. Un sistema de precedentes rígidos, es decir, donde el juez no pueda apartarse bajo ningún motivo o razón del criterio de las cortes superiores, en algún sentido viene a instaurar la lógica comisarial en la judicatura. En este caso, el valor de la seguridad jurídica y la predictibilidad del derecho se antepondrán al valor de independencia judicial.

Taruffo no estuvo ajeno a este tipo de argumentos. Así, señaló que en un sistema de precedentes como el que acabo de describir, aflora "una dimensión especialmente burocrática (y sustancialmente autoritaria) del funcionamiento del sistema. Ciertamente, las cortes supremas ocupan las cúspides de las respectivas pirámides judiciales y (como en todas las estructuras burocráticas centralizadas) todo el verdadero poder se coloca en la cúspide, y desde allí desciende condicionando el comportamiento de los sujetos (en nuestro caso, los jueces) que, estando en los niveles inferiores, se encuentran subordinados a lo que dice la cúspide"[26].

Se podría contestar a este punto señalando que, si el juez no sufre ninguna consecuencia material o en la estabilidad en el empleo por no respetar el precedente, no pierde nunca su independencia. Pero no hay que descartar aspectos institucionales, o inclusive psicológicos, que sí pueden hacer perder independencia a los jueces. ¿Es seguro que ese juez que no respeta el precedente podrá hacer una carrera judicial en las mismas condiciones que otros jueces que sí respetan los precedentes? Por otra parte, ¿es seguro que a ese juez no le afecta en lo más mínimo, en un plano anímico o psicológico, ponerse en rebeldía respecto a los criterios jurídicos de las cortes superiores? Solo una investigación empírica podría darnos luces al respecto, pero no habría que descartar de plano el argumento de Kelsen.

Tenemos de este modo argumentos para sostener que, ahí donde solemos ver independencia de los jueces, no existe tal o es discutible que exista y, desde luego, si esas cortes superiores controlan la carrera judicial o la disciplina de esos jueces, la independencia no es posible.

Luego, Kelsen[27] nos hace ver que donde veíamos dependencia de las estructuras administrativas, no son siempre así. Él pone atención en un fenómeno administrativo que comenzó a fines del siglo XIX y comienzos del silo XX, como lo son las agencias administrativas

---

26 Michele Taruffo, "Consideraciones sobre el precedente", *Ius et Veritas*, no. 53 (diciembre 2016), 338.

27 Kelsen, *Il primato del parlamento,* 141.

autónomas. ¿Por qué no considerar a estos cuerpos colegiados independientes al igual que los tribunales?, se preguntaba el autor vienés.

Kelsen da las claves para entender qué significa que un tribunal sea independiente. Señala que ello debe considerar al menos dos aspectos. En primer lugar, un sistema de garantías constitucionalmente reconocidas, como lo son la inamovilidad y la prohibición de traslado de los jueces. Por otro lado, entiende que existe independencia de los jueces por el hecho que no estén vinculados por normas individuales, esto es, por órdenes impartidas por otros órganos[28].

Si se prescinde del tema de las garantías constitucionales para la independencia de los jueces y se pone atención en el segundo aspecto, Kelsen señala que los órganos ejecutivos más elevados y en particular los ministros y el jefe de Estado son tan independientes como los tribunales[29].

Pero Kelsen va más allá y se sitúa en el epicentro de la garantía de la independencia judicial, como lo es la inamovilidad de los jueces. Señala al respecto que los funcionarios administrativos gozan de una especie de derecho al cargo. Además, señalaba que respecto de ellos funciona como órgano disciplinario no el ministro sino un cuerpo colegiado independiente de él y por tanto se trata de una autoridad que tiene más o menos un carácter de tribunal[30]. En este sentido, el funcionario administrativo está sujeto a un régimen de inamovilidad al mismo nivel que un juez[31]. Todo ello es propio del derecho austríaco de principios del siglo XX, pero no se debe descartar que tenga proyección en un plano más general.

En este sentido, las diferencias estructurales entre jurisdicción y administración se diluyen. Se podría decir que el énfasis de cada autor es diferente. Atria pone el acento en que los jueces se han hecho más parecidos al funcionario administrativo o existen las condiciones para que ello resulte así. Kelsen, al contrario, destaca que los funcionarios administrativos no son tan distintos a los jueces, pues ambos tienen un estatuto de independencia similar.

Por otra parte, Kelsen agregaba que una de las diferencias que se suelen señalar entre jurisdicción y la administración, es el modo como se sujetan a la ley. Los jueces tendrían —se suele señalar— una sujeción estricta a la ley, mientras que los funcionarios de la administración pueden libremente perseguir los fines del Estado dentro de los límites del derecho. Lo propio de la administración sería el poder discrecional de la que goza[32].

---

28 Kelsen, *Il primato del parlamento,* 141.

29 Kelsen, *Il primato del parlamento,* 141.

30 Kelsen, *Il primato del parlamento,* 142.

31 Kelsen, *Il primato del parlamento,* 142.

32 Kelsen, *Il primato del parlamento,* 144.

Kelsen refuta esta tesis que, según él, se escucha y lee habitualmente. La aplicación de preceptos generales siempre deja un espacio de concreción al sujeto que realiza tal aplicación. Y ello es común tanto en la jurisdicción como en la administración. En ambas reparticiones jamás la legislación ha colmado completamente lo regulado; solo lo hace en mayor o menor medida. Existe por tanto un espacio para el denominado *poder discrecional*[33].

No vale la pena buscar diferencias cualitativas en todo eso —sostiene Kelsen— pues solo existen diferencias cuantitativas. La discrecionalidad del legislador es generalmente, y ciertamente, mayor que la del juez penal, y aquella de las autoridades administrativas está a mitad de camino entre las dos[34].

Kelsen avanza una tesis muy radical que puede ser entendida como una reformulación de la teoría bipartita del poder estatal de Locke, esto es, que el poder había que dividirlo en dos: legislativo y ejecutivo. Junto al legislador, sostiene que en el futuro solo existiría un poder más: la administración. Y ese poder se subdividirá entre una administración directa, que tendría por fin ejecutar planes y obras públicas, como construir carreteras, hacer hospitales, ferrocarriles, etc., y una administración indirecta, que tendría como misión lograr fines públicos como la salubridad, lo que implica seguir procedimientos y aplicar sanciones a los particulares para su logro[35].

Kelsen tiene mucha razón en que hay varios espacios donde la intervención de la jurisdicción y la administración no se diferencian sustancialmente. Piénsese en las sanciones que aplica la administración del Estado a los ciudadanos para lograr fines públicos. Me refiero a esa forma de administración indirecta de la que hablaba.

Sin embargo, quizás sí exista algo cualitativo que diferencie a los funcionarios administrativos y a los judiciales, que le reste razón a Kelsen y se la dé a Atria. Ello puede estar en la lógica comisarial. El funcionario administrativo, en primer lugar, es designado o cooptado mayoritariamente por el propio poder ejecutivo. Los jueces no. Por otra parte, el funcionario administrativo inferior, que es el que toma la mayoría de las decisiones administrativas y no el ministro o el presidente de la República, puede recibir instrucciones de esos mandatarios o de otros funcionarios superiores.

Pero claro, si el día de mañana se impone una estructura administrativa del tipo agencias u órganos autónomos, la lógica comisarial irá desapareciendo de la administración. Estos son órganos que deben ser considerados independientes de los poderes político. Ellos

---

33 Kelsen, *Il primato del parlamento,* 145.

34 Kelsen, *Il primato del parlamento,* 145.

35 Kelsen, *Il primato del parlamento,* 156.

adoptan sus decisiones, en las experiencias comparadas, en virtud de un debido proceso, como si de un tribunal se tratase.

Si se asegura que el funcionario de la agencia no puede recibir instrucciones de ningún ente o funcionario superior y si se asegura la inamovilidad en sus cargos, quizás tenía razón Kelsen al sostener que en el futuro el Estado tendría solo dos poderes centrales: un legislativo y una administración, directa e indirecta. Ya no es posible distinguir en este Estado a los jueces de los administradores. Y quizás tampoco sean necesarios esos jueces.

Probablemente también tendrá razón Atria al sostener que la jurisdicción se verá cada vez más improbable, porque la idea de un juez solitario, expresión de un poder invisible y nulo, que falla aisladamente aplicando la ley según las consideraciones fácticas de ese caso particular, es algo que se ha visto que es imposible. Hacer de un poder público estatal un no poder es quizás una de las más grandes utopías que se ha dado la teoría política y jurídica occidental.

3. Las agencias o autoridades independientes

En las experiencias del derecho comparado, en algunos casos, la tutela de la libre competencia, la integridad del medio ambiente, los mercados financieros, la estabilidad monetaria, etcétera, no se encomienda a la tradicional administración, sino a una agencia o autoridad autónoma o independiente. Hay que considerar que estas autoridades independientes vienen a romper la tradicional tripartición de poderes u funciones del Estado moderno (legislativo, ejecutivo y judicial), puesto que estas acumularían y entrelazarían dentro de su rol regulador las tres funciones ya tradicionales a las que estábamos habituados. De este modo, estos organismos —según la experiencia desarrollada en varios Estados— desarrollan funciones normativas, administrativas y jurisdiccionales o "cuasijurisdiccionales"[36].

¿Cómo explicar esta irrupción de las autoridades independientes de las que hace ya un tiempo somos testigos? Se dice en ocasiones que estas autoridades serían fruto de los procesos de transformación de la realidad económico-social e institucional y, como tal, serían concordantes con lo que se suele denominar proceso de "desregulación" y "privatización". Del Estado gestor se habría transitado al Estado regulador, en el que, para desarrollar este nuevo rol en los sectores económicos asignados, existe necesidad de un lugar y de un modo de producción de reglas de un modo diverso de lo que ocurría con la administración tradicional[37]. Sin embargo, se debe agregar que no todas las autoridades autónomas pueden insertarse en este proceso de "privatización" y de "aligeración del Estado", puesto que, por

[36] Vincenzo Roppo, "Sulla Posizione e sul Ruolo Istituzionali delle Nuove Autorità Independenti". *Politica del Diritto*, vol. 31, no. 1 (marzo 2000): 159 y ss.

[37] Roppo, "Sulla Posizione", 160.

ejemplo, las instituciones que velan por la libre competencia y por la estabilidad de la moneda, surgen de una lógica diversa y, por cierto, en otras circunstancias históricas y políticas.

Por otra parte, si bien se puede compartir este contexto global donde se pueden insertar la mayoría de estas autoridades, lo cierto es que podría complementarse con un análisis de los nuevos intereses y valoraciones que nacen dentro de una determinada sociedad. Frente a estos, institucionalmente se habría optado en algunos países por la creación de modelos organizativos y procedimentales capaces de afrontar tutelas diferenciadas y mayormente idóneas a esas nuevas exigencias[38]. Es decir —y entrelazando ambos argumentos—, se puede sostener que las autoridades autónomas surgen de acuerdo con unas nuevas exigencias y necesidades sociales, frente a las cuales el poder político responde, no ya encargando su tutela a la administración tradicional, sino a organismos reguladores que se insertan dentro de un Estado más regulador y menos gestor, que intenta ser administrado menos políticamente y más técnicamente[39].

En este sentido, García de Enterría[40] sostiene que hoy en día se puede apreciar una tendencia común en todos los Estados occidentales en el sentido de separar entre gobierno y administración, "o al menos a la neutralización política de esta"[41]. Esta tendencia en el establecimiento de autoridades independientes —presente ya en los EEUU desde fines del siglo XIX[42]—, intentaría excluir del poder político determinados asuntos para que sean regulados con criterios estrictamente técnicos y objetivos por un personal independiente y permanente. Estas autoridades autónomas se establecen sobre todo en aquellos sectores de alto valor técnico y "sensibles" a las injerencias políticas[43,44].

Se trata ya de satisfacer una exigencia de regulación de los sectores sensibles de la vida social y económica de la comunidad, no según criterios de inspiración política prevalentes

---

38 Fabio Longo, "Ragioni e Modalità dell'Istituzione delle Autorità Indipendenti", en *I Garanti delle Regole. Le Autorità Independenti,* eds. Cassese, S. y Franchini, C. (Bolonia: Il Mulino, 1993), 13.

39 Andrés Betancor, *Las administraciones independientes* (Madrid: Tecnos, 1994), 28-30.

40 Eduardo García de Enterría, *Democracia, Jueces y Control de la Administración* (Madrid: Civitas, 2000), 121

41 García de Enterría, *Democracia, Jueces y Control de la Administración,* 121.

42 García de Enterría expresa que el modelo inicial de autoridad independiente fue la *Interstate Commerce Commission*, creada en el año 1887, que luego se perfeccionó con la *Federal Trade Commission* del año 1914. García de Enterría, *Democracia, Jueces y Control de la Administración,* 177.

43 Vincenzo Cerulli, "Premesse Problematiche allo Studio delle "Amministrazioni Independenti", en *Mercati e Amministrazioni Independenti, eds.* Bassi, F. y Merusi, F. (Giuffrè, Milán, 1996), 25.

44 Cerulli señala que el sector bancario, un clásico ejemplo de un sector sensible a injerencias políticas, estaría más dispuesto a aceptar y a reconocer como "legítimas" las medidas tomadas por el *Governatore* con plena responsabilidad propia, antes que del ministro del Tesoro o de otra autoridad de gobierno. Cerulli, "Premesse Problematiche allo Studio delle "Amministrazioni Independenti", 25.

del ejecutivo, sino siguiendo cánones que, además de estar marcados por criterios técnicos y de especialización[45], adhieran a los principios de garantía y neutralidad[46].

De acuerdo con lo expuesto, parece ser que estas autoridades independientes ya no buscarían simplemente la obtención del interés público, puesto que ellas suponen una evolución misma de la administración del Estado y, sobre todo, de la división y relación entre los distintos poderes del Estado. No se puede decir simplemente que tutelen el interés público o los derechos e intereses de los individuos. Antes que eso, controlan, garantizan y, en algunos casos, resuelven que las reglas objetivas de ciertos sectores de la sociedad funcionen adecuadamente (el mercado, el medio ambiente, las telecomunicaciones, la publicidad, etcétera.). Esto hace que el criterio para determinar su naturaleza se torne algo más complejo: no aparece del todo claro el criterio para una determinación de una función de heterotutela o autotutela, y en algunos casos, cuando conocen y resuelven casos concretos que afectan a los ciudadanos, aparecen resolviendo conflictos intersubjetivos de relevancia jurídica.

Ahora bien, ¿en qué se diferenciarían estas autoridades independientes de la administración tradicional? Se ha dicho en algunas ocasiones que dichas autoridades independientes no tutelarían directamente el interés público, como tradicionalmente se ha entendido que corresponde hacer a la administración, sino que estos nuevos entes encontrarían su fundamento en la necesidad de garantizar y tutelar situaciones subjetivas privadas, de modo tal que sobre dicha labor se configuraría un interés público reflejo y mediato. Es decir, afirma un sector de la doctrina —particularmente italiana— que las normas legales en materias como las que se mencionan aquí, definen simplemente un equilibrio entre determinadas situaciones subjetivas, y las autoridades autónomas controlarían que ese equilibrio sea alcanzado y mantenido; equilibrio que se daría entre las distintas relaciones jurídicas interprivadas de los sujetos tenidos en consideración respecto de los criterios de comportamiento y los sujetos a favor de los cuales tales criterios son dictados.

De este modo, siguiendo este razonamiento propuesto por un sector de la doctrina, las agencias administrativas no estarían llamadas a escoger entre los intereses privados, ni a ponderarlos o componerlos, ni menos a satisfacerlos: las situaciones subjetivas privadas se verían satisfechas mediante el respeto de determinadas reglas de parte de otros sujetos privados. La relación entre las diversas situaciones subjetivas privadas comprometidas no se resuelve, por tanto, configurando algunas de ellas como elementos constitutivos o como graduaciones del interés público, sino a través de una relación mediata.

---

45 Como lo destaca Bin, en la experiencia estadounidense de las autoridades independientes, de lo que se trató fue de sustituir al poder de la política, el "poder de los técnicos", el "poder de los expertos". Marino Bin, "Autoritá Indipendenti? Il Caso dell`ISVAP", en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, vol. 51 no. 2 (junio 1997): 331.

46 Longo, "Ragioni e Modalità", p. 15.

De consecuencia, entonces, el respeto de los criterios de comportamiento dictados por la ley y especificados por autoridades autónomas es suficiente para garantizar la satisfacción del interés público, independientemente de los resultados concreta y efectivamente producidos, con lo que el interés público aparece como un "reflejo" de intereses colectivos —en el sentido de imputables a una colectividad de individuos más o menos amplia— y, por otro lado, como un interés mediato, en cuanto resultante de una relación jurídica trilateral, entre el particular sujeto a control (por ejemplo, las empresas), la administración encargada del control y el o los particulares beneficiarios del control.

Sin perjuicio de lo señalado anteriormente, la posibilidad de conferirles a estos organismos funciones resolutorias, depende de cómo se regulen en definitiva sus facultades. En efecto, se puede atribuir al organismo poderes decisionales propios, o bien, solo se les puede reconocer una legitimación activa para que puedan proponer al tribunal competente el ejercicio de determinadas pretensiones destinadas a verificar las infracciones y la aplicación de las medidas restablecedoras de la actividad regulada[47]. Si se opta por la primera opción, estos órganos ejercerían funciones bastante semejantes a las jurisdiccionales, aunque formalmente tengan una naturaleza administrativa; en cambio, en el segundo caso, conservarían estos una naturaleza netamente administrativa. Pero lo anterior tampoco es suficiente.

Importa precisar también, fundamentalmente, si sus resoluciones son irrevocables, en el sentido que produzcan cosa juzgada, por lo que no podrían posteriormente ser controlables por un órgano jurisdiccional.

Señalado lo anterior, se debe hacer notar que si la Constitución o la ley le confieren facultades resolutorias a estos organismos, con efectos de cosa juzgada, en la medida que exista total separación de esos organismos y sus funcionarios de los poderes políticos, no se ve en ello una amenaza para el Estado de derecho y la separación de poderes. ¿Por qué no considerar a estos cuerpos colegiados independientes al igual que los tribunales?, como se preguntaba Kelsen ya hace décadas atrás. Quizás en algún momento reemplacen a todos los jueces, por lo menos a los del contencioso administrativo.

4. Conclusiones

Como se ha visto en las líneas precedentes, el deslinde entre administración y jurisdicción no siempre es fácil, aunque se acostumbre a leer en la doctrina, quizás con cierto apresuramiento, que la distinción es evidente, pues respecto a la jurisdicción existen los principios de independencia e imparcialidad, los que no se dan respecto a la administración del Estado.

47 Marcello Clarich, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello* (Bolonia: Il Mulino, 2005), 126 y ss.

Kelsen sostenía que entre estas dos potestades solo hay diferencias de grado más que algo intrínseco o cualitativo, sin que se puedan diferenciar claramente. Sin embargo, creo que la lógica comisarial, de la que habla Fernando Atria, es lo que caracteriza a la administración del Estado y ello es difícil de observar ante los tribunales de justicia, lo que actúan autónomamente unos de otros por el principio de independencia. Esa lógica comisarial se refiere a que existe un poder colegiado, asociativo si se quiere, donde el que está en la cúspide de la estructura puede dar órdenes a los subordinados encargados de adoptar decisiones. Por el contrario, en la jurisdicción, es posible observar una potestad difusa, no colegiada ni asociativa, aunque a veces hay factores que propenden hacia una concentración de este poder en su vértice.

De esta manera, existiendo dependencia o una lógica comisarial en la administración del Estado, se hace imperioso evitar que dicha potestad ejerza funciones jurisdiccionales o que influya sobre los jueces de la República, pues de ese modo, los altos poderes políticos podrían adoptar decisiones jurisdiccionales o tener influencia en ellas.

Sin embargo, todo este análisis que intenta deslindar entre administración y jurisdicción se desdibuja con las denominadas autoridades independientes. Estos órganos reúnen en sí funciones administrativas y jurisdiccionales. Ambas son ejercidas fuera de la lógica comisarial y, en el caso de las funciones jurisdiccionales, son ejercidas con la misma imparcialidad como si de jueces se tratara.

Kelsen, décadas atrás, advirtió que estas agencias autónomas podrían rediseñar el orden de poderes del Estado de derecho que surge luego de la Revolución Francesa, quizás volviendo a los planteamientos de Locke, quien visualizaba solo dos poderes: uno legislativo y otro ejecutivo. Actualizando esa mirada de Locke, si se opta por autoridades independientes que reúnen en sí funciones administrativas y jurisdiccionales, en le medida que tengan total independencia de las estructuras políticas, podrían perfectamente reemplazar a los tribunales de justicia, al menos en aspectos del derecho donde se justifique crear tales órganos, como podría ser el contencioso administrativo, entre otros.

Vale la pena poner atención en estos órganos autónomos y ver por qué valdría la pena tenerlos. Desde luego un Estado más reducido que busque mayor eficiencia en su actuar y a un menor costo, desde ya es un buen motivo. ¿Se necesitarán otros argumentos?

Bibliografía

Atria, Fernando. *La forma del derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2016.

Betancor, Andrés. *Las administraciones independientes*. Madrid: Tecnos, 1994.

Bin, Marino. "Autoritá Indipendenti? Il Caso dell'ISVAP". *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, vo. 51, no. 2 (junio 1997).

Bordalí, Andrés. *Derecho jurisdiccional.* Valdivia: Ediciones Derecho Austral, 2016.

Cerulli, Vincenzo. "Premesse Problematiche allo Studio delle "Amministrazioni Independenti", en *Mercati e Amministrazioni Independenti.* Ed. Bassi, F. y Merusi, F. Milán: Giuffrè, 1996.

Clarich, Marcello. *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modelo.* Bolonia: Il Mulino, 2005.

Fioravanti, Maurizio. "Estado y Constitución". En *El Estado moderno en Europa. Instituciones y derecho*, Coord. Fioravanti, M. Madrid: Trotta, 2004.

García de Enterría, Eduardo. *Democracia, Jueces y Control de la Administración.* Madrid: Civitas, 2000.

Kelsen, Hans. *Il primato del parlamento.* Ed. Geraci, C. Milán: Giuffrè, 1982.

Lira, José Bernardo. *Prontuario de los juicios o tratado de los procedimientos judiciales i administrativos con arreglo a la legislación chilena. Parte teórica, Tomo* I. Santiago: Librería Central de Mariano Servat, 1895.

Longo, Fabio. "Ragioni e Modalità dell'Istituzione delle Autorità Indipendenti", en *I Garanti delle Regole. Le Autorità Independenti. Ed.* Cassese, S./Franchini, C.. Bolonia: Il Mulino, 1993.

Mannori, Luca y Sordi, Bernardo. *Storia del diritto amministrativo.* Roma: Laterza, 2003.

Montesquieu. *Espíritu de las leyes.* Madrid, Biblioteca Auxiliar del jurisconsulto y publicista, 1845.

Pedraz, Ernesto. *Constitución, jurisdicción y proceso.* Madrid: Akal, 1990.

Roppo, Vincenzo. "Sulla Posizione e sul Ruolo Istituzionali delle Nuove Autorità Independenti". *Politica del Diritto*, vol. 31, nº1 (marzo, 2000): 159-166.

CAPÍTULO VII

Aspectos generales sobre la independencia, imparcialidad y cualificación del juez

Emilio R. Castaños Núñez

1. Introducción

En las líneas de este ensayo procuro presentar ligeramente cómo las ideas del profesor Michele Taruffo influyen en el contenido conceptual técnico jurídico, ya sea innovándolo o ampliando, lo que de ordinario le atribuimos a las palabras independencia, imparcialidad y cualificación del juez. Para este propósito me he dado la ruta de presentar, en primer orden, la concepción tradicional de los términos, luego, previa delimitación del basto abanico de ideas del profesor, cotejo las seleccionadas para el objeto del ensayo, con marcada tendencia hacia el sistema jurídico de República Dominicana.

2. Ideas generales

Los vocablos independencia, imparcialidad y cualificación, al vincularlos a la función de la administración de justicia, adquieren una dimensión conceptual muy especial en el ámbito jurídico.

Hoy día se afirma —y así lo asumo para el presente escrito homenaje, pues creo no pertinente agotar la buena voluntad del lector en los orígenes históricos y el contexto de cada época— que la estructura orgánica básica del Estado está conformada por el poder legislativo, poder ejecutivo y poder judicial[1]. Esa connotación particular, referida en el párrafo anterior, responde en gran medida a que, en la técnica jurídica y la doctrina especializadas en

[1] Para ampliar sobre la división de poderes véase: Jorge Uises Carmona Tinoco, "La división de poderes y la función jurisdiccional", *Revista Latinoamericana de Derecho* vol. 4, no. 7-8 (enero-diciembre, 2007). https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/latinoamericana-derecho/article/view/21371/19044

derecho, se analicen y estudien estas nomenclaturas enfocándolas primordialmente desde la teoría de la división de poderes del Estado.

El arraigo y aceptación doctrinal de esta estructura orgánica y funcional del Estado queda patentemente manifestada cuando se la justifica como medio que facilita garantizar los derechos de las personas. Así lo propone el profesor Bernal-Pulido al expresar que la separación de poderes es una estrategia necesaria para asegurar la eficacia de las limitaciones jurídicas al ejercicio del poder político, a fin de garantizar los derechos individuales[2].

Dentro de esta visión de distribución funcional del poder corresponde al poder judicial la labor jurisdiccional del Estado, que de ordinario en los ordenamientos constitucionales se la conceptúa descriptivamente como la actividad de administrar justicia para decidir sobre los conflictos entre personas físicas o morales, en derecho privado o público, en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado[3].

Esta conceptualización normativa resalta la atribución con exclusividad y obligatoriedad de la función jurisdiccional del Estado, aceptada doctrinalmente, sin discusión alguna, como principio elemental fundante de la existencia misma del Estado. Lo que tiene implicaciones como la interdicción de la justicia privada y la obligatoriedad de las decisiones judiciales[4] en procura de sostener la convivencia social civilizada.

Anidado en la aspiración social de disponer de un aparato jurisdiccional capaz de alcanzar una recta aplicación de la justicia, el ordenamiento jurídico contiene principios y normas a través de los cuales se persigue acorazar a los jueces para cumplir idóneamente esta finalidad.

Ese blindaje normativo para el juez, en el desempeño de su labor, es notorio tanto en las constituciones políticas como en las codificaciones procesales de nuestros sistemas jurídicos.

En el contenido constitucional es cotidiano encontrarnos, en la sección sobre el poder judicial, la expresión "[…] los jueces integrantes del poder judicial son independientes, imparciales, y están sometidos a la Constitución y a las leyes."[5], igualmente, resulta habitual, en la sección relativa a las garantías fundamentales debidas a las personas, tropezarnos con la frase "[…] derecho a ser oída, […] por una jurisdicción competente, independiente e imparcial […]"[6]. Huelga mencionar que la única deferencia, sujeción u obediencia permitida constitucionalmente al juez es ante la Constitución y las leyes. En las codificaciones de las

---

2 Carlos Bernal-Pulido, "Fundamentos bíblicos de la separación de poderes y función catalizadora del juez", *Dikaion,* Vol. 28, no. 2 (2019).

3 Constitución de la República Dominicana, 13 junio 2015.

4 Hernando Devis Echandía, *Teoría General del Proceso* (Buenos Aires: Editorial Universidad, 1984).

5 Constitución de la República Dominicana, 13 junio 2015. art.151.

6 Constitución de la República Dominicana, 13 junio 2015. art.69.

normas de procedimiento, el articulado relativo al tránsito a seguir hasta la producción de la sentencia, es muestra ostensible de como la norma guía el deber del juez.

En los escritos y textos de contenido académico o doctrinal la independencia e imparcialidad de los jueces, son abordadas como principios fundamentales del proceso. Creo y comparto que es el enfoque más apropiado por la trascendencia social de la misión del poder judicial en el Estado de derecho. Ahora bien, procede cuestionarnos en el ámbito práctico de aplicación de estos principios ¿de qué o de quién debe ser independiente el juez? ¿frente a quién debe ser imparcial el juez? ¿cuál influencia no debe permear la labor de administración judicial?

3. El entorno de la independencia

Sabemos que el juez no es un independiente absoluto, sino que está sujeto al mandato constitucional y de ley. En ese sentido apunta el maestro Devis Echandía, admitiendo que el único obstáculo que debe padecer el juez en el ejercicio de su misión es el derivado de las reglas que la ley les fije en cuanto a la forma de adelantar el proceso y de proferir su decisión[7].

Múltiples respuestas son aportadas sobre de qué debe la administración judicial ser independiente. Una de las ideas más socorrida, es la de no injerencia de los demás poderes (legislativo y ejecutivo) en la función jurisdiccional. Esta idea, cuyo origen identifico en la teoría sobre la división de poderes, la ha expuesto el profesor Alberto Ricardo Dalla Via, quien, justificando la necesidad de la independencia en el sistema republicano de gobierno, sostiene que los poderes han de ser independientes entre sí, de manera que ningún otro de los poderes políticos interfiera en sus funciones, siendo la función del poder judicial la de resolver con fuerza de verdad legal las cuestiones de derecho que le son sometidas[8].

Aunando la visión finalista de la aplicación de la justicia a la división de poderes, Devis Echandía ve en la independencia el rechazo a toda coacción ajena al desempeño de la labor jurisdiccional, llegando a calificar como oprobio la existencia de jueces políticos, de funcionarios al servicio de los gobernantes o de los partidos, calificando como la negación del Estado de derecho a aquel Estado en donde los jueces sufran la coacción de gobernantes o legisladores[9].

Es bien interesante el enfoque del profesor Couture, quien aborda la independencia como exigencia condicionante de la garantía constitucional a un juez idóneo, con la que el

---

7 Devís Echandía, *Teoría General del Proceso*, 55.

8 Alberto Ricardo Dalla Via, "La función de juzgar", *Academia: revista sobre enseñanza del derecho,* vol. 4, no. 8 (2006). http://derecho.uba.ar/publicaciones/rev_academia/revistas/08/la-funcion-de-juzgar.pdf.

9 Devís Echandía, *Teoría General del Proceso*, 56.

juez puede lograr colocarse por encima de los poderes políticos y aun de las masas que pretenden presionar sobre las decisiones[10]. Me parece digno de destacar, en esta visión del maestro Couture, la ampliación del radio de acción de la independencia más allá de los agentes estatales (refiere "las masas") y como transluce la incidencia de la división de poderes.

A partir del contenido del derecho convencional, Alirio Abreu Burelli, nos muestra el enfoque sostenido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, guiado por lo comprendido en las opiniones consultivas y las sentencias de la Corte, en dos planos funcionales (i) la independencia del poder judicial, como consecuencia de la separación de poderes en un sistema democrático, y (ii) la independencia de los jueces, como un acceso a la justicia y a las garantías judiciales[11].

Visionar la independencia desde la labor del juez, como lo hace la Corte Interamericana de Derechos Humanos (segundo plano referido en el párrafo anterior), es la tónica predominante en el Código Iberoamericano de Ética Judicial, documento reformado el 2 abril de 2014 en la XVII Reunión Plenaria de la Cumbre Judicial de Iberoamericana, en Santiago de Chile. Al hilo del desarrollo y objeto del presente ensayo transcribo parte de este instrumento en lo atinente a la independencia:

> Capítulo I. Independencia[12]
>
> Art. 1°. - 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.
>
> Art. 2°. - 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.
>
> Art. 3°. - El juez, con sus actitudes y comportamientos, debe poner de manifiesto que no recibe influencias —directas o indirectas— de ningún otro poder público o privado, bien sea externo o interno al orden judicial.

---

10 Eduardo J. Couture, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil* (Buenos Aires: Depalma, 1958), 161.

11 Alirio Abreu Burelli, "Independencia judicial". En *jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Tomo II.* 2007, https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/anuario-derecho-constitucional/article/view/30394, 641.

12 "Código Iberoamericano de Ética Judicial", Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, codigo-iberoamericano-etica-judicial.5.pdf (argentina.gob.ar), 13.

> Art. 4°. - La independencia judicial implica que al juez le esta éticamente vedado participar de cualquier manera en actividad política partidaria.
>
> Art. 8°. - El juez debe ejercer con moderación y prudencia el poder que acompaña al ejercicio de la función jurisdiccional.

Del anterior extracto derivamos implicaciones prácticas del quehacer jurisdiccional, muy trascendente: (i) la independencia no coloca al juez en posición privilegiada; (ii) el juez manifiesta que es independiente al producir decisiones justas desde la norma vigente; (iii) la actividad política partidaria del juez niega su independencia; (iv) toda influencia política o privada, directa o indirecta, externa o interna, es contraria a la independencia del juez y negadora del Estado constitucional.

4. El entorno de la imparcialidad

El concepto de imparcialidad del juez va muy de la mano del concepto de independencia referido en los párrafos anteriores. Se acostumbra a tratarla en reciprocidad operativa con la independencia, el agente actuante es independiente si se manifiesta imparcial y viceversa se es imparcial al actuar con independencia.

El profesor Devis Echandía nos presenta la imparcialidad del funcionario judicial como una razón condición de la independencia de este, la cual queda plasmada en la decisión por la ausencia, en ella, de todo interés distinto al de la recta aplicación de la justicia, a través de la aplicación rigurosa del derecho y no el producto de los intereses personales del juez[13].

El principio de la imparcialidad del juzgador, en la consideración del profesor Alvarado Velloso[14] queda manifiestamente logrado si este no se coloca en la posición de parte (imparcialidad) ya que nadie puede ser actor o acusador y juez al mismo tiempo; si carece de todo interés subjetivo en la solución del litigio (imparcialidad) y si actúa sin subordinación jerárquica respecto de las dos partes (independencia), quedando tales condiciones en la sentencia producida.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, haciendo uso de la línea de pensamiento trazada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos[15], sujeta el aseguramiento de la imparcialidad de los tribunales y los jueces a su independencia, al tiempo de hacer suyo el criterio de que la imparcialidad tiene un componente subjetivo, consistente en la ausencia de

---

13 Devís Echandía, *Teoría General del Proceso*, 56.

14 Adolfo Alvarado Velloso, "La imparcialidad judicial y el Debido Proceso (La función del juez en el proceso civil)", *Ratio Juris,* vol. 9 no.18 (enero-junio 2014): 221.

15 También denominada Tribunal de Estrasburgo y Corte Europea de Derechos Humanos.

prejuicio personal y un componente objetivo, consistente en la existencia de garantías suficientes para que no haya duda legítima de prejuicios[16]. Esta línea de pensamiento es cónsona con el enfoque sostenido por Couture, quien ve la satisfacción de la idoneidad del órgano jurisdiccional en la idoneidad del agente que desempeña el cometido de administrar justicia, para lo cual, se exige la presencia de la imparcialidad[17].

El Código Iberoamericano de Ética Judicial, referido anteriormente, orienta su articulado sobre la imparcialidad, fundamentándola en el derecho de los justiciables y definiéndola en términos fácticos como la expresión de la persecución de la verdad de los hechos con objetividad y sustentado en la prueba, veamos parte del articulado:

> Capítulo II. Imparcialidad[18]
>
> Art. 9°.- La imparcialidad judicial tiene su fundamento en el derecho de los justiciables a ser tratados por igual y, por tanto, a no ser discriminados en lo que respecta al desarrollo de la función jurisdiccional.
>
> Art. 10.- 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 el proceso una equivalente distancia con las partes y con sus abogados, y evita todo tipo de comportamiento que pueda reflejar favoritismo, predisposición o prejuicio.

Con lo hasta aquí desarrollado, he puesto sobre el tapete tres aspectos esenciales en la labor jurisdiccional de decidir los conflictos de convivencia social que le son sometidos, a saber, la legalidad de la decisión, en la medida de que concuerde congruentemente con la norma preexistente; el contenido y las condiciones que debe mostrar el juez al decidir, de manera que podamos afirmar "ha actuado con independencia" y "ha sido imparcial". Son tres elementos que en el doctrinario procesalista se les identifica como parte integral de las garantías objetivas y subjetivas de la jurisdicción. La garantía objetiva principal es la legalidad de la decisión jurisdiccional y las garantías subjetivas fundamentales son la independencia y la imparcialidad del juez[19].

Ese acento garantista, maximizado por nuestras constituciones políticas al definir nuestras naciones como Estado Social y Democrático de Derecho[20], convierte la labor de decidir

---

16 Abreu Burelli, "Independencia Judicial", 643 y 645.

17 Couture, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 41.

18 "Código Iberoamericano de Ética Judicial", Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, codigo-iberoamericano-etica-judicial.5.pdf (argentina.gob.ar), 14.

19 "Aplicación del Derechos, independencia e imparcialidad", Josep Aguiló Regla, http://rua.ua.es/dspace/handle/10045/34967, 162

20 En la Constitución dominicana art.7

de manera independiente, en forma imparcial y ajustado a la norma en un deber del juez, que, en un Estado de derecho, le es indisponible por ser intrínseco y necesario a su rol[21]. Es decir, la presencia o ausencia de esas condiciones le dará legitimidad o no a la decisión tomada.

5. La labor jurisdiccional vista desde Taruffo

En este punto del desarrollo del plan asumido, me corresponde delimitar las ideas del profesor Taruffo al objeto del ensayo[22]. Así, demarco el progreso subsecuente a lo expuesto por el profesor sobre el deber de motivación de la decisión en los hechos y en el derecho.

Por la genialidad expositiva y la elocuencia de los escritos del profesor asumo la temática de reproducir secciones de su obra agregando breves pinceladas comentarios para resaltar la vinculación al eje central del ensayo.

5.1 En la esfera de la independencia y la imparcialidad

> En conexión con el principio de obligatoriedad de la motivación deben considerarse, por una parte, los principios de independencia y de sujeción del juez a la ley y, por la otra, la garantía de la defensa.
>
> Es conocido que la Constitución garantiza la independencia del juez principalmente frente a los otros poderes del Estado, de manera que la independencia de cada juez se encuentra garantizada de manera indirecta, en la medida en la que subsiste la independencia del poder judicial en cuanto tal. Pero no es esta la perspectiva desde la que se observan las conexiones con el principio de obligatoriedad de la motivación, sino desde el punto de vista del "valor" que da sentido al principio de independencia, es decir, la imparcialidad del juez. De hecho, para mayor precisión, no da cuenta de la imparcialidad abstracta, entendida como ausencia de vínculos genéticos o institucionales de dependencia del juez, sino la que podríamos definir como imparcialidad "concreta", esto es, la neutralidad del juez ante cada controversia que se somete a su decisión. En sustancia, no solamente el juez debe ser imparcial, sino que es necesario que la imparcialidad pueda verificarse en cada decisión concreta: la decisión no es imparcial en sí misma, sino en la medida en la que se demuestre que lo es. Entonces, el nexo con la obligación de la motivación es intuitivo: si la decisión no motivada puede ser tanto parcial como imparcial, sólo mediante la motivación es posible evitar la parcialidad y, por tanto, garantizar la imparcialidad.

---

21 "Aplicación del Derechos, independencia e imparcialidad", Josep Aguiló Regla, http://rua.ua.es/dspace/handle/10045/34967, 164

22 Para una visión condensada de la obra de Taruffo sobre los hechos, su prueba, verdad, decisión y motivación recomiendo ver: Perfecto Andres Ibañez, "Michele Taruffo: el magisterio y la obra ejemplares del genial procesalista 'todoterreno'." *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* no. 44 (2021). https://doi. org/10.14198/DOXA2021.44.02

> Así las cosas, el principio de independencia institucional del juez y el principio de obligatoriedad de la motivación están conectados, en la medida en la que ambos están orientados, por diferentes caminos, a garantizar el resultado de la independencia del juicio. La independencia del juez es una condición necesaria (aunque no suficiente), en tanto que vale la presunción de que el juez no independiente no siempre es imparcial; la obligación de motivación está orientada a poner en práctica una condición necesaria para la verificabilidad de la independencia del juez, en atención a la controversia que debe decidirse. Evidentemente, el problema de la imparcialidad no se resuelve de manera integral ni por la garantía de la independencia del juez, ni por la de la motivación: no es casual que solamente se hable de condiciones "necesarias". Además, debe subrayarse que las normas constitucionales no pueden limitarse a dictar condiciones "de mínima", o sea, a excluir del ordenamiento la figura del juez a priori parcial, por ser institucionalmente no independiente, y no estar obligado a dar cuenta de la manera en la que ejerce el poder que le ha sido otorgado[23].

De esta sección se colige que la independencia y la imparcialidad van más allá de la declaración formal de separación institucional de los poderes del Estado. Llega hasta la manifestación en lo realizado por el juez (la sentencia), al punto de facilitar la comprobación de su existencia *a posteriori*.

5.2 Independencia del juez ¿es su comportamiento libre?

> La pregunta es entonces, si el juez tiene más libertad, ¿cuáles son los criterios para gobernar esa libertad?, dado que, si es una libertad no gobernada, entonces es arbitrariedad. La discrecionalidad y la libertad tienen en la arbitrariedad un grave peligro que siempre está presente.
>
> Esta cuestión depende de si estamos en un sistema que se inspira en un principio de legalidad o no. En muchos ordenamientos el principio de legalidad no existe, o bien, existe de manera distinta; por ejemplo, cuando hablamos de principios de legalidad en Italia o en otros países tenemos en mente lo que mi constitución más o menos expresa diciendo, que el juez está sujeto únicamente a la ley, lo que vale más por lo que excluye que por lo que incluye. Puede ser que el juez se someta a otros poderes públicos o privados y esto es en otro aspecto inobservancia del principio de legalidad. El juez no debe decidir según criterios distintos de los que la ley le impone; no debe decidir, por ejemplo, de acuerdo al dinero que tenga una de las partes; no debe decidir según la función o el papel social de la parte[24].

---

23 Michele Taruffo, *La motivación de la sentencia civil* (Madrid: Trotta, 2011), 355-356.

24 Michele Taruffo, *Cinco lecciones mexicanas : memoria del taller de derecho procesal* (México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2003), 10-11.

Lo hecho por el juez, su sentencia, si bien es la manifestación de su rol como decisor, no es la exposición de su obra personal, no se trata de una composición u obra literaria, es el resultado de la implementación de lo concebido en la normativa procesal, lo que la norma le faculta a hacer: un antídoto contra la arbitrariedad, poniendo en su justa dimensión el principio de independencia.

5.3 Independencia y autonomía del juez

> Queda claro, por otra parte, que no sirve de mucho garantizar a las partes la posibilidad de usar los medios de defensa cuando, en los hechos, se concede al juez el poder de ignorar, en el momento de decidir, lo que las partes han aportado al "material del juicio", en hecho y en derecho. No es casual que en el ámbito de la garantía general de la defensa se identifique un derecho de las partes a influir en la decisión, en donde tienen lugar el derecho a la prueba, el derecho de intervenir con argumentos sobre las cuestiones relevantes y así sucesivamente[25].

La independencia no es un comportamiento autonómico absoluto, es un deber racional de producir una decisión en correspondencia con los hechos y el derecho de la especie juzgada.

5.4 Independencia y justificación autonómica del juez

> Por el otro lado, el vaciamiento de la garantía de la defensa puede tener lugar directamente en la decisión cuando el juez sigue la "tercera vía", eligiendo una solución del litigio que no haya sido objeto de discusión entre las partes durante el juicio,183 o bien, cuando eche mano de su propio libre convencimiento sobre los hechos de tal modo que termine sobrevalorando o subvalorando indebidamente el valor de los elementos de prueba aportados durante el juicio 184. En estos casos, precisamente en la medida en la que la decisión se aleja de lo que, en concreto, había sido objeto del debate procesal que tuvo lugar entre las partes, es necesario que el juez justifique de manera específica y adecuada su decisión, demostrando —por lo menos— que consideró de manera adecuada las posiciones manifestadas por las partes durante la decisión, y expresando las razones particulares por las que aquéllas no influenciaron en la elección final [26].

El profesor condiciona la autonomía decisoria del juez —facultad que no le niega— al deber de transparentar la justificación del distanciamiento de lo acontecido en la especie manifestación testa de la garantía subjetiva del principio de imparcialidad. En otras palabras, a decidir sin coincidir con las pretensiones de las partes, debe mostrar las razones de alejamiento de lo pretendido y cómo lo acaecido solventa lo decidido.

---

25 Taruffo, *La motivación*, 357.

26 Taruffo, *La motivación* , 358.

5.5 Independencia, imparcialidad, decisión justa y realidad

> En el ámbito del valor jurídico de la verdad, es posible hacer hincapié especialmente en el valor procesal que a la verdad se debe reconocer. Este es evidente si se piensa en que la finalidad del proceso no solo es resolver las controversias, sino resolverlas con decisiones justas. La justicia en la decisión, de hecho, no depende sólo de que ella constituya el resultado de un proceso que se desarrolló de modo correcto, es decir, con el respeto de todas las garantías que conciernen a la independencia e imparcialidad del juez y los derechos de las partes, ni solamente del hecho de que el juez haya interpretado correctamente y aplicado la norma que se asume como criterio jurídico de decisión. Estas condiciones necesarias, pero no suficientes para determinar la justicia de la decisión. Cómo mantienen muchos filósofos y varios procesalistas, y también un fact-skeptic como Jerome Frank, ninguna decisión puede considerarse justa si se basa en una reconstrucción errónea no verdadera de los hechos que forman el objeto del proceso. Desde este punto de vista, la verdad de la decisión acerca de los hechos constituye una condición necesaria de la justicia de la misma decisión[27].

El profesor nos alerta del peligro del espejismo de la independencia y la imparcialidad formales, aparentes, productoras de decisiones técnicamente válidas, mas desprovistas de la correspondencia con lo acontecido. Así agrega el valor verdad, como correspondencia, al contenido conceptual de la independencia y la imparcialidad del juez.

5.6 Independencia e imparcialidad del juez ante sí mismo

> El hecho de que el juez esté libre de utilizar su propia razón en la evaluación de las pruebas es una condición indispensable para una averiguación de la verdad de los hechos, pero eso no ocurre cuando el principio en cuestión se interpreta, como pasa a menudo, según la versión más radicalmente subjetivista del concepto intime conviction, típico de la tradición francesa, pero difundido en muchos ordenamientos procesales. Según este concepto, la evaluación de las pruebas, y por ende la decisión sobre los hechos, sería el fruto de una persuasión interior, imperscrutable e irreductiblemente subjetiva, que se crea por razones ignotas en el alma (no necesariamente en la mente) del juez. Es claro, de hecho, que esta interpretación del principio del libre convencimiento del juez representa el fundamento para una concepción radicalmente irracionalista de la decisión sobre los hechos. La elección a favor de una concepción racionalista presupone, al contrario, que el principio del libre convencimiento del juez se ha interpretado en el sentido de que la discrecionalidad en la evaluación de las pruebas debe ejercerse según criterios que aseguren

[27] Michele Taruffo, *Verdad, prueba y motivación en la decisión sobre los hechos* (Mexico: Coordinación de Comunicación Social, 2013), 38-39.

su control racional. Eso implica, a su vez, que se adopte una concepción epistémica y no retórica de la prueba[28].

Hay aquí una cardinal enseñanza sobre la independencia e imparcialidad del juez frente a sí mismo. Ante la acogida doctrinal de la libre valoración probatoria, frente a los esquemas de valoración tasada, como vía procedimental más apropiada para la consecución del ideal de hacer justicia en congruencia con lo ocurrido en la especie (consecución de la verdad como correspondencia), Taruffo nos lleva a diferenciar la libre valoración de la íntima convicción, pues esta última es el prototipo de un modelo irracional de hacer las cosas, caldo de cultivo para la arbitrariedad. El juez, si quiere cristalizar su independencia e imparcialidad en sus decisiones, debe sobreponerse a sí mismo superando sus preferencias e intimidades personales.

6. El entorno de la cualificación

Imaginemos que preguntáramos al profesor Taruffo ¿cómo ve usted la cualificación de los jueces?

De seguro iniciaría su respuesta indicando que se trata de una obviedad, es algo en lo que, supongo, todos debemos concordar.

La formación y capacitación de los jueces debe ser un objetivo esencial institucional del poder judicial, para poder dar respuesta a la expectativa de justicia del ciudadano. En un Estado de derecho democrático, donde la justificación de la decisión es la regla base de la democracia, es condición necesaria, para justificar poseer capacitación y conocimiento de los principios y normas que rigen el derecho.

Esa imaginaria respuesta, la he compuesto desde el sentir del profesor, expresado en entrevista que le fuera hecha por el profesor Jordi Ferrer, en el año 2014, en los jardines de la Universidad de Girona.[29]

7. Conclusiones

Al llegar al final de la ruta seleccionada, cumplo con presentar las afirmaciones que, en mi ánimo, ha movido el pensamiento de Michele Taruffo sobre la independencia, imparcialidad y cualificación del juez.

---

28 Taruffo, *Verdad, prueba y motivación* , 94-95.

29 Cátedra de Cultura Jurídica, Michele Taruffo entrevistado por Jordi Ferrer, Video de YouTube, 1:30:48. Publicado el 15 de mayo de 2014. https://www.youtube.com/watch?v=L5XYox7QYek

La independencia y la imparcialidad del poder judicial, declaradas como principios básicos de la separación de poderes en el Estado, son condiciones necesarias, pero insuficiente, para la finalidad de una recta administración de justicia.

La independencia y la imparcialidad del juez son un elemento esencial de la legitimidad del poder judicial.

La independencia y la imparcialidad del juez se transparentan en la sentencia en la justificación expresada según los hechos y el derecho del caso.

La independencia y la imparcialidad del juez se manifiestan idóneas en la medida en que la justificación de la decisión responde a criterios racionales.

La capacitación de los jueces aumenta su potencial de independencia e imparcialidad frente a las partes, la sociedad y a sí mismos; al tiempo que fortifican la legitimidad del Estado constitucional de derecho.

Finalmente, sostengo que el profesor Michele Taruffo fue un vehemente propulsor de la búsqueda de la correspondencia de la norma-sentencia con lo ocurrido en la interacción social. Por ello, concluyo con una frase de Umberto Eco, autor muy querido por el profesor: "Mejor la realidad que un sueño: si algo es real, entonces es real y no tienes la culpa".

Bibliografía

Abreu Burelli, Alirio. "Independencia judicial". En *jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Tomo II.* 2007. https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/anuario-derecho-constitucional/article/view/30394 (último acceso: 14 de 6 de 2021).

Aguiló Regla, Josep. "Aplicación del Derecho, independencia e imparcialidad". *Novos estudios Jurídicos*, vol. 17, no. 2 (2012): 161-172. Doi: 10.14210/nej.v17n2.p161-172.

Alvarado Velloso, Adolfo. "La imparcialidad judicial y el Debido Proceso (La función del juez en el proceso civil)." *Ratio Juris,* Vol. 9 No.18 (enero-junio 2014): 207-235.

Bernal-Pulido, Carlos. "Fundamentos bíblicos de la separación de poderes y función catalizadora del juez." *Dikaion,* Vol. 28, no. 2 (2019): 222-246.

Carmona Tinoco, Jorge Uises. "La división de poderes y la función jurisdiccional". *Revista Latinoamericana de Derecho* vol. 4, no. 7-8 (enero-diciembre, 2007):175-211. https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/latinoamericana-derecho/article/view/21371/19044 (último acceso: 14 de 6 de 2021).

Couture, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil.* Buenos Aires: Depalma, 1958.

Dalla Via, Alberto Ricardo. "La función de juzgar". *Academia: revista sobre enseñanza del derecho,* vol. 4, no. 8 (2006): 37-57. http://derecho.uba.ar/publicaciones/rev_academia/revistas/08/la-funcion-de-juzgar.pdf (último acceso: 14 de 6 de 2021).

Devis Echandía, Hernando. *Teoría General del Proceso.* Buenos Aires: Editorial Universidad, 1984.

Ibañez, Perfecto Andres. "Michele Taruffo: el magisterio y la obra ejemplares del genial procesalista 'todo-terreno'." *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* no. 44 (2021): 41-62.

Salaverría, Juan Igartua. "El sometimiento del juez a la ley, la certeza y la fuerza vinculante de la doctrina del tribunal supremo." *Anales de la Cátedra Francisco Suárez,* no. 40 (2006): 59-78. https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4211470 (último acceso: 17 de 5 de 2021).

Taruffo, Michele. *Cinco lecciones mexicanas : memoria del taller de derecho procesal*. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2003.

Taruffo, Michele. *La motivación de la sentencia civil.* Madrid: Trotta, 2011.

Taruffo, Michele. *Verdad, prueba y motivación en la decisión sobre los hechos.* Mexico: Coordinación de Comunicación Social, 2013.

Cátedra de Cultura Jurídica. Michele Taruffo entrevistado por Jordi Ferrer. Video de YouTube. 1:30:48. Publicado el 15 de mayo de 2014. https://www.youtube.com/watch?v=L5XYox7QYek

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. *Código Iberoamericano de ética Judicial.* Buenos Aires: Ediciones SAIJ de la Dirección Nacional del Sistema Argentino de Información Jurídica., abril de 2018.

"Constitución de la República Dominicana." Santo Domingo, 13 de junio de 2015.

CAPÍTULO VIII

Independencia, imparcialidad y cualificación del juez como garantías del proceso

Rodrigo Rivera Morales

1. Introducción

Michele Taruffo es, sin lugar a dudas, uno de los más grandes procesalistas de nuestros tiempos. Su trayectoria de más de 40 años en la docencia y la investigación ha marcado una forma de cultivar el derecho procesal especialmente abierta a la influencia de otras disciplinas, integrando los avances teóricos de estas en el análisis de los problemas procesales. Así ha sucedido muy claramente, por ejemplo, en temas como el estudio del razonamiento probatorio, de la prueba científica, de la prueba de los hechos en el proceso judicial y también sobre la complejidad de la decisión judicial. Taruffo practicó en su obra los contactos permanentes con el derecho comparado, la lógica y la filosofía del derecho y de la ciencia, sin dudas, su obra es multidisciplinar.

Tuve la oportunidad de oírlo hace casi 25 años y de leer, posteriormente, uno de artículos "*La motivazione della sentenza civile*"[1], habiendo quedado impresionado por su planteamiento fresco que superaba a los clásicos. Más tarde —no había sido editado en español— logré tener el libro *La prova dei fatti giuridici. Nozioni generali*[2], el cual me señalo un camino en el campo de la prueba. Más tarde, cuando fue editado en español, empecé a divulgarlo, junto con la obra de Muñoz Sabaté. Fui conociendo otras obras de Michele Taruffo que demostraban que era un referente, no solo en el campo probatorio, sino en general en derecho procesal. En el Congreso Colombiano de Derecho Procesal (ICDP) tuve oportunidad de conocerlo,

[1] Michele Taruffo, *La motivazione della sentenza civile* (Padova: Cedam, 1975).

[2] Michele Taruffo, *La prova dei fatti giuridici* (Milano: Giuffré, 1992).

más tarde en Medellín, en Perú, de nuevo en las jornadas anuales de Derecho Procesal en Colombia (ICDP), era fácil de amistad, muy sencillo. En España compartimos varias veces en jornadas académicas, en las veladas nocturnas fueron diversos los temas conversados. Nos mostró que más allá de la labor judicial de aplicar unas normas instrumentales sobre medios de prueba a un contexto difuso de la realidad, era necesario un juez bien formado en el campo del razonamiento, libre del formalismo. Comprendí las limitaciones del juez precedidas por las condiciones de formación, que normalmente reduce a lo puramente memorístico y automático de la norma positiva, cuando la realidad juzgadora le impone la necesidad de entrelazar hechos con indicios y pruebas, a realizar inferencias lógicas en el marco de cumplir las reglas lógicas para alcanzar una decisión conforme a derecho.

Taruffo[3] sostenía que "el juez imparcial es el juez que persigue la verdad. Porque la verdad es imparcial". Argumentaba que "hay muchos que piensan que la búsqueda de la verdad es algo arriesgado debido a la parcialidad del juez. Es como decir que el científico que trata de buscar la verdad sobre la reacción de un compuesto químico pierde su imparcialidad porque es el mismo que ha llevado a cabo el experimento. Nadie aceptaría una afirmación similar, es absurdo. Por otro lado, el juez puede ser parcial, aun cuando no haga nada, porque el hecho de que decida favorecer a una parte y no a la otra es algo que tiene poco que ver con su actividad procesal". Taruffo afirmaba que la verdad es imparcial. Señalaba que, "si pensamos en serio en lo que significa buscar la verdad sobre un enunciado fáctico, se ve que no hay parcialidad". Argumentos que compartimos, creemos que no hay justicia sin verdad.

De manera que, participar con el tema de la imparcialidad del juez en un homenaje al maestro y amigo constituye para mí no una obligación académica, sino una expresión de un sentimiento de admiración y reconocimiento a Michele como persona y gran jurista.

2. Las garantías del proceso

Bajo la denominación del debido proceso (*due process of law*), la cultura jurídica engloba, al comenzar el siglo XXI, el conjunto de garantías que aseguran los derechos del ciudadano frente al poder judicial y que establecen los límites al poder jurisdiccional del Estado para afectar los derechos de las personas. Tal vez, no es exagerado afirmar que el debido proceso al juicio imparcial, transparente e idóneo es el instrumento más importante de las personas en defensa de su vida, libertad, valores, bienes y derechos[4].

---

3 Michele Taruffo, "Entrevista con el Prof. Dr. Michele Taruffo", *Diario LA LEY*, no. 7887 (25 de junio de 2012).

4 Rodrigo Rivera Morales, "La imparcialidad judicial como garantía del debido proceso", *Justicia: Revista de Derecho Procesal*, no. 1-2, Homenaje a la profesora doctora Mª. del Carmen Calvo Sánchez, (2011): 17-22.

Las exigencias de garantías en el proceso, se reconocen en el orden jurídico nacional en las constituciones y en las leyes procesales, igualmente, se resguardan en normas internacionales. Así, en el artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, se establece 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..."

El debido proceso como principio procesal se concibe como un ideal que sirve de orientación no solo para la estructuración de los órganos jurisdiccionales con sus respectivas competencias, y el establecimiento de los procedimientos correspondientes que aseguren, entre otros, el ejercicio pleno del derecho de defensa, sino también para garantizar trato y decisiones judiciales correctas, imparciales y justas.

Conviene distinguir al juez del órgano jurisdiccional, el cual no es jurídicamente un ser humano, sino un órgano estatal integrado por personas físicas. En la mayor parte del mundo, los jueces son funcionarios públicos, remunerados por el Estado, se ubican como parte integrante del poder judicial del país al que representan. Aunque en la teoría se fijan como características de este cargo público: la independencia, autonomía e inamovilidad que gozan aquellos que lo ocupan, la realidad —y, en muchos casos, la propia experiencia—, lamentablemente, nos muestran que se trata más de un ideal, un deseo o un deber ser que se plasma en las constituciones, que de una cuestión que se cumpla y respete incuestionablemente en todos los países. Sin caer en una generalización infundada, esta situación suele ser muy común y corriente en Latinoamérica, obviamente, más en los países de gobierno dictatorial o autoritario, en los cuales la corrupción y la ambición de poder desmedido de parte de sus dirigentes, conduce a que el propósito independencia de poderes y la autonomía de los jueces sea abandonado y se estructure la concentración de poder, generando que el legislativo y judicial sean sumisos al poder dominante.

En un Estado de derecho constitucional y democrático debe funcionar el debido proceso, en todos los niveles en donde sea discutido los derechos individuales o colectivos. Por tanto, la organización jurisdiccional, a la que se le asigna la facultad de impartir justicia, debe implementar los mecanismos institucionales que garanticen el debido proceso. Consecuentemente, el juez, en su función de impartir justicia en su jurisdicción, es responsable de preservar y respetar las garantías del debido proceso a las personas que acuden ante su competencia en reclamo de tutela para sus derechos. Para que su actuación sea cónsona con el debido proceso, debe gozar de autonomía e independencia, y sometido el deber de imparcialidad y a la idoneidad técnica (*curia novit iura*). No es temerario que se afirme que la garantía de la imparcialidad debe estar preservada por la independencia y autonomía funcional e intelectual del juez.

2.1 Independencia de poderes e independencia jurisdiccional

Desde su formulación solemne en el siglo XVIII, el principio de la separación de poderes —la idea de que las distintas funciones estatales corresponden a conjuntos de órganos (poderes) separados, independientes y equilibrados entre sí— se ha considerado un instrumento fundamental para la consecución de los objetivos de la libertad y control del poder, esto es, para asegurar la organización racionalizada y la limitación del Estado. Se ha distinguido las funciones ejecutivas, legislativas y judiciales, justificándose que deben ser confiados a órganos separados y mutuamente independientes si se quiere impedir el naufragio de la libertad, pues la experiencia histórica enseña que todo hombre que tiene poder tiende a abusar de él: llega hasta donde encuentra límites. Teóricamente se dividió el poder estatal en sus funciones, en poderes separados. Se partía de una idea simple "el poder frena el poder", de suerte que poderes distintos se frenarían.

El poder legislativo ha de estar separado del ejecutivo: a) por el carácter general y abstracto de la ley, independiente de casos concretos, y b) porque el ejecutivo debe estar ligado u obligado por la ley y, en consecuencia, esta ha de quedar fuera de su alcance. El poder judicial ha de estar separado del legislativo por la misma razón: si ha de aplicar la ley, esta ha de quedar fuera de su alcance. La unión del poder judicial y el ejecutivo alteraría asimismo el significado y la observancia de la ley o se detiene sobre una variedad de puntos teóricos.

Ahora bien, la separación de poderes no ha cumplido a cabalidad la finalidad originaria. La separación de poder como dogma del liberalismo político se planteaba su momento histórico. Esta noción, de gran utilidad, cumplió la función de determinar la estructura de los estados a través de la distinción y separación de las funciones del Estado que materializa su poder político. La demarcación en el ordenamiento jurídico de funciones y especialidades competenciales abrió el camino para imponerse el principio de legalidad, en que la autoridad solamente puede ejercitar las funciones que le son formalmente atribuidas por el ordenamiento jurídico, esto por tanto protege al gobernado de las arbitrariedades en el ejercicio del poder, atribuyéndole al funcionario responsabilidad penal, civil y administrativa por los actos arbitrarios, además, sancionando el acto con nulidad de pleno derecho.

El objetivo que se plantea en la demarcación y control de competencias es evitar que los titulares de los órganos del Estado abusen de las competencias conferidas a ellos. Esto implica que debe ejercerse un control, con el cual se busca que los órganos, una vez separadas por funciones y especialidades, se equilibren.

Ya en su tiempo, en Estados Unidos, se advirtió en el momento de la elaboración de la Constitución norteamericana, Thomas Jefferson lo señalaba diáfanamente:

> El despotismo electivo no fue el gobierno por el que nosotros luchamos; nosotros luchamos por un gobierno que no estuviese fundado solo en los principios de la libertad, sino por uno en el que los poderes gubernamentales estuviesen de tal manera divididos y equilibrados entre las diferentes autoridades, que ningún poder pudiese traspasar sus límites legales sin ser eficazmente controlado y restringido por otros.[5]

El Estado democrático constitucional ha ido generando mecanismos de control, desde lo intraorgánico como interórgánico, para interdictar la arbitrariedad. Hoy tenemos la presencia en los Estados democráticos constitucionales de un conjunto de mecanismos jurídicos y políticos (control de constitucionalidad, recurso de nulidad, comisiones parlamentarias, contralorías, reglamento disciplinario, etc.) para impedir la arbitrariedad, fiscalizar el cumplimiento correcto de la legalidad, responsabilizar y, en su caso, sancionar todo acto y al titular que lo cometa, quebrantando las atribuciones constitucionales, abuso de poder y vía de hecho, todo esto con la finalidad de preservar la supremacía constitucional y salvaguardar los derechos de los ciudadanos.

Ahora bien, la existencia de poderes separados independientes no agota la independencia en el seno judicial. Este concepto debe ser trasladado al órgano jurisdiccional y al titular o persona investida de jurisdicción.

La independencia jurisdiccional tiene sustento en el sistema universal en el artículo 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948, en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos del 16 de diciembre de 1966, así como en los artículos 45, 64 y 67, numeral 1°, del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. En el sistema interamericano, se tiene la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, en sus artículos 18 y 26, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el artículo 8º.

En todo caso, pienso que no bastan los límites normativos, sino que efectivamente el juez tenga convicción de su independencia, tanto mental como espiritualmente. Normalmente, el juez se cree funcionario público al considerar que forma parte del aparato estatal. Esto le confiere cierta racionalidad burocrática y asume una racionalidad formal de tal naturaleza. Cuestión que de alguna manera es reforzada por los jerarcas del poder judicial, al imponer en la práctica un sistema de jerarquías. A manera de ejemplo, cuando les ponen metas de productividad. Dice Glen Martin[6] que "tal mentalidad burocrática permanece como una amenaza ante nuestra contemporánea esperanza de libertad, democracia y sociedad justa". Pues, juez que se comporta como burócrata, en su interior tiene sesgo estatal y minimiza

---

5 Karl Loewenstein, *Teoría de la constitución*, 2a ed. (Barcelona: Editorial Ariel, 1976), 131-132.

6 Glen Martin. "Prólogo", en David Salsavilca, *El deber de independencia e imparcialidad su relación con la debida motivación y el factor tiempo en la actividad jurisdiccional* (Perú: Editorial Academia de la Magistratura, 2016), 31.

su independencia. Necesariamente, el poder judicial debe ser ajeno a cualquier jerarquía de mando en su interior, lo cual no debe ser confundido con la competencia funcional relativas a las distintas fases de tramitación de los procedimientos[7]

Sobre la independencia del juez, Taruffo[8] hace hincapié en dos dimensiones principales. La primera, la que define como independencia inicial, que guarda correspondencia con la selección y nombramiento del juez. La segunda, supone un seguimiento de las condiciones de independencia en forma continua. En esta primera, visualizamos dos aspectos: a) con relación al ingreso a la carrera judicial, que haya un sistema real de evaluación sobre sus capacidades, su formación y su integridad. Esto permitiría que el juez considerase que su ingreso ha sido por sus méritos y realizará una función independiente conforme a la ley, b) el conocimiento del caso concreto, además, de las reglas de competencia, se prevea un sistema transparente de distribución de causas, nos luce que puede ser un buen instrumento el auxilio de la inteligencia artificial (IA).

Por otra parte, no debe olvidarse que el juez es de carne y hueso, inmerso en un sistema social y político, obviamente, con un entorno social específico. Aquí tenemos dos variables en la formación de las creencias, por un lado, lo psicológico, basta nombrar que en a relación social se van formando *sesgos cognitivos*, por otra parte, el entorno social genera una influencia sobre las creencias. Por ello, con justa razón, Taruffo subraya la significación de resguardar también que el juez no se encuentre expuesto a influencias y condicionamientos externos.

Desde el punto de vista del proceso justo, se plantea interrogantes como ¿qué mecanismos son idóneos para controlar la actuación del juez en el proceso?, ¿qué mecanismos son idóneos para controlar la independencia del juez una vez proferido el fallo?

Creo que solo es posible realizar un efectivo control en un Estado constitucional democrático, siempre que las personas que lo dirijan estén convencidas y tenga la creencia de la necesidad de la independencia de los jueces. Hay diversas normas que establecen las competencias de los órganos y configuran la independencia funcional. Los controles que se establecen, a mi juicio, son genéricos. Creo que deben establecerse consecuencias jurídicas

---

7 La competencia funcional determina el conocimiento de las diferentes funciones entre órganos jurisdiccionales dotados de competencia objetiva y territorial (ej. apelación). Las normas de competencia funcional son útiles para determinar qué Tribunal debe conocer de las incidencias que se produzcan en relación con un proceso pendiente o que acaba finalizar, también abarcan cuestiones más amplias, como la determinación del conocimiento de la primera y segunda instancia. Pero esto no significa jerarquía de mando, en el cual el juez de menor escala tenga que obedecer en su actuación al superior. Por ejemplo, en España, en LOPJ artículo 12.1 "En el ejercicio de la potestad jurisdiccional, los Jueces y Magistrados son independientes respecto a todos los órganos judiciales y de gobierno del Poder Judicial". Esto es, Los juzgados y tribunales son independientes de toda autoridad o persona en el ejercicio de su potestad jurisdiccional, incluso respecto de tribunales superiores y de los órganos de gobierno del poder judicial.

8 Michele Taruffo, "Consideraciones generales sobre la independencia de los jueces", en *La independencia judicial: un constante asedio* (Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2019), 13 y ss.

claras cuando se lesiona la independencia e imparcialidad. Si bien es cierto, que las constituciones contienen normas que pregonan la independencia y señalan responsabilidad, no es menos cierto, que esto de la responsabilidad aun permanece en la penumbra. En la medida que se precise la responsabilidad del juez en el quiebre del debido proceso e independencia, pudiera afirmarse que se potenciaría el autocontrol.

No hay duda que el juez dependiente, en muchos casos sumiso al poder dominante, no podrá defender los valores superiores de la dignidad humana, libertad y justicia, tal como sucede en la Venezuela actual, que a través del poder judicial se cometen atropellos o se avala la constante violación de derechos humanos que cometen los cuerpos policiales y los órganos represivos del estado venezolano. Es público, documentado por las Naciones Unidas, que el régimen utiliza el proceso penal y civil con instrumentos de persecución política, bien para encarcelar o privar de los bienes a los ciudadanos opositores. Carnelutti[9] conociendo lo nefasto de la sumisión de los jueces al poder dictatorial, en su época, reflexionaba expresando que "el juez debe ser libre, ya que sin el libre juego de su inteligencia y de su experiencia, no puede llevar al litigio una solución justa. Es. en definitiva. el juez como una balanza que tiene que moverse libremente".

La jurisprudencia no ha sido muy clara con el tema de la independencia, y no hay definición precisa sobre ella. Por ejemplo, el Tribunal Europeo otorga mucha mayor relevancia a los criterios a tomar en cuenta para afirmar la independencia de un tribunal. Estos criterios, fueron expuestos en el caso *Campbell y Fell contra Reino Unido*[10], son los siguientes:

- El tipo de nombramientos de sus miembros.
- La duración del mandato de esos mismos miembros.
- La existencia de garantías contra presiones externas.
- Que el órgano presente una apariencia de independencia.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, respecto a la independencia de los tribunales, acude a la jurisprudencia del Tribunal Europeo sobre Derechos Humanos; debe destacarse que Corte Interamericana en sus decisiones se ha dirigido a establecer los supuestos particulares si se está o no ante un tribunal independiente; o, en su defecto, a determinar si se está o no ante una situación contraria a la independencia judicial[11].

---

9 Francesco Carnelutti, *Las Miserias del Proceso Penal*, traducción de Santiago Sentís Melendo (Bogotá: Temis, 1997), 31-36.

10 Caso Campbell y Fell. Aplica art. 8º y 13º del Convenio Europeo. Sentencia 28 de junio de 1984.

11 *Vid*. Caso Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y Otros) Vs. Ecuador, de 23 de agosto de 2013.Caso Apitz Barnera y otros vs. Venezuela (2008). Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela (2009). Caso Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) vs. Ecuador (2013). Caso López Lone y otros vs. Honduras (2015). Caso Colindres Schonenberg vs. El Salvador (2019).

Manifiesta Andrés Ibañez[12] que "el valor de imparcialidad aparece formando parte de un todo (relativamente) indiferenciado con el de independencia. Y en la consideración común acaba por ser un cierto *va-de-soi*, pues, implícitamente, se entiende que, existiendo esta, aquélla se daría como por añadidura". Por eso, negar que es evidente que la independencia asegura, en cierto sentido, la imparcialidad, nos permite apreciar que la independencia es más un asunto político, mientras que la imparcialidad es un actitud intelectual y ética del juzgador. Acogemos lo que señala Andrés Ibañez[13]: "juzgar correctamente requiere la presencia en el juez de hábitos intelectuales, pero también de hábitos morales, sobre los que es preciso discurrir".

Mayor importancia adquiere la independencia judicial dado que, en el contexto moderno del estado constitucional, el juez cumple un rol de interprete constitucional, al igual que los ciudadanos[14]. Tal como lo sustenta Taruffo[15] "[b]asta con subrayar que la garantía de dichos valores y derechos se delega particularmente a los jueces que deben interpretar y aplicar de diferentes maneras las normas que los expresan a nivel constitucional y en el plano de la legislación ordinaria". El juez tiene el deber funcional de asegurar la supremacía constitucional, lo que implica que no puede ser dependiente de ningún poder.

2.2. Imparcialidad

Me ha llamado la atención un trabajo de Francisco González de Cossío[16], quien dice "… la imparcialidad es un principio. Y estoy convencido que los principios sudan: se perciben del actuar de las personas, aunque no les den eco verbalmente". Y agrega: "[e]n mi opinión, la "imparcialidad" es apertura intelectual. El carecer de predisposición alguna. Mente abierta. Estar dispuesto a ser convencido de una u otra postura. Cualquiera que sea. Sin que uno de los resultados posibles sea (consciente o inconscientemente) preferido." Hay dos aspectos muy interesantes en lo transcrito: En primer lugar, debe haber una internalización en la persona de los principios, asumido y aceptado como creencia, lo que implica que, al actuar, sea manifiesto; en segundo lugar, la apertura mental implica la ausencia de sesgos y disposición para examinar la información y datos que reciba, con los instrumentos de su ciencia en forma objetiva y tome una decisión fundada.

---

12 Perfecto Andrés Ibañez, "Imparcialidad judicial e independencia judicial", en ***Ética judicial: Reflexiones desde jueces para la democracia*** (Madrid: Fundación Antonio Carretero, 2009), 18. http://www.juecesdemocracia.es/fundacion/publicaciones/AF_JU_PUBLICAC_ETICA.pdf

13 Ibañez, "imparcialidad judicial", 23.

14 Peter Häberle, *Pluralismo y Constitución*, traducción de Emilio Mikunda (España: Tecnos, 2002), 86-87.

15 Michele Taruffo, "Jueces y política: de la subordinación a la dialéctica", traducción de Pedro Salazar. *Isonomía,* no. 22 (abril 2005):15.

16 Francisco González de Cossío, "Imparcialidad", *Revista del Club Español del Arbitraje*, no. 17, (2013).

La imparcialidad, normalmente, se exige dentro del proceso, es decir, se refiere al momento procesal, a la jurisdicción como función. Los tribunales constitucionales y los tribunales supremos han reiterado que una de las exigencias inherentes a un proceso con las debidas garantías, en tanto condiciona la existencia misma de la función jurisdiccional, es la imparcialidad judicial. Pero, creo que para el juez la imparcialidad debe trascender a su función jurisdiccional, en el sentido, que su actitud mental será siempre regida por ese principio.

Comparto la tesis de Calvo Sánchez[17], quien afirma que la imparcialidad en el poder judicial es una garantía básica y fundamental del ciudadano. No puede pensarse que se obtenga una tutela judicial efectiva y una verdadera justicia cuando el comportamiento del juzgador sea parcializado a favor de una de las partes. Es una verdad de perogrullo que no hay debido proceso con juez parcializado. Vista como garantía del debido proceso la imparcialidad no solo es un principio supremo del proceso, sino que también ha sido positivizada como deber en diferentes cartas internacionales y legislaciones nacionales.

Desde estas consideraciones se podría conceptualizar el postulado juez imparcial, como una máxima rectora del debido proceso de carácter inmutable, de acuerdo con su presencia histórica en ciertos períodos ha sido garantizada, en otros momentos históricos ha sido negada. Actualmente, se afirma como un principio rector inseparable del debido proceso.

Desde el punto de vista procesal, se señalan dos vertientes de la imparcialidad: subjetiva y objetiva. Debe existir actitud subjetiva imparcial, en el sentido de que el juez, en su interior, no contenga elementos que lo determinen (enemistad, amistad, interés, etc.), y, según una actitud objetiva, en el sentido de que no existan, en el juzgador, ideas preconcebidas con relación al caso. La imparcialidad tiene que manifestarse en todo el proceso.

Tomemos como ejemplo la actividad probatoria. En esta actividad el principio de la imparcialidad debe expresarse en ambos sentidos. En cuanto a lo subjetivo, el juez no puede tener interés en el resultado de la práctica probatoria, ni mucho menos relación afectiva —negativa o positiva— con relación a la fuente de prueba, por ejemplo, enemistad con testigos o cualquiera de las partes. En cuanto a lo objetivo, el juez no puede anticipar resultado probatorio ni proferir valoración anticipada de las fuentes o los medios de prueba en cuanto su efecto probatorio. Esto no excluye que el juez, para emitir juicio de admisibilidad, debe examinar los medios propuestos para determinar si cumplen las exigencias de ley, como legalidad, relevancia, pertinencia o conducencia (idoneidad del medio para trasladar el hecho). En este caso el juez no se está pronunciando sobre el resultado o efecto probatorio, sino acerca de su obtención y oferta conforme la ley, es sobre hechos controvertidos o sobre la capacidad del medio de conducir los hechos al proceso.

---

17 María del Carmen Calvo Sánchez, *Control de la Imparcialidad del Tribunal Constitucional* (Barcelona: Atelier, 2009), 23.

Así pues, la imparcialidad, al decir de Goldschmidt[18], "[c]onsiste en poner entre paréntesis todas las consideraciones subjetivas del juzgador. Este debe sumergirse en el objeto, ser objetivo, olvidarse de su propia personalidad. La imparcialidad es en la esfera emocional lo que la objetividad es en la órbita intelectual".

El juez, en los ordenamientos jurídicos contemporáneos, además de conocer el litigio y a decidir el resultado del mismo, para cumplir ese mandato legal, debe asumir el rol de dirigir el proceso. Rodríguez Urraca[19] dice que "[p]or dirección formal del proceso se entiende el conjunto de los actos que el juez debe realizar para el desarrollo del proceso a fin de que este llegue a su término, es decir, a una conclusión cualquiera". Conforme a esto, el juez debe controlar y promover la regularidad formal de los actos procesales, manifestándose esa dirección formal por el ejercicio de una serie de poderes-deberes que el ordenamiento jurídico concede al juez, con el fin de que impulse el proceso hacia la decisión final y asegure su normal desenvolvimiento. A tal fin, la actividad puede orientarse, igualmente, a recoger todo el material que habrá de servirle para formar la decisión con la cual pondrá punto final a la contienda.

Las constituciones imponen al juez el deber de imparcialidad y reconocen a los ciudadanos la garantía de la imparcialidad de los jueces. Ahora bien, como dice Aguiló, "en cuanto director del proceso al juez se le exige centralmente neutralidad (equidistancia) respecto de las partes en conflicto, de forma que las decisiones que toma no prejuzguen el resultado del proceso y mantengan el equilibrio entre ellas"[20]. En sí, independiente de los actos formales de mero trámite en el proceso, el juez entra en un proceso de cognición, para lo cual debe asumir una apertura intelectual, para recibir los datos e informaciones que aportan las partes en sustento de sus pretensiones, los hechos y la oferta probatoria y, en la práctica de los medios admitidos conforme a la ley, interpretar e inferir los hechos que trasladan.

El juez está ante dos hipótesis, las partes han aportado medios probatorios que sustentan la facticidad de la hipótesis propuesta por ellas. Así que en el momento de desahogo de los medios de pruebas el juez debe estar en actitud científica para percibir los hechos que contienen esos medios. Dice en este sentido Aguiló que "la imparcialidad del juez aquí se parece mucho a la neutralidad del científico. Se trata de conocer, no de valorar ni de decidir"[21]. El problema es que la hipótesis que formulan por las partes no es del tipo experimental o que se pueda contrastar, objetivamente, los hechos. Son hipótesis descriptivas (narran la forma como sucedieron unos hechos), del tipo existencial determinada (en cuanto determinan la

18 James Goldschmidt, *Derecho Procesal Civil* (Buenos Aires: Editorial Labor, 1936), 46.

19 José Rodríguez U., *La autoridad del juez y principio dispositivo*, (Caracas: Editor Aníbal Álvarez A., 1984), 101.

20 Josep Aguiló Regla, "Imparcialidad y concepciones del derecho", *Juridicas*, Vol 6, no. 2 (julio-diciembre 2009): 43.

21 Aguiló Regla, "Imparcialidad y concepciones", 43.

existencia de determinados hechos). De manera que el juez debe percibir, de la práctica de los medios probatorios, si esos hechos ocurrieron o no y, si ocurrieron, bajo qué forma, cómo, cuándo, con quienes, con qué y por qué ocurrieron. Esto supone una actitud intelectual para conocer, a sabiendas que no basta la disposición, sino que requiere de un método científico, un método controlable y accesible.

El juez no conoce por inquietud intelectual, conoce como parte del deber de decidir. La ley le exige al juez que debe decidir sobre el litigio. Al juez le está prohibido el *non liquet* (*vid.* artículos 24 CE y 11.3 LOPJ española, artículo 26 CRBV y 19 CPC venezolano, artículo 29 C colombiana y 42.6 CGP y Uruguay art. 25.1 CGP). Los jueces tienen el deber inexcusable de resolver, siempre, todos los asuntos que les sean sometidos a conocimiento, ciñéndose al sistema de fuentes establecido en su ordenamiento jurídico. El juez está obligado a decidir el litigio. La decisión debe estar fundada en los medios de prueba disponibles y en la exposición de las razones de los hechos declarados probados y en la selección normativa que la justifica.

El juez debe acercarse a los hechos, su primera aproximación es mediante el relato de las partes, pero debe "purgarlos", en el sentido de excluir los hechos que no sean controvertidos y no necesitados de prueba, por eso es muy importante la fijación de los hechos controvertidos. Las legislaciones modernas, en vista de la importancia de la fijación de los hechos, han establecido normas cuya función específica es fijar los hechos objeto del debate o alcanzar una conformidad sobre los mismos[22].

Hay que tener presente que en la fijación de los hechos controvertidos deben participar las partes y el juez. Por un lado, las partes deben expresar qué hechos convienen y cuáles contradicen y, por otro lado, el juez debe hacer un examen de los hechos admitidos para fijar los hechos controvertidos y que sean objeto de prueba. Su comportamiento para esta fijación debe ser totalmente neutral.

La segunda fase del conocimiento sobre los hechos es el interpretativo de resultados de la práctica probatoria, el juez debe realizar la fijación judicial de los hechos, que significa, la formulación de enunciados fácticos verdaderos. Véase que hay una doble calificación: fácticos y verdaderos. El primer concepto, fácticos, significa una descripción de los hechos que se dan por verdaderos, es decir, describir los hechos acaecidos. Con respecto a verdaderos, se trata de justificar cómo se ha descubierto esa verdad, cómo se acredita en el proceso con los medios disponibles y cuáles son los razonamientos que se han realizado partiendo de otros enunciados fácticos determinados verdaderos. Hay pues, una real actividad epistemológica de conocimiento. Pero también, el juez debe hacer una calificación jurídica de los hechos, es

[22] Rodrigo Rivera Morales, *La actividad probatoria y la valoración racional* (Barquisimeto: Editorial Jurídicas Rincón, 2010), 332.

decir, debe tipificarlos, lo cual significa hallar la identidad entre lo concreto —caso debatido— y lo abstracto —supuesto fáctico o de hecho de la norma—[23].

Ahora bien, el método básico de conocimiento que aplica el juez es el inductivo, pues su finalidad es precisar el conocimiento sobre hechos únicos e irrepetibles, que, si bien incrementa la información, no garantiza la certeza. Así, por ejemplo, Pedro, como testigo, dice que Juan le entregó a Carmen un cheque el día tal y Carmen le dijo a Juan que le devolvería el dinero al final del mes. En el Banco tal, hay constancia de que Carmen cobró ese día el cheque. Hay constancia de que Carmen pagó una deuda por igual monto ese día en la empresa tal. Hay testigos que afirman que Carmen frecuentemente pedía dinero prestado a Juan. Esos hechos pasados son llevados por medios probatorios y de allí el juez hace descubrimiento mediante la inducción. Nótese que no se trata de observación de los hechos, dado que los hechos solo pueden observarse mientras suceden, en el caso del proceso son hechos del pasado —salvo que se trate de estado de cosas y se haga inspección sobre ese objeto— o de predicción, por lo que el método funcional es el inductivo, es decir, se basa en datos que integra y establece inferencias probables. En este sentido la fijación de los hechos por parte del juez y definir cuales hechos son verdaderos o deben tenerse por verdaderos—verdad judicial— es un tipo particular de verdad histórica, es un proceso racional[24].

Como se ve, la función epistemológica del juez concurre como observador e interprete aplicando métodos lógicos. En este sentido compartimos lo expresado por Andres Ibañez quien dice que "se sabe, o debería saberse, que la regulación legal disciplina la periferia del juicio, porque el enjuiciamiento *stricto sensu* discurre por los cauces de la inducción probatoria, y esta se rige por reglas que no son jurídicas, sino las propias del método hipotético-deductivo, que es lo que desplaza el asunto al terreno de la epistemología".

Obviamente, al aplicarse la inducción en el caso concreto hay diversos problemas, por un lado, para la formulación de inferencias acerca de los hechos con base en los datos o informaciones suministradas por los medios de prueba disponibles, se aplican unas máximas de experiencia, las cuales se han obtenido inductivamente a partir de un número limitado de casos, por lo que las inferencias que se elaboren serán *probables*. En el proceso, normalmente, no hay prueba completa, los medios aportan indicios. De manera que el juez fundamenta, básicamente —aunque no solamente—, en inferencias probables fruto de la experiencia, estableciendo un nexo, un hecho (indicador) debidamente probado y un hecho (no observado) que se tomará como evidencia probable (el hecho desconocido)[25]. Se asume que la fuerza del

---

23 Rivera Morales, *La actividad probatoria,* 333-335.

24 Rodrigo Rivera Morales, *La prueba: análisis racional y práctico* (Madrid: Editorial Marcial Pons, 2011), 55.

25 Rodrigo Rivera Morales, "El conocimiento indiciario como evidencia inferencial", en *La prueba en el proceso. II Conferencia Internacional & XXVI Jornadas Iberoamericanas de Derecho procesal* (Barcelona: Atelier, 2018).

nexo o enlace entre el hecho conocido y el desconocido está en relación a la uniformidad y constancia de la presencia de ambos hechos en situaciones determinadas, lo que refleja una tendencia constante a la repetición de estos mismos fenómenos.

No hay duda que la valoración probatoria del juez, en situaciones que no hay *prueba plena*[26], generara inferencias probables. Expresa Jordi Ferrer que "[e]l razonamiento probatorio es, pues, un razonamiento necesariamente probabilístico. Decir que un enunciado fáctico está probado es afirmar que es probablemente verdadero (a un nivel que habrá que determinar), dadas las pruebas disponibles"[27]. No hay duda que en el proceso mental de construcción de inferencias, y de su justificación, la mente apela a sus estructuras previas de conocimiento, en la cual existen ideología, creencias, emociones y elementos como los sesgos. A manera de ejemplo, se percibe en la historia de las ciencias (duras) cómo el concepto de evidencia determinaba las bases probatorias para sustraer o apoyar creencias o conocimiento probable, ello generó constantes cambios en la noción de *experiencia científica*.

Bajo esta visión es fundamental la imparcialidad cognitiva del juez para que el proceso pueda cumplir las funciones epistemológicas que de él se esperan. Aguiló sustenta que "desde la vertiente cognitiva, la imparcialidad del juez se parece mucho a la neutralidad del científico"[28]. Desde esta perspectiva, vamos a calificar que el juez debe asumir una imparcialidad cognitiva, esto es, respecto a los hechos controvertidos que se debaten, tanto desde su aproximación para conocerlos, como desde su valoración para declararlos probados o no probados.

Hemos dicho que mientras están en hipótesis, en debate contradictorio, las pretensiones de las partes, al juez se le exige el deber y él debe asumir imparcialidad cognitiva y recibir los alegatos de las partes, los medios probatorios, practicarlos o desahogarlos en inmediación y contradicción, además de valorar los producidos. En ese proceso de conocimiento no puede el juez tener prejuicios sobre la realidad de los hechos, debe acercarse para reconstruir racionalmente unas inferencias probables acerca de esos hechos. El problema radica en los procesos lógicos de interpretación de los resultados obtenidos de la práctica probatoria. No puede separarse automáticamente el proceso de adquirir conocimiento y de interpretar y valorar ese dato. Esto concurre a una velocidad, prácticamente, imperceptible, al punto que se producen en la mente identificaciones, asociaciones, comprensiones.

---

26 Uso este término para indicar que hay prueba suficiente en el sentido de la plenitud de conocimiento. No lo tomo en el sentido tradicional y de prueba tasada.

27 Jordi Ferrer Beltrán, *Prueba sin convicción. Estándares de prueba y debido proceso* (Madrid: Marcial Pons, 2021), 9.

28 Aguiló Regla, "Imparcialidad y concepciones", 43.

En todo ese proceso el juez aplica máximas de experiencia (generalizaciones[29]). Existen, sobre el empleo de las máximas de experiencia, dos problemas básicos: la selección adecuada de la máxima de experiencia —esto supone que hay un hecho observado y con base a él se escoge la máxima de experiencia, de manera que la confiabilidad de la inferencia que se extraiga depende de la confiabilidad de la observación, hecho observado— y la validez o calidad epistemológica de la máxima de experiencia (Taruffo habla de leyes con validez científica, generalizaciones probables y generalizaciones espurias[30]). Obviamente, en esta aplicación se puede vulnerar la imparcialidad. Lo probable es que actúen los sesgos cognitivos.

El asunto está en que, una vez declarados unos hechos probados que sustentan una de las hipótesis, se asume esta como verdadera. En este proceso es posible que tenga que hacer valoraciones, ponderaciones e incluso juicios de valor, en los casos que existan normas valorativas y/o con conceptos indeterminados; entonces deberá acudir a criterios correctivos. En este momento, no podría predicarse la imparcialidad, pues deberá razonar a favor de la hipótesis que ha asumido. ¿Es posible que quebrante el deber de imparcialidad en este momento? La imparcialidad se quebranta en la toma de la decisión de qué hipótesis asumir, de suerte que en esta etapa es en donde se expondrán las razones que justifiquen la posición asumida, si efectivamente se fue imparcial, lo que, en última instancia, se estará argumentando es su posición *imparcial* para declarar unos hechos como probados. Esto no niega, que se incurran en errores (deficiencia formativa o dolosamente), por ejemplo, que se apoye en argumentos falaces, o quebrante las leyes de la lógica, o tal vez se sustente en falso supuesto, es decir, el juez peque por ignorancia o *ex profeso* en errores de hecho y derecho. Estos errores pueden originarse en el proceso de toma de decisión debido a la presencia de sesgos cognitivos que el juez no ha detectado y superado.

En la práctica judicial son innumerables los supuestos en los cuales el juez es claramente responsable de los errores judiciales. Evidentemente, cuando hay actuación dolosa la responsabilidad es, por su hecho, ilícito, pero, en muchas situaciones se debe a actuación negligente u omisión del deber o impericia, errores que se podrían haber evitado con una diligencia adecuada, estudio dedicado al caso e idónea formación y destreza profesional.

Así las cosas, se podría afirmar que hay quebranto de la imparcialidad cognitiva cuando el juez resuelve el caso sin derrotar sus sesgos cognitivos o, por su falta de formación, no aplica correctamente la valoración probatoria y la lógica.

---

29 Se trata de una especie de extrapolación de unos datos, hechos y comportamientos observados que presentan como común regularidad, uniformidad y repetición (frecuencia. Claro, esto sobre un número de casos observados, por lo que siempre es finita). Se trata de la aplicación el proceso inductivo, pues a partir de los casos observados se construye una regla.

30 Michele Taruffo, *Simplemente la verdad,* traducción de Daniel Accatino (Barcelona: Marcial Ponds, 2010), 237-239.

La psicología, en su especialidad jurídica, en los últimos tiempos ha dedicado estudios a la *psicología en la toma de la decisión judicial*, ha encontrado que conceptos que estudiados en el campo de la toma de decisiones, entre ellos, los sesgos cognitivos, están presentes en la mente humana en cualquier situación en la que deba tomar decisiones, así sean las más simples: es propio de la naturaleza humana[31]. Debe decirse, que este tema de la psicología de la decisión, a pesar de mostrarnos los errores que se pueden cometer debido a la presencia de sesgos mentales para la toma de decisión judicial, apenas ha despertado interés en la doctrina y son muy pocos los estudios al respecto.

Los estudios indican que el ser humano comete errores y sigue sesgos, que se producen irremediablemente cuando procesa datos e informaciones percibidas en tiempos cortos y sin suficiente justificación empleando procedimientos de simplificación (heurísticos cognitivos, atajos mentales[32]). Así, los heurísticos simplifican la complejidad de las tareas, dando paso a una solución rápida del caso. Los autores citados, tomando de Eiser, transcriben: "[l]os heurísticos se hacen más patentes cuando llevan a las personas a tratar con información probabilística, de modo que los puntos de partida aparezcan alejados de los principios normativos del razonamiento estadístico". Obviamente, en el proceso judicial, normalmente, se tiene información incompleta, el juez está condicionado a un tiempo determinado (lapsos o términos procesales) para obtener información, procesarla y dictar el fallo en tiempo.

Forma parte del ser humano la presencia de los sesgos. Se trata de descubrirlos y derrotarlos. El problema está allí, como decía George Orwel "[v]er lo que está delante de nuestros ojos requiere un esfuerzo constante"[33].

De acuerdo a lo que hemos expuesto, la imparcialidad puede estar sometida a muchos factores que pueden quebrantarla, por lo que entendemos que no basta establecer reglas o estándares para su control en el plano objetivo, sino que en el subjetivo hay que buscar fórmulas que permitan controlar y propiciar el autocontrol de los sesgos. Se trata de establecer una metodología y unas reglas que orienten al juez para acercarse y aprehender los hechos tal y como efectivamente sucedieron (reproducción metal), de la manera más objetiva posible, y que le posibilite el reconocimiento de sus limitaciones, su ideología y deficiencias.

Esta problemática de detectar los sesgos, pero, además, de aplicar correctamente las reglas lógicas y formular argumentaciones pasa por un problema de formación.

---

31 Arturo Muñoz Aranguren, "La influencia de los sesgos cognitivos en las decisiones jurisdiccionales: el factor humano. Una aproximación", *InDRET: Revista para el análisis del Derecho*. (2001): 3.

32 Francisca Fariña, Ramón Arce y Mercedes Novo, "Heurístico de anclaje en las decisiones judiciales", *Psicothema*, vol. 14, no. 1 (2002).

33 Las 34 mejores frases de George Orwell (psicologiaymente.com)

3. Conclusiones: la formación de los jueces

En mi criterio, en la formación del juez, debe ser imprescindible el estudio de la ética particular de su función judicial. Por otra parte, debe tener una sólida formación en los derechos fundamentales, los valores superiores del ordenamiento jurídico, los principios y garantías constitucionales. Diríamos que esta debe ser su formación sustantiva, para que internalice su función judicial, independiente e imparcial, en la solución de los conflictos, como una forma de coadyuvar a la cohesión y paz social.

Hemos sustentado en algunos foros[34] que la actualización de los *pensum* de estudios de la carrera de derecho en las universidades latinoamericanas está en déficit. La manera de interpretar y aplicar el derecho ha cambiado de forma significativa a partir de la consolidación del Estado constitucional de derecho y del desarrollo del denominado neoconstitucionalismo. Esto plantea una diferencia y contradicción enorme con la vieja concepción Estado de derecho y al iuspositivismo legalista. Hay un nuevo paradigma jurídico, es evidente que, en el Estado social de derecho constitucional democrático, el rol de los jueces cambia, pues no puede ser autómata en la aplicación mecánica de la ley, sino que debe hacer control constitucional y convencional, ya que la interpretación y aplicación deben ser conforme a ella. Esto implica que la formación de los jueces debe ser acorde con los signos de los tiempos.

Asumimos el paradigma de que para ser juez no basta ser abogado, se debe tener una formación especial de carácter judicial. Por ello, respaldamos la idea de que los gobiernos deban acoger el modelo de juez de carrera, lo que implica una formación y unos requisitos de acceso y control democrático e institucional de este acceso. La formación y selección adecuada del juez constituyen la base para asegurar el respeto a los derechos reconocidos constitucionalmente y la efectividad del ordenamiento jurídico.

El juez tiene una formación profesional en derecho, lo cual le confiere competencias en la técnica jurídica, pero esta debe adecuarse a las competencias y habilidades necesarias para la función de juez. Además, deberá tener una formación permanente, pues la realidad es dinámica, hay cambios en el derecho y en los criterios jurisprudenciales, aunado a los avances de la ciencia y la tecnología. Trataremos de examinar brevemente algunos aspectos y su relación con la imparcialidad.

En primer lugar, está el ingreso que vemos en dos etapas: se inicia con la determinación del perfil del aspirante, que debe corresponder con el perfil profesional de juez, requisito indispensable para acceder a la formación específica de juez; la segunda etapa, el ingreso

[34] Universidad Católica del Táchira, Congreso de Derecho Procesal, 2013. También en la red Latinoamericana de Derecho Procesal. Medellín.

material para las plazas convocadas, debe ser mediante oposición, con reglas muy claras y tribunal absolutamente imparcial.

En segundo lugar, la formación específica para ser juez de carrera. La formación para juez no puede basarse en una formación jurídica más avanzada ni eminentemente técnica en el quehacer jurisdiccional, cada vez necesita de conocimientos en otras disciplinas y saberes para cumplir con su función (informática, psicología jurídica, sociología, economía, comunicación y lenguaje, etc.). El juez debe responder a las exigencias dinámicas de la sociedad.

Entre los temas que deben tomarse en cuenta es la materia probatoria, superando la forma tradicional de tratarla desde el punto de vista instrumental o procedimental. La materia probatoria deberá enfocar: 1) la probática (el estudio del hecho)[35] y la forma de averiguarlo, esto implica que el juez debe poseer conocimientos sobre la taxonomía indiciaria judicial, sin formarse sesgos sobre ellos. 2) La credibilidad del medio y aprehensión del hecho[36], pues un problema epistemológico que se presenta en la prueba es resolver la justificación de las inferencias a través de las cuales una cosa indica la existencia de otra cosa, pues aquí está involucrado la confiabilidad de la observación o percepción, también como establecer el grado de probabilidad del conocimiento acerca de una cosa mostrada por otra y, finalmente, cómo establecer el hecho desconocido o inferido, pues es algo que no fue observado. 3) La valoración de los medios de prueba y la justificación, para las cuales no basta el manejo de las reglas procesales de valoración en general y en específico de cada medio, sino que debe profundizarse en el razonamiento probatorio con el fin de que la construcción de inferencias probables cumpla los criterios de demostración cualitativa, pues no existe evidencia observacional, sino observaciones narradas, algunas soportadas con hechos empíricos (pericia técnica o científica)[37]. Se requiere que el juez se forme en lógica, desde la lógica formal hasta los métodos del pensar reflexivo. Entendemos que, mediante la aplicación correcta de los métodos (deductivo, inductivo, abductivo) y de las reglas de la lógica, se lograría producir un razonamiento correcto, el quiebre de las reglas de la lógica generaría un razonamiento incorrecto. No hay duda de que los métodos en el proceso de descubrimiento o develación de los hechos son fundamentales (abductivo e inductivo), así como el deductivo se emplea para la justificación interna de las decisiones judiciales porque se trata de una justificación

---

35 *Vid.* trabajo de Luis Muñoz Sabaté, *Introducción a la probática* (Barcelona: José María Bosch, 2007).

36 Jordi Nieva Fenoll, *La valoración de la prueba* (Madrid: Editorial Marcial Pons, 2010),161-164.

37 No toda la pericia aporta hechos empíricos, obtenidos mediante la aplicación d ellos métodos y procedimiento de la ciencia específica. En algunas pericias de opinión es posible que se presenten algunos datos empíricos, por ejemplo, una evaluación de una finca (ubicación, calidad del suelo, tamaño), pero habrá otros con son misceláneos (subjetivos). En el proceso no todos los hechos pueden ser sometidos a prueba empírica para comprobar la existencia o inexistencia de fenómenos, procesos o sucesos inferidos.

lógica. 4) Formación en los principios básicos de las ciencias comúnmente más empleadas en la prueba pericial, así como los procedimientos y métodos de prueba empírica.

Finalmente, el órgano del poder judicial a cargo de la formación del juez, debe establecer una estrategia dinámica para la actualización y formación continua del juez de carrera, incorporando los nuevos saberes y tendencias en las disciplinas que hemos propuesto en su formación para el ingreso a la carrera judicial y en aquellas novedosas que pueden ser empleadas en la función jurisdiccional (ej. actualmente las TIC).

Bibliografía

Aguiló Regla, Josep. "Imparcialidad y concepciones del derecho". *Juridicas*, Vol 6, no. 2 (julio-diciembre 2009): 27-44.

Ibañez, Perfecto Andrés. "Imparcialidad judicial e independencia judicial". En *Ética judicial: Reflexiones desde jueces para la democracia,* 13-42. Madrid: Fundación Antonio Carretero, 2009. http://www.juecesdemocracia.es/fundacion/publicaciones/AF_JU_PUBLICAC_ETICA.pdf

Calvo Sánchez, María del Carmen. *Control de la Imparcialidad del Tribunal Constitucional*. Barcelona: Atelier, 2009.

Carnelutti, Francesco. *Las Miserias del Proceso Penal*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Bogotá: Temis, 1997.

Fariña, Francisca, Arce, Ramón, y Novo, Mercedes. "Heurístico de anclaje en las decisiones judiciales". *Psicothema*, vol. 14, no. 1 (2002): 39-46.

Ferrer Beltrán, Jordi. *Prueba sin convicción. Estándares de prueba y debido proceso*. Madrid: Marcial Pons, 2021.

Goldschmidt, James. *Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Editorial Labor. 1936.

González de Cossío, Francisco. "Imparcialidad". *Revista del Club Español del Arbitraje*, no. 17, (2013): 17-41.

Häberle. Peter. *Pluralismo y Constitución*. Traducción de Emilio Mikunda. España: Tecnos, 2002.

Loewenstein, Karl. *Teoría de la constitución*, 2a ed. Barcelona: Editorial Ariel, 1976.

Martin, Glen. "Prólogo". En Salsavilca, David. *El deber de independencia e imparcialidad su relación con la debida motivación y el factor tiempo en la actividad jurisdiccional*. Perú: Editorial Academia de la Magistratura, 2016.

Muñoz Aranguren, Arturo. "La influencia de los sesgos cognitivos en las decisiones jurisdiccionales: el factor humano. Una aproximación". *InDRET: Revista para el análisis del Derecho*. (2001): 1-39.

Muñoz Sabaté, Luis. *Introducción a la probática*. Barcelona: José María Bosch, 2007.

Nieva Fenoll, Jordi. *La valoración de la prueba*. Madrid: Editorial Marcial Pons, 2010.

Rivera Morales, Rodrigo. "El conocimiento indiciario como evidencia inferencial". En *La prueba en el proceso. II Conferencia Internacional & XXVI Jornadas Iberoamericanas de Derecho procesal,* 153-174. Barcelona: Atelier, 2018.

Rivera Morales, Rodrigo. "La imparcialidad judicial como garantía del debido proceso". *Justicia: Revista de Derecho Procesal*, no. 1-2, Homenaje a la profesora doctora Mª. del Carmen Calvo Sánchez, (2011): 17-22.

Rivera Morales, Rodrigo. *La actividad probatoria y la valoración racional,* Barquisimeto: Editorial Jurídicas Rincón, 2010.

Rivera Morales, Rodrigo. *La prueba: análisis racional y práctico*. Madrid: Editorial Marcial Pons, 2011.

Rodríguez U., José. *La autoridad del juez y principio dispositivo*. Caracas: Editor Aníbal Álvarez A., 1984.

Taruffo, Michele. *La motivazione della sentenza civile*. Padova: Cedam, 1975.

Taruffo, Michele. *La prova dei fatti giuridici.* Milano: Giuffré, 1992.

Taruffo, Michele. "Consideraciones generales sobre la independencia de los jueces". En *La independencia judicial: un constante asedio*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2019.

Taruffo, Michele. "Jueces y política: de la subordinación a la dialéctica". Traducción de Pedro Salazar. *Isonomía,* no. 22 (abril 2005): 9-18.

Taruffo, Michele. "Entrevista con el Prof. Dr. Michele Taruffo". *Diario LA LEY*, no. 7887 25 de junio de 2012.

Taruffo, Michele, *Simplemente la verdad.* Traducción de Daniel Accatino. Barcelona: Marcial Ponds, 2010.

CAPÍTULO IX

Práctica jurisprudencial del régimen de alegación y prueba del derecho extranjero en España

Alfonso Ortega Giménez

1. Introducción

En el presente artículo se realiza un análisis del régimen de alegación y prueba del derecho extranjero conforme al ordenamiento jurídico español. Para ello, se realizará un análisis de la normativa de aplicación y, especialmente, de la jurisprudencia dictada con respecto al tratamiento procesal de la alegación y prueba del derecho extranjero, partiendo de su consideración procesal, que es ajena al principio *iura novit curia*, pero que no es equiparable, de forma completa con el tratamiento probatorio de los hechos dentro del proceso civil. De esta forma, se estudiará el objeto y alcance de la prueba del derecho extranjero en el ordenamiento jurídico español analizando, igualmente, los medios de prueba previstos en el mismo para su acreditación, prestando especial atención a la prueba pericial debido a la especial importancia que, en este ámbito, tiene para el éxito probatorio del derecho extranjero alegado por la parte. Por último, se analizarán las consecuencias legales, doctrinales y jurisprudenciales de la falta de alegación o de prueba del derecho extranjero, sin perder de vista la casuística que reina en relación el tema tratado en el presente artículo.

2. Teoría del régimen de alegación y prueba del derecho extranjero en España

2.1 Alegación y prueba del derecho extranjero

El derecho a la prueba es la posición jurídico-constitucional que posee el presente o futuro justiciable o litigante de exigirle al Estado, o al órgano jurisdiccional, el aseguramiento, la producción y valoración de los medios de prueba relevantes[1].

En términos genéricos, el derecho a la práctica probatoria es un elemento constitutivo de la legalidad probatoria, pero, en términos más precisos, es un desarrollo del derecho constitucional a la admisión de la prueba relevante. Ciertamente, el derecho a la admisión de la prueba relevante se desenvuelve en todos los momentos de la actividad probatoria, en especial, en la fase inicial del proceso, pero también en la fase de práctica probatoria, ya que la experiencia demuestra que aun la prueba debidamente admitida puede hacerse irrisoria en la actividad probatoria cuando, para su realización, se omiten las actividades necesarias (notificaciones, oportunidades de prueba o contraprueba, interrogatorios o contrainterrogatorios, alegaciones, entre otros), por iniciativa de parte u oficiosa. En consecuencia, se tiene el derecho a que la prueba admitida efectivamente se practique[2].

Siguiendo a Taruffo[3], existen tres acepciones de prueba judicial que son: el medio de prueba, la actividad y el resultado. Como medio de prueba, designa "todo elemento que pueda ser empleado para el conocimiento del hecho". Como resultado, la "demostración alcanzada". Finalmente, como actividad, indica la vinculación que se instaura entre la prueba como medio y la prueba como resultado, esto es, la relación entre el medio de prueba y la confirmación de la aserción sobre el hecho.

---

1 Taruffo, define el derecho a la prueba desde su finalidad: "El derecho a la prueba puede ser definido como el derecho de las partes de influir sobre la determinación judicial de los hechos, por medio de todas las prueba relevantes, directas y contrarias de las que se dispone". Por ello, considera el autor que reconocer el derecho de las partes a aducir las pruebas y a que se practiquen se torna ilusoria y meramente ritualista, sino se garantiza el resultado probatorio, esto es la valoración de la prueba como parte del juicio en la sede de las decisiones.

2 Taruffo usa la expresión derecho de las partes de *far assumere* las pruebas admitidas, explicando que para defenderse probando no basta con las actividades de aducción y admisión de las pruebas, sino también con su efectiva adquisición para el juicio. Lo cual implica que deben realizarse las acciones necesarias para la cristalización o concreción de la prueba para el proceso: la debida citación de testigos, la aplicación de medios coactivos para su comparecencia a los interrogatorios, las medidas necesarias para realizar la inspección judicial o la exhibición de documentos, entre otras.

3 Taruffo, usa la expresión *diritto alla proba* para referirse a la prueba desde lo constitucional como algo digno de tutela de las garantías de las partes; y explica que lo tradicional ha sido hablar *diritto delle prove* para indicar las normas que regulan la admisibilidad de los medios de prueba, los procedimientos para su asunción en el juicio y su eficacia, y las consideraciones sobre las partes, han sido sobre todo para hablar de la satisfacción de las cargas probatorias por las mismas.

La expresión "derecho a la prueba", por su carácter de principio, o derecho constitucional, se toma antes que nada como una garantía procesal que tiene efectividad en el proceso jurisdiccional, como en procedimientos administrativos y sancionatorios de diverso orden. Asimismo, puede caracterizarse como un concepto aglutinador o sistemático con respecto a otras garantías o contenidos constitucionales o legales relacionados con el derecho probatorio. En efecto, estas acepciones de prueba, con sus respectivas regulaciones en los diferentes órdenes normativos, logran englobar las diversas manifestaciones del derecho constitucional a la prueba en su configuración legislativa. Así, los litigantes (presentes o potenciales) tienen derecho a que sus fuentes de prueba se lleven al proceso, a través de los medios de prueba; asimismo, el derecho a que los medios de prueba que sirvan de sustento a la decisión judicial se hayan admitido y practicado debidamente (actividad probatoria); y, por último, el derecho a que sus argumentos o razonamientos probatorios sean sopesados por el juez en la valoración de la prueba.

El derecho a la prueba es el género de muchas garantías probatorias, del orden nacional o internacional, que recaen bien sobre los medios de prueba, como el testigo, el perito o el documento; o sobre diversas garantías probatorias o procesales, como la presunción de inocencia, la carga probatoria, la prohibición del arbitrio judicial, el derecho a la verdad, el derecho a la información o la presunción de buena fe; o sobre elementos de la actividad probatoria, como los de presentar o controvertir la prueba. Mediante una interpretación sistemática de todos estos componentes, se deduce un término genérico y abstracto, suficientemente amplio, que sirve para aglutinar las garantías probatorias y como herramienta conceptual en la realización de la justicia[4].

Para clarificar la situación actual sobre la prueba del derecho extranjero en los Tribunales españoles, es necesario iniciar una lectura pormenorizada del artículo 281 LEC:

> 1. La prueba tendrá como objeto los hechos que guarden relación con la tutela judicial que se pretenda obtener en el proceso.
>
> 2. También serán objeto de prueba la costumbre y el derecho extranjero. La prueba de la costumbre no será necesaria si las partes estuviesen conformes en su existencia y contenido y sus normas no afectasen al orden público. El derecho extranjero deberá ser probado en lo que respecta a su contenido y vigencia, pudiendo valerse el tribunal de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación.

[4] Taruffo menciona que, tradicionalmente, no se ha entendido a la prueba como garantía constitucional y que esta situación comenzó a mutar, en el caso italiano, con la jurisprudencia de la Corte Costituzionale, que con fundamento en las garantías constitucionales previstas en el art. 24 afronta también el problema del derecho de las partes a defenderse probando.

3. Están exentos de prueba los hechos sobre los que exista plena conformidad de las partes, salvo en los casos en que la materia objeto del proceso esté fuera del poder de disposición de los litigantes.

4. No será necesario probar los hechos que gocen de notoriedad absoluta y general.

Este artículo nos posiciona la prueba del derecho extranjero fuera de los hechos procesales, y de este se extrae que "el derecho extranjero debe probarse en lo que respecta a su contenido y vigencia, pudiendo valerse el Tribunal de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación". En este precepto se diferencia entre la "prueba del contenido y vigencia" del derecho extranjero, cuya obligación recae sobre la parte que lo alega, y la "aplicación" del mismo, que corresponde al tribunal una vez que ya se ha realizado (o intentado) la prueba por las partes[5].

Dado que debe alegar y probar el derecho extranjero la parte que invoque su aplicación[6], resultará irrelevante si esta ostenta la posición de demandante o de demandado[7].

El principio de cooperación internacional queda limitado en su eficacia al mero acto de la petición, sin que de él se desprenda fuerza de obligar para el Estado requerido, con independencia de que el mismo tenga concreción o articulación a través de prácticas como la reciprocidad. Junto a este principio general de las relaciones internacionales y su concreción en algunos aspectos de la cooperación judicial internacional, esta ha de ir referida a la configuración del derecho a la prueba[8].

Por otro lado, el conocimiento y la debida aplicación del derecho es, en principio, uno de los deberes del juzgador (*iura novit curia*). Legalmente este deber se manifiesta en que, además de no probarse el derecho español, incluidos los tratados internacionales ratificados por España, así como las normas procedentes de la Unión Europea que sean directamente

---

5 *Vid.* SAP de Asturias de 10 febrero de 2012, que señala que: "lo cierto es que quien invoque el derecho extranjero debe probar su contenido y vigencia, conforme establece el artículo 281.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, siendo así que en el presente caso la actora solo ha invocado en defensa de sus intereses el Derecho español, la aseguradora demandada sostuvo en su contestación que la legislación aplicable era la marroquí, pero lejos de invocar siquiera las concretas normas de la legislación marroquí que pudieran resultar aplicables […] se limitaba a invocar el principio *iura novit curia* […] el tribunal termina por aplicar la legislación española".

6 Sobre la probabilidad en materia probatoria, *Vid.* Taruffo (2002: 179-180).

7 *Vid.* STS de 27 de diciembre de 2006, que señala que "existe una numerosa y consolidada jurisprudencia sobre la necesidad de probar, por quien se alega o invoca o postula la aplicación del derecho extranjero, la existencia, el contenido y la vigencia de la norma cuya aplicación se pretende. Es lo que decía la Sentencia 31 de diciembre de 1994, con expresa referencia de que la prueba corresponde a quien invoca el Derecho extranjero".

8 Debemos diferenciar los supuestos en los que esté en juego el derecho fundamental a la prueba de aquellos en los que se trata del derecho legal de la prueba. Sobre esta distinción, véase, entre otros, Michele Taruffo, "Le droit á la preuve", en *Effetiver Rechtsschutz und Verfassungsmassige Ordnung* (Bielefeld: Gieseking-Verlag,1983), 43-44.

aplicables en los estados miembros, incluida España, conforme al artículo 218.1 LEC[9], en el cual se señala que el juzgador "resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes".

Con la LCJI se ha buscado incidir en uno de los aspectos más controvertidos del sistema español de alegación y prueba del derecho extranjero. Nuestro sistema se caracteriza por ser un sistema mixto que combina el principio de alegación y prueba a instancia de parte, con la posibilidad de que el Tribunal complete dicha prueba, valiéndose de cuantos medios de averiguación estime necesarios. El artículo 33 de la LCJI señala expresamente lo siguiente:

> 1. La prueba del contenido y vigencia del derecho extranjero se someterá a las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil y demás disposiciones aplicables en la materia.
>
> 2. Los órganos jurisdiccionales españoles determinarán el valor probatorio de la prueba practicada para acreditar el contenido y vigencia del derecho extranjero de acuerdo con las reglas de la sana crítica.
>
> 3. Con carácter excepcional, en aquellos supuestos en los que no haya podido acreditarse por las partes el contenido y vigencia del derecho extranjero, podrá aplicarse el Derecho español.
>
> 4. Ningún informe o dictamen, nacional o internacional, sobre derecho extranjero, tendrá carácter vinculante para los órganos jurisdiccionales españoles.

Decantándose por la aplicación de la *lex fori*, que es la tradicional en nuestro sistema y la mayoritaria en los sistemas de Derecho Internacional privado de nuestro entorno. Es, asimismo, la solución que más se adecua a la jurisprudencia constitucional de la que se deduce que la desestimación de la demanda conculcaría en determinados supuestos el derecho a la tutela judicial efectiva.

Debe entenderse que la falta de prueba del derecho extranjero dentro de un proceso judicial es algo excepcional que solo sucederá cuando las partes no consigan probar el derecho extranjero, y sin olvidar la posibilidad de que el tribunal coopere en la acreditación de dicho contenido. Además, han de respetarse los sistemas específicos que en leyes especiales prevean otras soluciones iguales o diversas, por referencia, por ejemplo, a la normativa de protección de consumidores y usuarios, así como a la registral civil. Además, el artículo 33 de la LCJI clarifica la interpretación del valor probatorio de la prueba practicada con arreglo

[9] Comoglio, Luigi Paolo; Ferri, Corrado; Taruffo, M. *Lezioni sul processo civile. I. Il processo ordinario di cognizione.* 4° edición. (Bologna: Il Mulino, 2006), 415, niegan que pueda hablarse propiamente de prueba de la norma jurídica, sin perjuicio de que la parte colabore con el juez en la laborar de establecer la existencia de una norma como ocurre cuando se trata de normas extranjeras, antiguas o consuetudinarias.

a los criterios de la sana crítica y determina el valor de los informes periciales sobre la materia. No será necesaria la prueba del derecho extranjero por las partes cuando el tribunal, por alguna razón, tiene ya un exacto conocimiento de tal derecho, pues en ese supuesto deberá aplicarlo de oficio[10]. Por otro lado, no será necesario probar el derecho extranjero cuando la parte lo invoca como mero apoyo de sus pretensiones y no para que sea aplicado por el tribunal español al fondo del asunto.

En cuanto a la iniciativa de la actividad probatoria el artículo 282 de la LEC dispone que: "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". Se establece así un sistema de cooperación entre juez y partes, aunque el papel respectivo dista de ser claro.

No obstante, ha de quedar meridianamente claro que las facultades de los juzgados y tribunales en relación a la práctica de oficio de la prueba del derecho extranjero son potestativas y, en este sentido, se considera de especial interés lo manifestado por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, de 8 de enero de 2019, que señala lo siguiente: "En este sentido, nuestra jurisprudencia ha afirmado que los órganos judiciales tienen la facultad, pero no la obligación de colaborar a la determinación del contenido del derecho extranjero en su caso invocado, con los medios de averiguación que consideren necesarios. Y ha establecido la distinción entre las normas de conflicto, que se limitan a indicar cuál es el derecho material aplicable a una relación jurídica controvertida, las cuales según el párrafo primero del artículo 12 del Código Civil deben ser observadas de oficio, y el propio derecho material, al que no se refiere dicho precepto y que en ningún caso puede ser determinado por el Tribunal." En consecuencia, el ejercicio de las facultades de averiguación de oficio de la vigencia y contenido del derecho extranjero de aplicación es completamente potestativo, sin que en ningún caso puedan considerarse como facultades imperativas, debiendo tenerse en cuenta que, por lo general, no se emplearán estas facultades para suplir la carga de la parte en lo que respecta a la prueba del derecho extranjero que considera de aplicación a la resolución de la controversia.

[10] *Vid.* STS de 10 de junio de 2005, que señala expresamente que "en nuestro ordenamiento, el Tribunal está facultado para valerse de cuantos medios de averiguación estime necesarios para la aplicación del derecho extranjero […] lo que significa tanto como que debe aplicarlo si es que lo conoce y, al final, que de hecho la aportación de parte solo sea necesaria para suplir aquella información".

2.2 Forma de probar el derecho extranjero

Debemos recordar que el derecho extranjero es un "hecho procesal" con unas características especiales, pero que no deja de ser un hecho y, como tal, debe ser alegado y probado por las partes.

Sobre esta cuestión, es necesario hacer una precisión para evitar conclusiones erróneas y es que, aunque el régimen de alegación y prueba del derecho extranjero lo deja fuera de las fronteras del principio *iura novit curia*, equiparándolo, en cierta medida, al régimen probatorio de los hechos procesales, no es una equiparación completa, pues tiene declarado nuestro Tribunal Supremo que, en el caso de que la norma de conflicto determine la aplicación del derecho extranjero a la resolución de la controversia, se produce una flexibilización de las reglas del principio de aportación que rige a la prueba de los hechos en el proceso civil, lo que explica las facultades de averiguación de oficio que tiene el órgano jurisdiccional, teniendo, además, otras consecuencias, como puede ser la posibilidad de práctica de prueba en relación con el contenido y vigencia del derecho extranjero en fase de recursos, en el caso de que en la primera instancia no haya quedado suficientemente acreditado.

Resulta interesante, en este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de abril de 2015, que señala lo siguiente:

> De acuerdo con la norma de conflicto española es aplicable el derecho extranjero, la exigencia de prueba del mismo no transforma el derecho extranjero, en cuanto conjunto de reglas para la solución de conflictos, en un simple hecho. Esto trae consigo varias consecuencias. La primera, que la infracción del derecho extranjero aplicable para resolver las cuestiones objeto del proceso es apta para fundar un recurso de casación. La segunda, que es la que aquí nos interesa, que el tribunal no queda constreñido, como en la prueba de hechos en los litigios sobre derechos disponibles, a estar al resultado de las pruebas propuestas por las partes, sino que puede valerse de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación. Así lo permite el último inciso final del art. 281.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que supone una flexibilización de las limitaciones, derivadas del principio de aportación de parte que rige en los litigios sobre derechos disponibles, que para el tribunal supondría que el derecho extranjero fuera tratado, a todos los efectos, como un hecho. Por ejemplo, le permite admitir prueba sobre el derecho extranjero propuesta en segunda instancia o incluso en el recurso de casación, como hemos afirmado en la sentencia núm. 528/2014, de 14 de octubre.
>
> Ahora bien, esta posibilidad no supone que el recurso pueda convertirse en un nuevo juicio, en el que se modifique el objeto del proceso. La prueba del derecho extranjero, incluso en apelación y casación, es posible cuando ha sido alegado en el momento procesal oportuno, que de ordinario es la demanda o la contestación a la demanda, y cuando

> sirve para fundar las consecuencias jurídicas que la parte intenta anudar a hechos y pretensiones oportunamente introducidas en el proceso, posibilitando que el tribunal aplique con más seguridad el derecho extranjero que fue oportunamente alegado. No es admisible que, mediante la aportación de prueba sobre el derecho extranjero en los recursos, se alteren los términos en que el debate ha sido fijado en la demanda, contestación y audiencia previa.

En similares términos, la Sentencia del Tribunal Supremo, de 14 de octubre de 2014, estima el recurso de casación interpuesto con base en la prueba del contenido de determinados artículos del derecho de China que se realiza en fase de casación por el recurrente, manifestando la citada Sentencia lo siguiente: "De acuerdo con el art. 281.2 LEC, el Tribunal puede valerse de los medios de averiguación que estime necesarios, aunque haya precluido el plazo de proposición, lo que constituye un supuesto excepcional que matiza los principios dispositivos de aportación de parte y el de preclusión."

Hechas las anteriores precisiones, hemos de prestar atención al artículo 33.1 de la LCJI, el cual determina que la prueba del contenido y vigencia del derecho extranjero se someterá a las normas de la LEC y de otras disposiciones sobre la materia. En principio, en cuanto a aportación de pruebas, la LEC opta por el principio de aportación de parte, existen, a nuestro juicio, excepciones que pueden desembocar en la decisión de acordar de oficio la práctica de pruebas determinadas o la aportación documental cuando lo establezca la Ley. El propio artículo 281.2 de la LEC dice: "[s]in 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 artículo 281.2 LEC, constituye una norma meramente potestativa de modo que, si bien permite al juzgador a averiguar por todos los medios que estime necesarios el derecho extranjero aplicable, no le obliga a ello.[11]

La regulación de la LEC en relación con la alegación y prueba del derecho extranjero es una regulación "de líneas generales". Es decir, puede afirmarse que el artículo 281.2 de la LEC contiene un sistema de "textura abierta" en relación con la prueba del derecho extranjero. Ello significa que el legislador español ha renunciado a elaborar en la LEC una regulación exhaustiva y minuciosa de la prueba del derecho extranjero.

Existen distintos mecanismos previstos en convenios internacionales que permite al tribunal acreditar el derecho extranjero, como es la Convención Interamericana sobre Prue-

[11] Este artículo precisa que "el Derecho extranjero deberá ser probado en lo que respecta a su contenido y vigencia, pudiendo valerse el tribunal de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación". Además, el artículo 282 LEC establece que "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".

ba e Información acerca del Derecho extranjero, hecha en Montevideo el 8 mayo 1979.[12] Instrumento de Adhesión de España del 10 de diciembre de 1987[13], el Convenio europeo acerca de la información sobre el derecho extranjero de 7 de junio de 1968[14]. Instrumento de adhesión de 2 de octubre de 1973 de España[15], Protocolo adicional al Convenio europeo acerca de la información sobre derecho extranjero, hecho en Estrasburgo el 15 de marzo de 1978[16], así como diferentes convenios bilaterales con distintos países como Méjico, Marruecos, Republica Checa, China, Bulgaria, Brasil, etc.[17]

2.3 Objeto de la prueba del derecho extranjero

Otro aspecto por determinar es ¿qué elementos del derecho extranjero en cuestión deben ser probados?, es decir, ¿cuál debe ser el alcance objetivo de la prueba? En este sentido debe probarse el contenido del derecho extranjero y su vigencia en el momento de aplicarlo.

Dos tesis se han sostenido respecto al alcance de la prueba del derecho extranjero. La primera de ellas es la denominada "tesis de la prueba mínima", en función de la cual se debe entender literalmente el precepto, por lo que solo debe probarse el contenido del derecho extranjero y su vigencia en el momento de aplicarlo. En segundo lugar, encontramos la "tesis de la prueba exhaustiva", que ha sido mantenida mayoritariamente por la práctica jurisprudencial española, entendiendo que no solo debe probarse el "contenido y vigencia" del derecho extranjero, sino que estos conceptos deben interpretarse de una forma extensiva, debiendo probar la parte interesada otros extremos del mismo[18].

Por lo que respecta a la doctrina, se sostiene que de los requerimientos jurisprudenciales en cuanto a esta materia se puede extraer que deben probarse los siguientes elementos:[19]

---

12 BOE no. 11, de 13 de enero de 1988.

13 Es un texto internacional elaborado en el seno de la CIDIP que dispone un sistema de cooperación entre los Estados que son parte del mismo, para acreditar, mediante prueba documental, pericial e informes del Estado requerido, el texto, la vigencia y el alcance de su Derecho. Este mecanismo se puede llevar a cabo directamente entre las autoridades judiciales, o por medio de la autoridad central de los Estados.

14 Más conocido como Convenio de Londres, establece un sistema de auxilio y colaboración judicial internacional en lo que respecta a la información del Derecho Extranjero.

15 BOE no. 240, de 7 de octubre de 1974.

16 BOE no. 150, de 24 de junio de 1982.

17 España ha suscrito un importante número de convenios bilaterales en los que se incluyen obligaciones recíprocas de información sobre el contenido de los respectivos ordenamientos jurídicos. México, 1984; República Checa, 1987; Uruguay, 1987; Rusia, 1990; China, 1992; Bulgaria, 1993; Marruecos, 1997; Tailandia, 1998; República Dominicana, 2003; y Argelia, 2005.

18 Alfonso Luis Calvo Caravaca y Javier Carrascosa González, *Derecho internacional privado*, 14º ed. (Granada: Comares, 2013), 443 y ss.

19 Caravaca y Carrascosa González, *Derecho internacional privado,* 465-466.

a) El contenido literal del Derecho material extranjero: se debe acreditar el contenido literal de las normas materiales de tal Derecho, no basta con una "mera cita aislada de disposiciones extranjeras"[20];

b) El contenido literal de las normas de conflicto extranjeras: se debe probar que las normas de conflicto del derecho invocado no provocan un "reenvío" en favor del derecho español, pues en caso contrario el juez español no estaría fallando de la misma forma que lo haría un tribunal del país en cuestión[21]. Cabe decir que la prueba de este extremo no ha sido requerida por muchos tribunales;

c) La vigencia y existencia del derecho extranjero;

d) La interpretación concreta de las normas del derecho extranjero; y

e) La aplicabilidad del derecho extranjero al caso concreto[22].

La persona que invoque el derecho extranjero deberá acreditar su contenido y vigencia por los medios de prueba admitidos en la ley española, sin embargo, para su aplicación "el Juzgador podrá valerse además de cuantos instrumentos de averiguación considere necesarios, dictando al efecto las providencias oportunas"; interpretando este precepto[23], por lo que:

1. Quien invoca el derecho extranjero deberá "acreditar en juicio la existencia de la legislación que solicita, la vigencia de la misma, y su aplicación al caso litigioso"[24]. Pues se razona que "la aplicación del derecho extranjero es una cuestión de hecho, y como tal ha de ser alegada y probada por la parte que lo invoca";

---

20 *Vid*. SAP de Baleares de 27 de abril de 2006. En esta Sentencia una de las partes alega la aplicación del Derecho alemán. En primer lugar, la Audiencia Provincial dispone que tal legislación no es aplicable. En segundo lugar, dice que, aun en caso de que resultara aplicable, la parte debería "procurar al juzgador una certificación expedida por la autoridad diplomática alemana acreditativa de la normativa vigente en dicho Estado que resulte de aplicación al caso, debidamente acreditada", y en cambio se ha limitado a "exponer sucintamente cuáles son los criterios indemnizatorios existentes en Derecho Alemán, pero sin citar ni probar la legislación alemana aplicable". Por estos motivos no podría admitirse la prueba del Derecho extranjero en este supuesto.

21 *Vid.* SAP de Madrid de 22 de diciembre de 2008. Sentencia en la que resulta aplicable la legislación mexicana, y que dispone: "La Ley aplicable es […] la Ley Mejicana […] sin que exista reenvío a la Ley Española en cuanto el artículo 13 del vigente Código Civil Federal de México de 1928 no contempla expresamente el supuesto que nos ocupa". Se pronuncia expresamente acerca de las normas de conflicto de la ley extranjera.

22 *Vid.* STS de 27 de diciembre de 2006, que señala que "existe una numerosa y consolidada jurisprudencia sobre la necesidad de probar, por quien se alega o invoca o postula la aplicación del Derecho extranjero, la existencia, el contenido y la vigencia de la norma cuya aplicación se pretende."

23 *Vid.* STSJ de Madrid de 11 de enero de 1999.

24 *Vid.* STS de 3 febrero de 1975 y de 31 de diciembre de 1994, que hacen expresa referencia de que la prueba corresponde a quien invoca el Derecho extranjero.

2. Se estructura a nivel legal y jurisprudencial: una amplia facultad investigadora que tiene el juez de instancia a la hora de determinar el derecho extranjero aplicable, no quedando vinculado por las aportaciones de las partes en la que razona que: "Aunque en sentido genérico se habla, en efecto, de la prueba del derecho extranjero, criterio que responde en España a una tradición que arranca de la L. 18, Tít. 14 de la Partida 3ª, la evolución doctrinal y jurisprudencial nunca equiparó en sentido estricto la prueba del derecho extranjero con la prueba de los hechos, pues se ha entendido que no son supuestos idénticos la justificación o acreditación de la norma extranjera y la prueba de los hechos. Se ha hecho notar, en este sentido, que el *iura novit curia*, aun atenuado respecto del derecho extranjero no se excluye como principio en cuanto al conocimiento de las normas no nacionales, si bien las partes deben cooperar con el juez en la busca de la norma extranjera suministrándole los medios de conocimiento, de manera que más que una actividad probatoria en sentido estricto se trata de una colaboración entre las partes y el órgano. En nuestro sistema procesal vigente, tras la redacción del Título Preliminar del Código Civil, el artículo 12.6 deja claro: a) que la norma extranjera se 'acredita'; b) que en su función de aplicador el Juzgador puede valerse de cuantos instrumentos de averiguación considere oportunos. El término 'acreditar' no está empleado de manera vulgar, sino en sentido técnico, lo cual significa que no es necesario que la verificación o comprobación del contenido y vigencia de la norma extranjera se ajuste a las reglas de la prueba rigurosa, sino que responde a los postulados más abiertos de la prueba denominada doctrinalmente 'libre', o en otras palabras, prueba que presupone la libertad de medios probatorios (siempre que sean lícitos y se obtengan por medios no prohibidos), y la libertad de valoración o apreciación. Si el juzgador, con la aportación de las partes no se considera suficientemente ilustrado debe y puede actuar de oficio e investigar la norma aplicable";

3. Es posible el uso de las diligencias finales para lograr un conocimiento adecuado del derecho extranjero aplicable, máxime cuando se alegan normas extranjeras y se acreditan en forma defectuosa o contradictoria, siendo interesante al respecto la Sentencia del Tribunal Supremo, de 15 de noviembre de 1996, en la que se consideró ajustada a derecho la solicitud, por parte del juzgado conocedor de la controversia de la Embajada de los Estados Unidos y de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia Español, de informe sobre las normas de Derecho internacional privado o de conflicto aplicables en el Estado de Maryland, utilizando para ello el mecanismo conocido como diligencias para mejor proveer, equivalente procesal a las actuales diligencias finales; y

4. Cuando el derecho extranjero no ha quedado probado en forma alguna o con la suficiente claridad o seguridad, lo procedente no es desestimar la demanda, sino aplicar la legislación española.

Por tanto, para ser eficaces en la prueba del derecho extranjero será recomendable probar no solo la exacta entidad del derecho vigente, sino su alcance y autorizada interpretación, de suerte que su aplicación no suscite la menor duda razonable a los tribunales españoles, y todo ello mediante la pertinente documentación fehaciente[25].

No cabe confundir la prueba de "legislación" vigente en un determinado territorio, con la prueba "del derecho" aplicable, concepto este referido a la forma en la que la sociedad y los tribunales de aquel lugar solucionan sus conflictos, no siempre mediante la aplicación de legislación formalmente promulgada, lo que, por lo demás, constituye un hecho notorio en aquellos países en los que rige el *Common Law*. El tribunal del foro debe fallar como lo haría un tribunal extranjero.

De esta última interpretación, sacamos varias ideas:

a) En principio, todas las normas extranjeras son de aplicación. La remisión que hace la norma de conflicto española al derecho extranjero es íntegra. No solo se incluyen las normas de derecho interno, sino las normas especiales de derecho extranjero y las de extensión. Pero el juez español no aplicará la norma de conflicto española salvo que se admita el reenvío por retorno y el reenvío de segundo grado;

---

[25] Sin perjuicio de las distintas doctrinas existentes en relación con el alcance del objeto de la prueba del Derecho extranjero, no cabe duda de que el alcance mínimo del objeto de la prueba del Derecho extranjero abarcará siempre el contenido y la vigencia de las disposiciones alegadas, siendo esta consideración estable en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, como se puede observar, por ejemplo, en las siguientes sentencias del Tribunal Supremo que se citan a efectos ilustrativos: la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 1971, que señala que: "Las sentencias conformes de ambas instancias no accedieron a la separación conyugal por abandono del hogar solicitada en la demanda por el marido, ni a la pedida en la reconvención por la esposa y basada en adulterio. Ante esta situación ambos litigantes interponen sendos recursos de casación. Al tratarse de un matrimonio de nacionalidad norteamericana, determina en primer lugar el Tribunal Supremo la legislación aplicable, señalando que la normativa aplicable instaura el principio del estatuto personal para resolver conflictos de leyes en el espacio en materia de familia, estado y capacidad legal de las personas. Por otro lado, ese derecho extranjero debe ser acreditado de modo pleno e indubitado, en cuanto a texto y en cuanto a su sentido o interpretación, lo que no ocurrió en el caso, circunstancia que, por otra parte, no puede ser suplida por la conformidad de las partes. Concluye la Sala, junto a otros pronunciamientos, desestimando ambos recursos. "En similares términos, la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de junio de 1969: "La Audiencia Territorial, confirmando la sentencia dictada de primera instancia absolvió a los esposos litigantes, de nacionalidad finlandesa, de las recíprocas peticiones de separación conyugal instadas. Interpone recurso de casación, contra tal resolución, la esposa reconviniente. Señala la Sala que, para los pleitos en que se ventilen cuestiones familiares o que afecten al estado de las personas, ha de aplicarse la legislación del país de los litigantes, cuestión que es irrenunciable por ellos. También manifiesta que la legislación extranjera ha de ser probada en el pleito, como mera cuestión de hecho, para que pueda ser aplicada, por lo que, no habiéndose llevado a cabo actividad probatoria de esta naturaleza, desestima el recurso. Por último, la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de septiembre de 1990: el Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto por el recurrente, que alega la falta de aplicación en España de derecho extranjero en embarcación asegurada por Compañía francesa, y señala que es doctrina reiterada de la Sala que la aplicación del derecho extranjero es una cuestión de hecho que ha de ser alegada y probada, por lo que el Juzgador de instancia ha aplicado correctamente el Derecho español al caso: montante del daño, por el valor en venta de la embarcación."

b) Debe aplicarse toda fuente extranjera de la que emanan las leyes, incluso instituciones jurídicas de origen extranjero;

c) El derecho extranjero debe aplicarse con la interpretación dada por sus tribunales; y

d) Se aplicarán las normas de derecho público o privado siempre que tengan efecto sobre los particulares.

2.4 Medios de prueba del derecho extranjero

La fuente de prueba es un medio de conocimiento que es conducido al proceso por los medios de prueba, y que en el ámbito extraprocesal podría tener o no una regulación legal estricta, pero en todo caso se constituye en un medio de conocimiento empírico sobre los hechos. En muchos casos las fuentes de prueba tienen regulaciones constitucionales o legales que condicionan su validez jurídica, pero solo pueden sustentar una decisión judicial si surten la configuración legal de los medios de prueba[26].

En relación con los medios de prueba del derecho extranjero[27] el Tribunal Supremo analiza esta cuestión, en la Sentencia de 4 de julio de 2006[28] y pone de relieve la posibilidad de utilizar "todos los medios de prueba a su alcance", que venimos a enumerar:

a) Documentos públicos o intervenidos por fedatarios públicos que pueden aportarse al proceso mediante las correspondientes certificaciones: el documento extendido por fedatario público es el medio de prueba más extendido en nuestros Tribunales y que, aunque venga a determinar la vigencia y contenido, queda limitado por la falta de interpretación y de aplicación de la norma al caso concreto[29]. La propia alusión en la interpretación de la normativa a aplicar, hecho muy necesario en cualquier litigio, va a restar fuerza probatoria y deberemos complementarla. Estas certificaciones son fáciles y rápidas de conseguir, pero tienen el inconveniente de que no pueden probar el con-

---

26 Al respecto, Taruffo menciona que "el primer momento en que entra en juego la regulación jurídica de la prueba es aquel en el que se trata de decidir qué elementos de prueba pueden ser empleados en el proceso".

27 El artículo 281.2 de la LEC establece la necesidad de probar el derecho extranjero, pero no hace especial referencia a los medios que se pueden utilizar para llevar a cabo tal tarea. Con la nueva regulación, la jurisprudencia ha desarrollado el precepto de la LEC de la misma forma que se aplicaba el del Código Civil, de manera que debe probarse por los medios de prueba principalmente recogidos en el artículo 299 de la LEC. La jurisprudencia da especial importancia a dos medios: la prueba documental y la prueba pericial.

28 La Sentencia señala lo siguiente: "quien debe probar la existencia y vigencia del derecho que debe ser aplicado a la relación jurídica de que se trate […] mediante testimonio conforme de dos jurisconsultos del país respectivo aportado por los autos".

29 Artículo 317 de la LEC: "tipos de documentos públicos en el ámbito general en materia civil."

tenido de tal derecho, su alcance o su aplicabilidad. Tan solo pueden probar su texto literal y, en su caso, la vigencia del mismo.[30]

b) Prueba pericial: consiste en un informe elaborado por "expertos en el derecho extranjero" que se quiere probar, así lo establece el artículo 335 de la LEC[31]. Los "expertos" pueden ser tanto del país cuyo derecho se trata de probar como de otra nacionalidad, incluso española. Este es el medio de prueba más completo y que puede y debe probar no solo la vigencia y contenido del derecho extranjero, sino también su interpretación y aplicación al caso concreto, como complemento a la documental pública. Sin embargo, no es un medio de prueba admisible el llamado "informe de parte", un informe redactado por expertos legales a instancia de una parte, en el que el experto "toma partido" en favor de las pretensiones concretas de la parte.[32]

Se ha de puntualizar que, en cualquier caso, el informe pericial aportado deberá ceñirse única y exclusivamente a la acreditación del contenido y vigencia del derecho extranjero, sin que pueda entrar a valorar cuestiones relativas al fondo de la controversia, siendo interesante, en este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 26 de julio de 2017[33].

c) Sobre los documentos privados: debe ser inadmitida la aportación de simples copias de normas seleccionadas, ya sean fotocopiadas o simplemente transcritas y copiadas de Internet; obviamente, no prueban la vigencia y/o contenido del derecho aplicable. La aportación de colecciones privadas y textos autorizados de doctrina extranjera puede constituirse como complemento del resto de pruebas sin que pueda constatarse la

---

30 José Carlos Fernández Rozas y Sixto Sánchez Lorenzo*, Derecho Internacional Privado,* 7ª edición (Navarra: Civitas, 2013), 177.

31 Artículo 335 de la LEC que establece lo siguiente: "1. Cuando sean necesarios conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto o adquirir certeza sobre ellos, las partes podrán aportar al proceso el dictamen de peritos que posean los conocimientos correspondientes o solicitar, en los casos previstos en esta ley, que se emita dictamen por perito designado por el tribunal. 2. Al emitir el dictamen, todo perito deberá manifestar, bajo juramento o promesa de decir verdad, que ha actuado y, en su caso, actuará con la mayor objetividad posible, tomando en consideración tanto lo que pueda favorecer como lo que sea susceptible de causar perjuicio a cualquiera de las partes, y que conoce las sanciones penales en las que podría incurrir si incumpliere su deber como perito. 3. Salvo acuerdo en contrario de las partes, no se podrá solicitar dictamen a un perito que hubiera intervenido en una mediación o arbitraje relacionados con el mismo asunto".

32 *Vid.* SAP Tarragona de 13 abril de 2011. "El demandado ha acreditado la vigencia del derecho común a los litigantes con la certificación del Cónsul de Holanda, y el derecho aplicable por medio de los informes de los letrados holandeses oportunamente aportados a los autos".

33 La citada Sentencia pone de relevancia, en relación con los informes periciales aportados para acreditar el Derecho extranjero alegado "la falta de virtualidad de aquellos en todo lo que excedan de la finalidad de demostrar el contenido y vigencia del derecho irlandés, que es la que legalmente tienen asignada los elementos de prueba enderezados a la acreditación del Derecho extranjero (artículo 281.2 de la LEC).

certeza. Aunque la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha sido reacia durante años a admitir estos documentos para probar el derecho extranjero, no hay por qué eliminarlos radicalmente como "medios de acreditación del derecho extranjero". Habrá que decidir en cada caso concreto si un determinado documento privado, como, por ejemplo, un autorizado texto doctrinal extranjero, puede servir para acreditar el derecho extranjero "con certeza"[34].

Debemos indicar también que el artículo 33.4 de la LCJI indica que ningún dictamen vinculará a los órganos judiciales internacionales, como ya había indicado la jurisprudencia tiempo atrás. La solución que debe aportar en un eventual avance jurisprudencial, debe limitar la aportación probatoria al mero conocimiento del juez respecto a la vigencia, contenido e interpretación del derecho extranjero[35]. El artículo 33.2 de la LCJI determina que los tribunales determinarán el valor probatorio de la prueba practicada de acuerdo con las leyes de la "sana crítica". Este precepto destaca un avance respecto a la línea dura que representa la jurisprudencia, por lo que el juez será libre de verificar la acreditación del derecho extranjero, sin que exija todos los medios que pide el Tribunal Supremo, aunque puede darse el caso de que el juez pida aun más pruebas al no quedar convencido[36].

Respecto a la prueba pericial, es aquella donde un especialista en una cierta materia analiza el caso en cuestión, informándole sus conclusiones al juez. Estos peritos no tienen relación con las partes en litigio y deben brindar información que no sea tendenciosa. En concreto, podemos establecer que una prueba pericial tiene como objetivo estudiar a fondo y examinar un hecho concreto, un comportamiento e incluso un simple objeto para poder establecer no solo las causas del mismo, sino también sus consecuencias y cómo se produjo. Cualquier prueba pericial que sea utilizada en un proceso judicial hay que saber que está respaldada por varias garantías, tales como su competencia, su imparcialidad e, incluso, las garantías de su instrucción.

---

34 *Vid.* SAP de Madrid 12 abril de 2011. "No haberse acreditado el derecho extranjero de aplicación al caso, "tanto en lo que respecta a su contenido como a su vigencia, dada la no exigencia de su conocimiento por los jueces y tribunales españoles" considerándose insuficiente, al respecto, las fotocopias de la legislación rumana que, no traducidas al castellano, se aportaron junto con el escrito rector del procedimiento".

35 El artículo 33.4 recoge la última novedad en este campo. Según la jurisprudencia del TS el dictamen pericial debía ser elaborado por dos jurisconsultos de nacionalidad del Estado cuyo derecho es objeto de prueba. Con el artículo 33.4 de la LCJI, se abre la posibilidad a todos aquellos informes o dictámenes realizados por un experto, con independencia de su nacionalidad. Es decir, sin tener en cuenta la nacionalidad de quién los emite. Además, a diferencia del art. 281.2 de la LEC, el art. 33.4 de la LCJI, recoge que ningún informe, ya sea nacional o internacional, tendrá carácter vinculante para los operadores jurídicos.

36 El artículo 33.2 de la LCJI recoge expresamente (a diferencia del art. 281.2 de la LEC) que los jueces deberán aplicar las reglas de la sana crítica para determinar el valor probatorio de la prueba practicada para acreditar el contenido y vigencia del derecho extranjero.

Es así como la prueba pericial consistirá en la aportación emitida por persona experta o entendida en materia concreta, con conocimientos científicos, artísticos, teóricos o prácticos, para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto litigioso o para adquirir certeza sobre aquellos.

Serán las partes las que, bien en la demanda, bien en la contestación, presenten el dictamen pericial del que intenten valerse. Ello, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 337 de la LEC.

Si cualquiera de las partes fuese titular del derecho de asistencia jurídica gratuita, no tendrá que aportar con la demanda o la contestación el dictamen pericial, sino simplemente anunciarlo, a los efectos de que se proceda a la designación judicial de perito, conforme a lo que se establece en la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita[37].

El demandante o el demandado, aunque no se hallen en el caso del apartado anterior, también podrán solicitar en sus respectivos escritos iniciales que se proceda a la designación judicial de perito, si entienden conveniente o necesario para sus intereses la emisión de informe pericial. En tal caso, el Tribunal procederá a la designación. Dicho dictamen será a costa de quien lo haya pedido, sin perjuicio de lo que pudiere acordarse en materia de costas. Para este extremo, se seguirá lo preceptuado en los artículos 341 y siguientes de la LEC.

a) Condiciones de los peritos

Los peritos deberán poseer el título oficial que corresponda a la materia objeto del dictamen y a la naturaleza de este. Si se tratare de materias que no estén comprendidas en títulos profesionales oficiales, habrán de ser nombrados entre personas entendidas en aquellas materias (= artículo 340 LEC).

Podrá, asimismo, solicitarse dictamen de academias e instituciones culturales y científicas que se ocupen del estudio de las materias correspondientes al objeto de la pericia. También podrán emitir dictamen sobre cuestiones específicas las personas jurídicas legalmente habilitadas para ello.

En los casos del apartado anterior, la institución a la que se encargue el dictamen expresará, a la mayor brevedad, qué persona o personas se encargarán directamente de prepararlo, a las que se exigirá el juramento o promesa previsto en el apartado segundo del artículo 335.

b) Recusación y tacha

La recusación de los peritos consiste en que, una vez nombrado uno, se pide que se nombre otro antes de que empiece a llevar a cabo su actividad, debido a que existen motivos

[37] Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita.

que pueden poner en peligro su imparcialidad. Solo pueden ser recusados los peritos designados judicialmente.

Si bien los peritos propuestos de parte, no pueden ser recusados, sí pueden ser "tachados". La tacha de los peritos consiste en que, aunque emitan un dictamen, este no sea perfectamente válido, ya que hay alguna circunstancia que pone en duda su imparcialidad (artículo 343 de la LEC).

c) Actuación en vista

Los peritos tendrán en el juicio o en la vista la intervención solicitada por las partes, que el tribunal admita. El Tribunal solo denegará las solicitudes de intervención que, por su finalidad y contenido, hayan de estimarse impertinentes o inútiles, o cuando existiera un deber de confidencialidad derivado de la intervención del perito en un procedimiento de mediación anterior entre las partes.

En especial, las partes y sus defensores podrán pedir:

1. Exposición completa del dictamen, cuando esa exposición requiera la realización de otras operaciones, complementarias del escrito aportado, mediante el empleo de los documentos, materiales y otros elementos a que se refiere el apartado 2 del artículo 336.
2. Explicación del dictamen o de alguno o algunos de sus puntos, cuyo significado no se considerase suficientemente expresivo a los efectos de la prueba.
3. Respuestas a preguntas y objeciones, sobre método, premisas, conclusiones y otros aspectos del dictamen.
4. Respuestas a solicitudes de ampliación del dictamen a otros puntos conexos, por si pudiera llevarse a cabo en el mismo acto y a efectos, en cualquier caso, de conocer la opinión del perito sobre la posibilidad y utilidad de la ampliación, así como del plazo necesario para llevarla a cabo.
5. Crítica del dictamen de que se trate por el perito de la parte contraria.
6. Formulación de las tachas que pudieren afectar al perito.

El Tribunal podrá también formular preguntas a los peritos y requerir de ellos explicaciones sobre lo que sea objeto del dictamen aportado, pero sin poder acordar, de oficio, que se amplíe, salvo que se trate de peritos designados de oficio conforme a lo dispuesto en el apartado 5 del artículo 339, procediendo a valorar los dictámenes periciales según las reglas de la sana crítica.

A modo de ejemplo, podemos señalar el Dictamen Jurídico sobre el Régimen de nulidad matrimonial en Cuba y su carácter contrario al orden público español (a propósito de la

declaración de nulidad de un matrimonio entre español y cubana, celebrado en Cuba). En la cual las consideraciones periciales son las siguientes:

1. Aspectos generales sobre la nulidad matrimonial y el régimen de alegación y prueba del derecho extranjero.
    a) La alegación y prueba del derecho extranjero a la luz de la nueva Ley de Cooperación Judicial internacional.
    b) Qué debemos entender por derecho extranjero.
    c) La prueba del derecho extranjero.
    d) El objeto de la prueba del derecho extranjero.
2. Diferencias entre el régimen legal de nulidad matrimonial cubano y el régimen de nulidad matrimonial español.
3. Ley aplicable a la nulidad matrimonial internacional y orden público internacional.

En este dictamen pericial, después de un estudio amplio de las cuestiones planteadas, se ha llegado a la conclusión de que la ley aplicable a la nulidad de este matrimonio, de acuerdo con la norma de conflicto española, sería la cubana por corresponder con la del lugar de su celebración.

La ley personal de los cónyuges al tiempo de contraer matrimonio, no era común, y se da la circunstancia de que el marido fallece poco tiempo después de la celebración del matrimonio, de forma violenta.

En el derecho cubano, solo es posible interponer la acción de nulidad por parte de los cónyuges o del Ministerio Fiscal, quedando excluidas otras personas que puedan tener un interés legítimo y totalmente fundamentado con el asunto, como sí ocurre en el derecho español. En el derecho cubano, cuando han pasado seis meses desde la celebración del matrimonio, no cabe acción de nulidad. Dicho término es mucho más restrictivo que el previsto en la normativa española.

Las disposiciones del derecho extranjero, cuya aplicación resulta contraria al orden público internacional español, no se aplicarán en España. En el caso de rechazo de una ley extranjera por vulneración del orden público español, debemos optar por la aplicación de la ley sustantiva española.

Otro ejemplo de dictamen jurídico es el emitido sobre el "régimen económico matrimonial en el Reino Unido" (a propósito de un divorcio contencioso en España de dos ciudadanos de nacionalidad británica), el cual fue emitido al Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de San Vicente del Raspeig (Alicante). Las consideraciones periciales fueron las siguientes:

1. La familia jurídica del *Common Law.*
   1.2. Países y subgrupos pertenecientes al *Common Law*
   1.2. Conexión del régimen económico del matrimonio al *matrimonial domicile.*
   1.3. El régimen económico legal es el de separación de bienes. Asignación judicial del patrimonio según el principio de equidad.
2. Régimen aplicable al divorcio y a los efectos económicos del matrimonio.
3. Diferencias entre el régimen económico matrimonial británico y el régimen económico matrimonial español.
4. Ley aplicable y orden público internacional.

Después de un estudio amplio de estas cuestiones, se llega a las siguientes conclusiones periciales:

La ley aplicable al divorcio de estos dos ciudadanos británicos será la ley del estado "en que los cónyuges tengan su residencia habitual en el momento de la interposición de la demanda", esto es, a la ley española.

La ley personal común de los cónyuges al tiempo de contraer matrimonio, esto es, la ley británica, determinará el régimen aplicable a los efectos económicos del matrimonio.

En el derecho inglés, en caso de divorcio, el tribunal puede asignar bienes de un cónyuge al otro cónyuge, aplicando el principio de equidad. En el momento del divorcio los tribunales disponen de una amplia libertad para distribuir los ingresos y los activos de los cónyuges con el fin de lograr un resultado justo. El principio general a aplicar debe ser el de reparto igualitario de los bienes en caso de divorcio, esto es, los bienes deben ser repartidos en proporciones iguales, a no ser que exista una buena razón para apartarse de ese criterio. Además, tratándose de la vivienda familiar adquirida formalmente por uno solo de los cónyuges, se reconoce al otro cónyuge el derecho a reclamar una parte de esa propiedad fiduciaria en razón de su contribución directa o indirecta a dicha adquisición.

Las disposiciones del derecho extranjero cuya aplicación resulta contraria al orden público internacional español no se aplicarán en España. En el caso de rechazo de una ley extranjera por vulneración del orden público español, debemos optar por la aplicación de la ley sustantiva española.

Es evidente, por lo tanto, que la prueba del derecho extranjero podrá hacerse por todos los medios admitidos por nuestro ordenamiento jurídico y, aunque adquieren una especial relevancia la prueba documental pública y la prueba pericial, precisamente, por la naturaleza del objeto de la prueba, ello no quiere decir que sean los únicos medios probatorios idóneos. Estos últimos pueden ser variados, siendo de interés, por ejemplo, lo resuelto por la

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de fecha 3 de marzo de 2014, que considera un medio de prueba especialmente eficaz la aportación de una resolución judicial extranjera en la que, para un supuesto similar, se aplica el derecho extranjero invocado. En concreto, la citada Sentencia dispone lo siguiente: "Como es natural, no existe mejor prueba del contenido de derecho extranjero que la interpretación que del mismo se haga en una resolución judicial dictada por un tribunal del Estado que aplica su propio Derecho, por ello resulta pertinente la admisión de la sentencia dictada con fecha 29 de enero de 2014 por el Tribunal de Distrito de Luxemburgo, aportada por algunas de las demandadas al amparo del artículo 271.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil."

Por lo tanto, aunque se ha prestado especial atención a determinados medios probatorios, por ser los más relevantes en la práctica, se ha de tener en cuenta que habrá que estar a las circunstancias del caso concreto, que serán las que determinarán la mayor eficacia probatoria de determinados medios frente a otros.

Al respecto, Taruffo señala que la consecuencia más sobresaliente de la prueba como derecho fundamental es la fuerza expansiva y su gran importancia sistemática en el sistema jurídico. Por lo tanto, si el derecho a la prueba se toma en serio, debe asumirse con su capacidad sistemática de integrar los valores y derechos constitucionales a los componentes probatorios del bloque de constitucionalidad y del ámbito legal, e incluso el administrativo[38].

2.5 Consecuencias de la no alegación o prueba del derecho extranjero

Es supuesto bastante común que alguna de las partes no pueda alegar o, incluso, probar el derecho extranjero[39]. La LEC no ofrece soluciones a tales supuestos, por lo que ha sido tanto la doctrina como la jurisprudencia las que han establecido distintas tesis para solucionar la

[38] Lo habitual es que la doctrina, en la fundamentación de este derecho, tenga a su disposición una combinación de garantías del orden convencional y las fórmulas de garantías procesales constitucionales genéricas, como en los casos de Francia (Bergeaud, 2010), Alemania (Scherpe, 2016) e Italia (Taruffo, 1984).

[39] Taruffo se refiere a que la verdad es ideológicamente oportuna y necesaria en el proceso judicial. Lo ideológico se refiere a la fijación y a la ejecución de valores, los cuales están vinculados e incorporados a los objetivos que se asignan al proceso en general y al proceso civil en particular. El valor que gobierna los objetivos del proceso consiste en que este debe producir decisiones justas. Este objetivo del proceso más que una teoría del proceso es una postura ideológica, es decir, es un valor acerca de lo que el proceso debería hacer más que un análisis acerca de lo que se sostiene que en realidad realiza el proceso (Taruffo, 2002: 63).

cuestión, que van desde la tesis de la aplicación de oficio del derecho extranjero[40] a la tesis de la desestimación de la demanda[41]. Las tres siguientes son las más argumentadas:

a) Aplicación de oficio del derecho extranjero

Defendido por varios autores que deba aplicarse de oficio el derecho extranjero debido al carácter imperativo que tienen las normas de conflicto españolas que dicta el artículo 12.6 CC, pero tal argumento no es suficiente porque el sistema español de alegación y prueba del derecho extranjero está diseñado para que la carga de la prueba recaiga sobre las partes según el artículo 282 LEC, precepto que se aplica al artículo 281.2 de la LEC cuando se determina que el tribunal puede valerse de cualquier medio de prueba necesario para su aplicación. Aunque explícitamente se dice "la carga de la prueba", puede darse el caso de una interpretación amplia y extenderse a la alegación del derecho, de esta manera, podemos pensar que el tribunal realiza la labor de las partes corrigiendo sus errores. En contra de esta tesis podría afirmarse que va en contra del principio de congruencia de la sentencia, el principio dispositivo, y el de justicia rogada aunque, lo cierto, es que teniendo en cuenta las amplias facultades de investigación de oficio de los juzgados y tribunales en relación con el derecho extranjero, así como las especialidades del mismo, a las que se ha hecho referencia, y que impiden su equiparación completa a la prueba de los hechos, la posibilidad de aplicación de oficio del derecho extranjero es perfectamente ajustada a derecho, siendo interesante, en este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 1997, en la que por el juzgador

---

40 Tesis por la que debe aplicarse de oficio el derecho extranjero debido al carácter imperativo que tienen las normas de conflicto españolas que dicta el artículo 12.6 del Código Civil, pero tal argumento no es suficiente porque el sistema español de alegación y prueba del derecho extranjero está diseñado para que la carga de la prueba recaiga sobre las partes según el artículo 282 de la LEC, precepto que se aplica al artículo 281.2 de la LEC cuando se determina que el tribunal puede valerse de cualquier medio de prueba necesario para su aplicación. Aunque explícitamente se dice "la carga de la prueba", puede darse el caso de una interpretación amplia y extenderse a la alegación del derecho, de esta manera, podemos pensar que el tribunal realiza la labor de las partes corrigiendo sus errores. No debe aplicarse tal tesis debido a que va en contra del principio de congruencia de la sentencia, el principio dispositivo, y el de justicia rogada.

41 Es una de las tesis más defendidas. Si un litigio debe regirse por el derecho extranjero, y argumenta sobre la base del derecho español, tal parte debe ver desestimada sus pretensiones. Sus argumentos a favor se basan en la imposibilidad de la aplicación de oficio del derecho extranjero, pero que también prohíbe aplicar directamente el derecho español, además de que el tribunal no tiene la obligación de aplicar el derecho extranjero porque tal obligación recae sobre las partes. Además, el tribunal no es quien, para hacer el trabajo incorrectamente hecho por el abogado de una parte, o incluso de las dos partes, que intentan encuadrar un caso mediante la aplicación del derecho español cuando deba aplicarse el derecho extranjero. Refuerza la seguridad jurídica, porque el caso no se resolverá con otro Derecho salvo el indicado en la norma. No se deniega la justicia, por lo que no supone un *non liquet*, y no se incumple el principio de tutela judicial efectiva ya que la demanda se ha valorado como tal y se ha dado respuesta a una pretensión solicitada por la parte correspondiente. Produce además un efecto de "cosa juzgada limitado" porque una vez desestimada –sin entrar a discutir sobre el fondo del asunto– la parte que ha visto desestimada su pretensión puede volver a presentar la demanda argumentando con una causa de pedir distinta.

se aplica la ley norteamericana con base en una valoración conjunta de los distintos elementos de prueba aportados por las partes en el procedimiento[42].

La prueba de oficio se concibe mejor como un deber del juez que tiene como función la efectividad del derecho constitucional a la prueba. El carácter público o comunitario de la prueba judicial implica que la producción de la misma no pueda ser concebida como un mero acto potestativo de las partes ni mucho menos del juez. La prueba de oficio hay que concebirla como una garantía del derecho a la prueba, en la medida en que se trata de un mecanismo de dirección del juez que garantiza, en lo posible, la completitud de la prueba en el proceso[43].

b) Desestimación de la demanda

Es una de las tesis más defendidas. Si un litigio debe regirse por el derecho extranjero y argumenta sobre la base del derecho español, tal parte debe ver desestimada sus pretensiones. Sus argumentos a favor se basan en la imposibilidad de la aplicación de oficio del derecho extranjero, pero que también prohíbe aplicar directamente el derecho español, además de que el tribunal no tiene la obligación de aplicar el derecho extranjero porque tal obligación recae sobre las partes. Además, el tribunal no es quien, para hacer el trabajo incorrectamente hecho por el abogado de una parte, o incluso de los 2, que intentan encuadrar un caso mediante la aplicación del derecho español cuando deba aplicarse el derecho extranjero. Refuerza la seguridad jurídica, porque el caso no se resolverá con otro derecho salvo el indicado en la norma. No se deniega la justicia, por lo que no supone un *non liquet*, y no se incumple el principio de tutela judicial efectiva ya que la demanda se ha valorado como tal y se ha dado respuesta a una pretensión solicitada por la parte correspondiente. Produce, además, un efecto de "cosa juzgada limitado" porque una vez desestimada (sin entrar a discutir sobre el fondo del asunto) la parte que ha visto desestimada su pretensión puede volver a presentar la demanda argumentando con una causa de pedir distinta.

c) Aplicación del Derecho material español cuando no se haya podido acreditar el derecho extranjero

Tras la aprobación de la LCJI, su artículo 33.3 establece que, con carácter excepcional, se aplicara el derecho material español cuando no se haya podido acreditar el derecho

---

42 Taruffo haciendo referencia a la jurisprudencia constitucional italiana, considera que no es admisible que el ejercicio del derecho a la prueba sea una suerte de variable dependiente de exigencias técnicas relativas a la disciplina ordinaria del proceso y, por tanto, que pueda impedirse o limitarse en función de tales exigencias. Así, el derecho a la prueba es el valor prioritario, y las exigencias técnico-procesales pueden influir únicamente sobre la modalidad procesal de su actuación.

43 Para Taruffo el derecho de las partes a la prueba no significa exclusividad de las partes sobre la prueba y, por ende, tampoco implica la exclusión del poder oficioso del juez sobre la misma. Ahora bien, en caso de que la defensa probatoria de las partes pueda considerarse como "completa", el ejercido de los poderes oficiosos del juez devienen simplemente superfluos.

extranjero[44]. Por lo tanto, ha obtenido reconocimiento legal esta última tesis que defiende que se aplique el derecho material español por falta de alegación y prueba del derecho extranjero, ello evita la denegación de justicia y la vulneración del artículo 24 de la CE.

De esta manera, se viene a positivizar una solución que, desde hace años, venía siendo aplicada por los tribunales, siendo interesante al respecto, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de enero de 1999, en la que el Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el demandado frente a sentencia que lo condenó al pago de la cantidad reclamada en la demanda. Así, estima que la resolución impugnada no se ha apartado de la interpretación jurisprudencial de la regla contenida en el artículo 12, último párrafo del CC ni de la tesis aceptada de que cuando a los tribunales españoles no les sea posible fundamentar con seguridad absoluta la aplicación del derecho extranjero juzgarán según el derecho patrio[45].

Una solución similar se aplica, por ejemplo, por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, de 22 de noviembre de 2002, en la que la Audiencia Provincial estima parcialmente el recurso interpuesto contra la sentencia dictada en primera instancia. Considera la Sala aplicable la *lex fori,* por carecer de seguridad absoluta en la aplicación del derecho extranjero, y reconoce la plena validez y eficacia del acuerdo de transmisión llevado a cabo por las partes por la que se transmite la propiedad de un bien con posterioridad a la liquidación del régimen económico matrimonial, debiendo proceder la demandada al otorgamiento de la correspondiente escritura pública.

De esta forma, la misma consagra al derecho extranjero como un "hecho procesal", por lo que si no se alega ni se prueba, desaparece del proceso, pero, como aclaramos

---

44 El artículo 33.3 de la LCJI ha supuesto un cambio en cuanto a la consideración del derecho extranjero en el procedimiento judicial. Con anterioridad al nuevo artículo, la doctrina mayoritaria defendía el carácter híbrido de la norma extranjera al considerarla como un *tertium genus* entre el derecho y los hechos procesales, a tenor del artículo 281.2 de la LEC, puesto que no especifica en concreto a quién corresponde probar el derecho extranjero, abriendo la posibilidad tanto a las partes (hecho) como a los órganos judiciales (derecho). En cambio, la jurisprudencia del TS, salvo alguna excepción, ha optado por considerarlo como un hecho procesal, al interpretar el artículo 281.2 de la LEC en el sentido del derogado artículo 12.6.II del CC, el cual atribuía de forma expresa la carga probatoria a las partes.

45 En un modelo de justicia con la búsqueda de la verdad, la prueba actúa como uno de los elementos que le dan una base más o menos objetiva y, al mismo tiempo, permite la controversia. En una eventual justicia sin la búsqueda de la verdad, la prueba no sería el elemento racional de los juicios sobre los hechos, sino que solo serían ritos irracionales como el consenso, la mayoría o el capricho del gobernante o del juez; en todo caso, podría conllevar a la denegación de la jurisdicción, entendida en el sentido estricto del término. En términos de Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (Madrid: Trotta, 1995), 45, una justicia sin verdad representa una arbitrariedad por completo; en términos similares también piensa Michele Taruffo, *La prueba de los hechos*, traducción de Jordi Ferrer Beltrán (Madrid: Trotta, 2002), 54.

anteriormente, no es un mero hecho procesal; aparte de serlo, cuenta con particularidades que hacen considerarlo más que un hecho[46].

Esta tesis ha sido ampliamente seguida desde los comienzos del problema de la aplicación del derecho extranjero en el siglo XIX, así se recoge en las sentencias del Tribunal Supremo[47]. Ha llegado, también, al Tribunal Constitucional, que considera que es la solución que más respeta los preceptos constitucionales[48] y es la más seguida por los tribunales inferiores[49].

Pero debemos decir en contra de esta tesis y en contraposición con la tesis de la desestimación de la demanda que la presente teoría: 1) vulnera el carácter imperativo de las normas de conflicto españolas; 2) comporta inseguridad jurídica porque no se sabe, en un principio, que derecho se va a aplicar y 3) favorece las conductas estratégicas a la hora de elegir el derecho aplicable.

Por último, también se ha argumentado contra esta solución, que favorece estrategias de los particulares para aplicar el derecho español cuando no es realmente aplicable al supuesto[50].

---

46 *Vid*. SAP de Cádiz de 13 de marzo de 2017.

47 Ha sido sostenida por la Sala Primera del TS de 16 de diciembre de 1960, al señalar que "cuando no se alega ni se acoge nadie (en el) momento procesal oportuno a lo que dispone el artículo 10, párrafo segundo el Código Civil, los Tribunales no puedan declinar la aplicación de nuestras Leyes" renunciando a su imperio y de oficio el minar el Código Civil y aplicar su derecho extranjero que no tienen por qué conocer y que, al no alegarlo los interesados, ha de entenderse que prescindan o renuncian a su aplicación." En el mismo sentido se pronuncia el TS de 30 abril de 2008. "La sentencia impugnada que, en consecuencia, no ha infringido ninguno de los citados preceptos al aplicar correctamente al caso la norma de conflicto y, posteriormente, lo previsto en el derecho español ante la falta de acreditación del contenido y alcance del derecho extranjero, extremos que el juzgador no estaba obligado a investigar de oficio."

48 *Vid.* STC de 2 de julio de 2001: "Todo ello contrariando, a la hora de aplicar la legalidad vigente, la doctrina sentada en la materia por el Tribunal Supremo de deberse estar, en defecto de prueba del Derecho extranjero invocado en el proceso, al Derecho español, según se desprende de una reiterada jurisprudencia. Doctrina jurisprudencial que, ciertamente, es más respetuosa con el contenido del artículo 24.1 de la CE que la solución adoptada por la Sentencia impugnada de tener por decaída la demanda, dado que el Derecho español, con carácter sustitutorio del que resulta aplicable, también puede ofrecer en una situación de tráfico externo la respuesta fundada en Derecho que el citado precepto constitucional exige".

49 Precisamente, Taruffo considera que el objeto del derecho a la prueba se configura como un "derecho a la prueba relevante", lo cual implica que la garantía de la admisión de la prueba recae sobre cualquier prueba importante.

50 *Vid.* STS de 19 de febrero de 1990, que señala que: "la falta de alegación y prueba no puede conducir, como pretende el recurrente en el motivo séptimo, a la aplicación de la ley española, pues ello equivaldría al absurdo de sancionar la omisión de prueba deliberadamente querida de la norma extranjera, con la aplicación de la ley española, cuando se considerase que esta era más beneficiosa".

3. Conclusiones

Primera. Sistema "mixto" de alegación y prueba del derecho extranjero. El ordenamiento jurídico español establece un sistema "mixto" de alegación y prueba del derecho extranjero, que combina un mecanismo de alegación y prueba a instancia de parte, con la posibilidad de que los juzgados y tribunales completen dicha prueba, valiéndose de cuantos medios de averiguación estimen necesarios.

Segunda. Prueba del derecho extranjero mediante cualquier medio de prueba admitido. La tesis mayoritaria exige que la prueba tenga un objeto que vaya más allá de la simple acreditación de la vigencia y contenido del derecho extranjero, extendiéndose a cuestiones como pueden ser la prueba de las normas de conflicto extranjeras, para acreditar la inexistencia de reenvío a la ley española, así como la prueba de otras cuestiones no estrictamente normativas, como puede ser la concreta interpretación de las normas de derecho extranjero por sus propios órganos judiciales. Para la prueba del derecho extranjero se podrán emplear todos los medios admitidos en derecho, teniendo especial interés, por las propias características de las cuestiones que han de ser acreditadas, la prueba pericial.

Tercera. Ausencia de alegación o prueba del derecho extranjero = desestimación de la demanda vs. aplicación del derecho español. En el supuesto de que no se alegue, o en caso de ser alegado, no se pruebe el derecho extranjero, nos encontraríamos ante la ausencia de prueba de un elemento que, en caso de ser fundamental para el éxito de la pretensión de la parte, podría llevar a la desestimación de la demanda. En tal caso, y sin perjuicio del resultado del procedimiento para la parte que no alegó, o no probó, el derecho extranjero, una solución pasaría por la aplicación del derecho español a la resolución de la controversia, lo que es acorde a derecho y a la jurisprudencia mayoritaria, siendo, además, respetuosa con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Otra posibilidad sería la posible aplicación de oficio del derecho extranjero, teniendo en cuenta las facultades de averiguación de oficio que ostentan los juzgados y tribunales, sin perjuicio de que, el ejercicio de tales facultades no es, en modo alguno, imperativo.

Bibliografía

Abel Lluch, Xavier. "Valoración de los medios de prueba en el proceso civil". *La Ley*, Madrid: 2014.

Aguilar Benítez de Lugo, Mariano. "La ausencia de prueba del derecho extranjero" *Justicia: revista de derecho procesal*, no. 1 (1989): 73-140.

Aguilar Benítez de Lugo, Mariano. "La prueba del derecho extranjero ante los Tribunales españoles". *Revista General de Derecho*, no. 541-542 (1989): 6247-6313.

Álvarez González, Santiago, "La aplicación judicial del derecho extranjero bajo la lupa constitucional", *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 54, no. 1 (2002): 205-223.

Álvarez González, Santiago, "Aplicación judicial del derecho extranjero: la desconcertante práctica judicial, los estériles esfuerzos doctrinales y la necesaria reforma legislativa". *La ley*, no. 3 (2005): 2004-2007.

Azparren Lucas, Agustín. "Nuevas perspectivas del papel del juez frente a la aplicación judicial del derecho extranjero". *Cuadernos de Derecho judicial*. no.1 (1997):199-229.

Barrios González, Boris. "Teoría de la sana crítica". *Opinión Jurídica*. (2003). http://www.academiadederecho.org/upload/biblio/contenidos/Teoria_de_la_sana_critica_Boris_Barrios.pdf

Bonorino Pablo Raúl; Taruffo, Michel; Fernández, & Tuzet, de Miranda, "Prueba y razonamiento probatorio en derecho". En *debates sobre abducción*. Granada: Comares, 2014.

Calvo Caravaca, Alfonso Luis y Carrascosa González, Javier. "Aplicación del derecho extranjero y la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil". *Anales de Derecho*, Nº 17, (1999): 285-306.

Calvo Caravaca, Alfonso Luis y Carrascosa González, Javier. "La prueba del derecho extranjero ante los tribunales españoles". *Estudios de Deusto*, vol. 54, no. 2 (julio-diciembre, 2006): 61-109.

Calvo Caravaca, Alfonso Luis y Carrascosa González, Javier, Javier. "Aplicación del derecho extranjero en España y la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil". *Tribunales de Justicia*, no. 11 (noviembre, 2000): 1155-1170.

Calvo Caravaca, Alfonso Luis y Carrascosa González, Javier. *Derecho internacional privado*. 14º ed. Granada: Comares, 2013.

Carballo Piñeiro, Laura. "El carácter imperativo de la norma de conflicto y la prueba del derecho extranjero. Una relectura en clave procesal y constitucional". *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, no 1 (2001): 485-504.

Carrascosa González, Javier. "Desarrollo judicial y Derecho internacional privado". Granada: Comares, 2004.

Comoglio, Luigi Paolo; Ferri, Corrado; Taruffo, M. *Lezioni sul processocivile. I. Il processo ordinario di cognizione.* 3° edición. Bologna: Il Mulino, Bologna, 2005.

Cuartero Rubio, Maria Victoria. "Prueba del derecho extranjero y tutela judicial efectiva". *Derecho Privado y Constitución*, no. 14 (2000): 21-62.

Denti, Vittorio y Taruffo, Michele. "Simplifying the Taking of Evidence". En *The Eight World Conference on Procedural Law: Justice and Efficiency. General Reports and Discussions*. Ed. Wedekind, W. Antwerpen-Boston: Kluwer, 1985.

Fernández Rozas, José Carlos. "Artículo 12, apartado 6 del Código civil: Aplicación judicial y extrajudicial del derecho extranjero". *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, *t. I*, vol. 2 (1995): 973-1082.

Fernández Rozas, José Carlos y Sánchez Lorenzo, Sixto, *Derecho Internacional Privado*, 7ª edición. Navarra: Civitas, 2013.

Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 1995.

Gascón Abellán, Marina Felicia. "Concepciones de la prueba. Observaciones a un texto de Michele Taruffo". *Discusiones,* no. 3 (2003). http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcmc9m

Garau Sobrino, Federico. "Nota a SAT Baleares 17-VII-84". *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 38 (1986).

Garcimartín Alférez, Francisco José. "Nota a STS 17 diciembre 1991". *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 44 (1992).

Garcimartín Alférez, Francisco José. "La competencia judicial internacional en la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial". *Revista Diario la ley*, no. 1989 (2015).

Garcimartín Alférez, Francisco José. *Sobre la norma de conflicto y su aplicación procesal (cinco cuestiones clásicas).* Madrid: Tecnos, 1994.

González Lagier, Daniel. "Presunción de inocencia, verdad y objetividad". En *Prueba y razonamiento probatorio en derecho, debates sobre abducción.* Granada: Comares, 2014.

Marín López, Antonio. "La prueba de la Ley extranjera en la nueva LEC". en *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, no. 1 (2001): 405-424.

Muir-Watt, Horatia. *Loi étrangère*. 2ª edición. París: Dalloz Droit international, 1998.

Muñoz Aranguren, Arturo. "Bodum USA, Inc. v. La Cafetière, Inc". *Revista para el Análisis del Derecho*, no 2 (2012): 3-39.

Ortega Giménez, Alfonso. "Aplicación del derecho extranjero por los tribunales españoles para conocer de un supuesto de separación matrimonial". *Anuario de Derecho internacional Privado* (2001).

Ortega Giménez, Alfonso. "Comentario a la SAP Málaga de 30 enero 2006. Aplicación del derecho extranjero por los tribunales españoles para conocer de un supuesto de separación conyugal". *Diario de las Audiencias y de los Tribunales Superiores de Justicia*, Año XIII, no. 594 (2008).

Ortega Giménez, Alfonso y Heredia Ortiz, Pedro. "Cuestiones prácticas acerca del régimen de alegación y prueba del derecho extranjero en España. ¿Por qué debe probarse, qué debe probarse y cómo debe probarse el derecho extranjero en España?". *Revista Economist & Jurist*, no. 168 (2013).

Ortega Giménez, Alfonso. "Cuestiones prácticas acerca del régimen de alegación y prueba del derecho extranjero en España". *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, no. 1 (2014).

Ortega Giménez, Alfonso. "Cuestiones prácticas acerca del régimen de alegación y prueba del derecho extranjero en España". *Revista Actualidad Jurídica Iberoamericana*, no. 1 (agosto 2014).

Ortega Giménez, Alfonso. "Aplicación del derecho extranjero por los tribunales españoles para conocer de un supuesto de resolución unilateral de un contrato de agencia comercial internacional. Comentario a la SAP Madrid núm. 17/2013, de 18 de enero". *Revista Boliviana del Derecho*, no 18 (2014).

Ortega Giménez, Alfonso. "Aplicación del derecho extranjero por los tribunales españoles para conocer de un supuesto de responsabilidad civil extracontractual por un accidente de circulación por carretera ocurrido en Portugal. Comentario a la SAP de Pontevedra, sección 6ª 293/2014 de 16 de mayo, Rec. 959/2012", *Revista Boliviana de Derecho* no. 21 (2016).

Ortega Giménez, Alfonso. "The Allegation and Proof of Foreign Law in Spain After the New International Legal Cooperation Act". *The Italian Law Journal*, vol. 04, no. 2 (2018).

Ortega Giménez, Alfonso y Heredia Ortiz, Pedro. "Cuestiones prácticas acerca del régimen de alegación y prueba del derecho extranjero en España ¿Por qué debe probarse, ¿qué debe probarse y cómo debe probarse el derecho extranjero en España?". *Revista Economist & Jurist*, vol. 26, no. 216 (diciembre 2017-enero 2018).

Ortega Giménez, Alfonso. "El régimen de alegación y prueba del derecho extranjero en España, a propósito de la Sentencia de la Audiencia de Málaga nº 3/2019 de 8 de enero". *Revista Lex Mercatoria. Doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación,* vol. 11, art. 7 (2019).

Ortega Giménez, Alfonso. "Régimen de alegación y prueba del derecho extranjero y *Lex Loci Delicti Commissi*. Comentario de la Sentencia de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares de 13 de diciembre de 2018". *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 11, no. 2 (octubre 2019).

Ortega Giménez, Alfonso. "Régimen de alegación y prueba del derecho extranjero. Comentario a la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Esplugues de Llobregat de 19 de marzo de 2019". *Revista Diario la ley*, no. 9479, (17 de septiembre de 2019).

Ortega Giménez, Alfonso. "Régimen de alegación y prueba del derecho extranjero y *lex loci delicti commissi*". *Revista práctica de derecho CEF Legal*, Revista mensual no. 228 (enero 2020).

Ortega Giménez, Alfonso; Heredia Sánchez, Lerdys Saray y Lorente Martínez, Isabel. "Materiales de Derecho Internacional Privado para el Grado en Derecho". *Economist & Jurist*, 2ª edición. Madrid: Difusión Jurídica, 2020.

Stein, Friedrich. *El Conocimiento Privado del Juez.* Bogotá: Editorial Temis, 1999.

Taruffo, Michele. "Le droit á la preuve". En *Effetiver Rechtsschutz und Verfassungsmassige Ordnung*, 41-52 Bielefeld: Gieseking-Verlag, 1983.

Taruffo, Michele. *La prueba de los hechos*, traducción de Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Trotta, 2002.

Taruffo, Michele. "Algunos comentarios sobre la valoración de la prueba". Traducción de Daniel Gonzalez Lagier. *Discusiones no.* 3 (2003): 81-97. http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcmc9m3.

Taruffo, Michele. "Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa". *Ius et Praxis,* vol. 12, no. 2 (2006): 95-122. https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122006000200005

Taruffo Michele. "Consideraciones sobre la teoría chiovendiana de la acción. Traducción de Juan Carlos Guayacán. *Revista de Derecho Privado*, no. 12-13 (2007): 127-139. http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/562/532.

Taruffo, Michele. *La prueba*, traducción de Laura Manríquez y Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Marcial Pons, 2008.

Taruffo, Michele. "La valutazione delle prove". En *La prova nel processo civile*. Ed. Taruffo, Michele, 207-269. Milano: Giuffrè, 2012.

CAPÍTULO X

Cualificación requerida a juezas y jueces en Latinoamérica

Santiago Pereira Campos

1. Introducción: independencia judicial, capacitación e ingreso a la judicatura

El presente trabajo tiene como cometido analizar la cualificación requerida a juezas y jueces, a los efectos de determinar —horizontalmente— coincidencias y discordancias en los requisitos exigidos por los distintos países y detectar las eventuales fortalezas y debilidades en los sistemas de acceso a la judicatura.

Analizar los requisitos que los distintos sistemas jurídicos exigen para poder acceder al ejercicio de la judicatura, así como los sistemas de formación de los juezas y jueces, implica también considerar qué magistrados aspiramos a tener y cómo asegurar la independencia judicial, la carrera judicial y la calidad técnica de los baluartes de los sistemas de justicia.

Como señala Taruffo[51], al referirse a la independencia judicial, un primer aspecto importante tiene que ver con los métodos de nombramiento del juez, por la obvia razón de que un condicionamiento directo que limite su independencia puede manifestarse, ciertamente, desde el mismo momento en que es elegido.

El carácter independiente de juezas y jueces y el objetivo de lograrlo se ha visto reflejado en diferentes instrumentos normativos, de carácter internacional, constitucional y legislativo.

En mayo del año 2001, la VI Cumbre Iberoamericana de Presidentes de Cortes Supremas y Tribunales Supremos de Justicia, adoptó el Estatuto del Juez Iberoamericano, el cual regula en los artículos 1 a 6 las cuestiones referentes a la independencia.

[51] Michele Taruffo. *Páginas sobre Justicia Civil.* (Madrid: Marcial Pons, 2009), p. 83.

El artículo 1 del referido estatuto consagra el principio general de independencia estableciendo que *"[c]omo garantía para los justiciables, los Jueces son independientes en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales y se encuentran tan sólo sometidos a la Constitución y a la ley, con estricto respeto al principio de jerarquía normativa".*

Asimismo, contempla el accionar de los medios de comunicación estableciendo, en su artículo 3, que *"La utilización de los medios de comunicación social con el objeto de suplantar funciones jurisdiccionales, imponer o influir el contenido de las resoluciones judiciales, en condiciones que excedan el legítimo derecho a la libertad de expresión e información, se considera lesiva para la independencia judicial".*

En los artículos 24 a 31, el referido estatuto regula lo relativo al a capacitación de los jueces, estableciendo que el objetivo de la capacitación es la selección del más apto para el desempeño de la función judicial en una sociedad democrática, a través de mecanismos que permitan comprobar las condiciones que debe reunir todo aspirante a la judicatura y la formación de este en los conocimientos y las destrezas propias de su función, con una orientación teórico-práctica que incluya, en la medida de lo posible, un período de pasantías en órganos jurisdiccionales.

En relación a los Centros de Capacitación, el artículo 25 del referido estatuto establece que las Escuelas Judiciales deben asumir la responsabilidad de la formación inicial de los jueces y, en su caso, de los que pertenecen a la carrera judicial, siguiendo las indicaciones, en su caso, del órgano superior de gobierno judicial, en cuanto a los propósitos que deben perseguirse con esa formación, diseñando, planificando y ejecutando los programas educativos y valorando sus resultados.

Por su parte, en los Principios Básicos Relativos a la Independencia de la Judicatura, confirmados por la Asamblea General de Naciones Unidas en sus Resoluciones 40/32 de 29 de noviembre de 1985 y 40/146 de 13 de diciembre de 1985, se consagran claros lineamientos formulados para orientar y fomentar a los Estados miembros en su tarea de garantizar y promover la independencia de la judicatura.

De acuerdo a dicha consagración de principios, los mismos deben ser tenidos en cuenta y respetados por los gobiernos en el marco de la legislación y la práctica nacionales y ser puestos en conocimiento de los jueces, los abogados, los miembros de los poderes ejecutivo y legislativo y el público en general, siendo de aplicación tanto a jueces profesionales como a jueces legos.

Sin lugar a dudas, uno de los pilares de la independencia de la judicatura es garantizar su formación y ello dependerá en gran medida de las exigencias que determinen los diferentes ordenamientos en materia de cualificación.

En el año 2009[52], el relator especial sobre la independencia de los magistrados y abogados de Naciones Unidas, puso de manifiesto la importancia de la formación de los jueces, a los efectos de evitar influencias que puedan a afectar su independencia.

Un pilar fundamental a los efectos de garantizar la debida formación de los jueces es la existencia de escuelas judiciales, aunque claro está que para cumplir su objetivo deberá garantizarse que los receptores de la capacitación no sean meros receptores de la normativa aplicable y que exista una consideración especial por los cambios socio culturales.

Este aspecto fue puesto de manifiesto por el Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), en un estudio sobre las prácticas de las escuelas judiciales en el cual se señaló que, si bien desde comienzos de la década de los noventa hasta comienzos del nuevo siglo, en la región se produjeron reformas a los procesos penales y se fundaron las primeras escuelas judiciales, se puede afirmar que la capacitación se construyó como una estrategia desconectada de los proceso de cambio que se produjeron en los sistemas judiciales penales y a través de una modalidad de trasmisión de información legal o normativa[53].

A nivel latinoamericano, corresponde señalar que las primeras escuelas judiciales datan del año 1981, en Costa Rica, y 1987, en Uruguay, mientras que en los casos de Ecuador y Bolivia, la implementación de las escuelas judiciales ocurrió en el año 2009 y 2013, respectivamente[54].

Una de las recomendaciones realizadas en el Estudio sobre las Prácticas de Escuelas Judiciales antes citado, es la necesidad de interacción entre la capacitación

---

52 Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo. Informe del Relator Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, Leandro Despouy, de fecha 24 de marzo de 2009. En dicho informe se expresó:

"Además de la importancia de la formación previa al servicio y la formación inicial, el Relator Especial ha centrado su atención en las oportunidades de formación continua de los jueces. En uno de sus informes sobre una misión a un país, hizo hincapié en que la falta de formación y conocimientos profesionales adecuados conlleva una mayor facilidad de que los jueces reciban influencias. En ese contexto, el Relator Especial destaca que en la Recomendación Nº R 94) 12 se prevé específicamente la formación durante la carrera judicial, que debe ser gratuita y centrarse en particular en la legislación y la jurisprudencia recientes. En el Estatuto del Juez Iberoamericano se afirma que en general la capacitación continuada es voluntaria, pero puede revestir carácter obligatorio en casos específicos, como casos de ascenso o reformas legales importantes. Además, se estipula que la formación continuada constituye un derecho del juez y una responsabilidad del poder judicial. En la Recomendación Nº R 94) 12 se recoge el deber de los jueces de recibir la formación necesaria para desempeñar eficiente y adecuadamente sus funciones.

En varias misiones a países, el Relator Especial observó con satisfacción que existía una institución encargada de la formación jurídica continua, o bien recomendó a los Estados miembros que no contaran con una institución de ese tipo, que la establecieran. En ese sentido, el Relator Especial también desea poner de manifiesto que algunos Estados miembros cuentan con sistemas de carrera judicial con exámenes periódicos. Esos exámenes deberían estar a cargo del órgano independiente encargado de seleccionar a los jueces y garantizar la calidad constante de la administración de justicia".

53 Leonel González y Jeremy Cooper, *Capacitación judicial en América Latina. Un estudio sobre las prácticas de las Escuelas Judiciales*, traducción de Kate Goldman (Chile: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2017), 13.

54 González y Cooper, *Capacitación judicial en América Latina*, 23-24.

judicial en América Latina y la sociedad en general, observándose que en la práctica la capacitación opera en forma introspectiva, donde la participación de disciplinas ajenas al derecho es baja[55].

Otro aspecto fundamental a la hora de garantizar la debida independencia de juezas y jueces es el establecimiento de un órgano independiente encargado de seleccionarlos, con una composición que debe ser plural y equilibrada, y que evite la politización permitiendo la participación de los propios jueces y de la sociedad civil[56].

2. La cualificación requerida a juezas y jueces en Latinoamérica

A nivel latinoamericano, puede decirse que todas las legislaciones, en mayor o menor medida, apuntan a garantizar la formación de los jueces, así como su independencia técnica, en consonancia con el sistema democrático.

En general, los diferentes regímenes prevén, a nivel constitucional, la estructura y organización del poder judicial, fijando también la forma de designación de juezas y jueces o encomendándola a la ley bajo ciertos requisitos.

Asimismo, en términos generales, en la designación de los integrantes del máximo órgano del poder judicial, se prevé la intervención de órganos legislativos y en algunos casos incluso, la elección popular.

Sin lugar a dudas que en materia de designación debería evitarse la politización de dicho proceso. En efecto, muchas veces la politización comienza con el nombramiento de los integrantes del órgano máximo dentro del poder judicial, lo que luego determina que la politización pueda trasladarse a la designación de juezas y jueces de instancias inferiores.

En este sentido, el 2 de abril de 2013, la Relatora Especial sobre la Independencia de los Magistrados y Abogados presentó un informe sobre la independencia del poder judicial en América Central, destacando que:

> Los nombramientos de magistrados de las más altas cortes, inclusive en algunos países de los jueces de instancias inferiores, se dan por decisión del poder legislativo o del

---

55 González y Cooper, *Capacitación judicial en América Latina*, 81. Sobre el punto se señala: *"Esto refuerza el hecho de que juzgar no ocurre en un vacío exclusivamente dentro de las torres de marfil de la corte o sala de audiencias. Los sistemas judiciales más efectivos son guiados por jueces que entienden las complejidades económicas, sociales y morales del mundo en el cual toman lugar sus decisiones. Las mejores prácticas de capacitación ofrecen a los jueces la posibilidad de interactuar con la sociedad en un sentido amplio a través de capacitadores, nivelaciones y otras oportunidades para fomentar esta comprensión".*

56 Recomendación realizada por el Relator Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, Leandro Despouy, de fecha 24 de marzo de 2009, p. 27.

> ejecutivo basados en criterios de selección que, si bien están establecidos en la Constitución y legislación, son muy amplios, genéricos y subjetivos, de manera que dificultan una adecuada evaluación de la integridad moral, independencia y calificaciones profesionales de los candidatos. En este sentido, a pesar de que las normas de todos los países sean acordes al principio 10 de los Principios básicos, la práctica revela la ausencia de criterios apropiados y más específicos de selección, así como la falta de transparencia y escrutinio público en los procedimientos de nombramientos o elecciones de magistrados y jueces, lo que ha permitido interferencias de partidos políticos y de grupos económicos, generando un sistema basado en favores políticos y el patronato[57].

En el mismo sentido, debe observarse que, aun en aquellos casos en que existen organismos o consejos de la judicatura a los que se encarga el nombramiento de magistrados, su sola existencia no garantiza la independencia si el órgano en su integración no logra ser independiente[58].

En el informe del relator especial sobre la independencia de los magistrados y abogados de fecha 2 de mayo de 2018 se puso de manifiesto la necesidad de que existan consejos judiciales como instrumento garante de la independencia judicial[59].

En dicho informe el relator especial consideró esencial que los miembros de un consejo judicial, ya sean jueces o no, se seleccionen sobre la base de su competencia, su experiencia, su conocimiento de la vida judicial, su capacidad para el debate y su cultura de la independencia, sobre la base de un proceso objetivo, justo y transparente en el que la judicatura, y

---

57 Informe de la Relatora Especial sobre la independencia de magistrados y abogados, Sra. Gabriela Knaul, sobre la Consulta subregional respecto de la independencia del Poder Judicial en América Central,16.

58 Al respecto, la Relatora Especial sobre la independencia de magistrados y abogados, Sra. Gabriela Knaul, sobre la independencia del Poder Judicial en América Central, señaló: *"En lo que atañe al órgano de selección, a pesar de que en la mayoría de los países se crearon instituciones de apoyo a las cortes supremas para la administración de justicia, como el Consejo Nacional de la Judicatura en El Salvador, el Consejo Nacional de Administración y Carrera Judicial en Nicaragua o el Consejo de la Judicatura y de la Carrera Judicial en Honduras (creado, pero aun no en funcionamiento), se requiere que estas instituciones sean en la práctica independientes de las cortes supremas de justicia, con miembros independientes, que establezcan procedimientos objetivos y transparentes de selección, nombramiento, promoción, remoción, suspensión y destitución de jueces. La composición de este órgano tendría que ser pluralista, con un predominio de magistrados y jueces entre sus miembros, y garantizar la participación de entidades de la sociedad civil. Además, el proceso de selección de sus miembros debería ser transparente y público".*

59 Informe del Relator Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados de fecha 2 de mayo de 2018, 16, Asimismo se expresó por parte de dicho Relator: *"Desde el establecimiento del mandato, varios Relatores Especiales han puesto de relieve el papel decisivo que desempeñan los consejos judiciales para garantizar la independencia del poder judicial y han recomendado que los Estados miembros consideren la posibilidad de establecer un órgano independiente encargado de la selección y el régimen disciplinario de los jueces, y que adopten las medidas adecuadas para garantizar que su composición sea plural y equilibrada (véase A/HRC/11/41, párrs. 24 a 30 y 97). Pueden encontrarse consideraciones similares en informes anteriores sobre la rendición de cuentas judicial (véase A/HRC/26/32, párrs. 88 a 93, 125 y 126) y la formación continua de los jueces (véase A/HRC/14/26, párr. 53), así como en una serie de informes sobre misiones a países (por ejemplo, A/HRC/35/31/Add.1, A/HRC/32/34/Add.1, A/HRC/23/43/Add.3 y A/HRC/23/43/Add.1".* (p.6).

otras partes directamente relacionadas con el sistema de justicia, deberán tener un poder de decisión sustancial sobre la selección y el nombramiento de sus integrantes.

Todo ello, con el fin de evitar la politización de los consejos judiciales, dado que un control político de esas instituciones tendría, en última instancia, el efecto contrario al previsto, generando un deterioro de la independencia del poder judicial.

En 2013, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos elaboró un informe sobre las garantías para la independencia de las y los operadores de justicia, en el que refiere, en forma específica, a los órganos de gobierno y administración de esos operadores. En este sentido, señaló que si bien no existe una norma en el derecho internacional que exigiera la creación de este órgano, el establecimiento de órganos independientes encargados de la administración y gobierno del poder judicial constituía "una buena práctica para fortalecer la independencia", instando a los Estados que carecieran de dichos organismos "a crearlos y dotarlos de las garantías que posibiliten su pleno actuar independiente en cada una de las funciones que tienen asignadas"[60].

Analizaremos a continuación las cualificaciones exigidas en algunos países para la selección de los jueces.

2.1 Ecuador

En el caso de Ecuador, se prevé a nivel constitucional la función judicial y justicia indígena, junto a las legislativa y ejecutiva. Se regula la figura del concurso y hay previsiones de política de género. La propia Constitución establece en el artículo 176:

> Los requisitos y procedimientos para designar servidoras y servidores judiciales deberán contemplar un concurso de oposición y méritos, impugnación y control social; se propenderá a la paridad entre mujeres y hombres.
>
> Con excepción de las juezas y jueces de la Corte Nacional de Justicia, las servidoras y servidores judiciales deberán aprobar un curso de formación general y especial, y pasar pruebas teóricas, prácticas y psicológicas para su ingreso al servicio judicial.

En relación a la justicia indígena se prevé a nivel constitucional en el artículo 171:

> Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres. Las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus con-

[60] Comisión Interamericana de Derechos Humanos, "Garantías para la independencia de las y los operadores de justicia: Hacia el fortalecimiento del acceso a la justicia y el estado de derecho en las Américas", 2013, párrafos 240 a 248.

> flictos internos, y que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales. El Estado garantizará que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas. Dichas decisiones estarán sujetas al control de constitucionalidad. La ley establecerá los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria.

Como órgano de gobierno, administración vigilancia y disciplina de la función judicial, se prevé a nivel constitucional el Consejo de la Judicatura, el cual tiene entre sus funciones dirigir los procesos de selección de jueces y demás servidores de la función judicial, así como, su evaluación, ascensos y sanción y administrar la carrera y la profesionalización judicial, así como organizar y gestionar escuelas de formación y capacitación judicial.

Por otra parte, los jueces de la Corte Nacional de Justicia son elegidos por el Consejo de la Judicatura conforme a un procedimiento con concurso de oposición y méritos, impugnación y control social, el cual debe propender a la paridad entre mujer y hombre.

A nivel constitucional también se establecen los requisitos para acceder a la Corte Nacional de Justicia:

- Ser ecuatoriana o ecuatoriano y hallarse en goce de los derechos políticos.
- Tener título de tercer nivel en derecho legalmente reconocido en el país.
- Haber ejercido con probidad notoria la profesión de abogada o abogado, la judicatura o la docencia universitaria en ciencias jurídicas, por un lapso mínimo de diez años.

Por su parte, el Código Orgánico de la Función Judicial[61], regula de manera exhaustiva los requisitos y exigencias para el acceso y ascenso a la carrera de la magistratura, estableciendo los principios rectores de la carrera judicial.

Así, establece que para el ingreso y ascenso a la carrera judicial se observarán los principios de igualdad, probidad, no discriminación, publicidad, oposición y méritos.

Por otra parte, en cuanto al perfil de los servidores de la función pública, se establece en el artículo 37 que deberá ser el de un profesional del derecho con una sólida formación académica; con capacidad para interpretar y razonar jurídicamente, con trayectoria personal éticamente irreprochable, dedicado al servicio de la justicia, con vocación de servicio público, iniciativa, capacidad innovadora, creatividad y compromiso con el cambio institucional de la justicia.

En cuanto a los requisitos generales para ingresar a la función judicial, el artículo 55 del referido Código exige:

---

61 http://www.lexis.com.ec/wp-content/uploads/2017/09/CODIGO-ORGANICO-DE-LA-FUNCION-JUDICIAL.pdf

1. Ser ecuatoriana o ecuatoriano y hallarse en goce de los derechos de participación política;
2. Acreditar probidad, diligencia y responsabilidad en el cumplimiento de sus obligaciones, de conformidad con el reglamento que dictará el Consejo de la Judicatura.

Por su parte, se establecen los requisitos específicos para ingresar a las carreras judicial jurisdiccional, fiscal y de defensoría pública, estableciendo que la o el postulante a ingresar a las carreras judicial jurisdiccional, fiscal y de defensoría pública, deberá ser abogada o abogado con título de tercer nivel legalmente reconocido, y presentará:

1. Certificado de calificaciones generales de carrera otorgado por la universidad en la que obtuvo el título;
2. Certificado de evaluación del periodo de práctica previa a la obtención del título de abogado otorgado por la institución en la que se lo realizó. Este requisito es válido para quienes hubieren obtenido su título con posterioridad a la expedición del reglamento que regula la práctica pre profesional obligatoria.
3. Relación escrita de las motivaciones por las cuales el postulante aspira a ingresar al servicio judicial. Esta relación se utilizará como uno de los elementos en las pruebas teóricas orales y psicológicas.
4. Declaración juramentada de no haber sido condenado por delitos de concusión, cohecho, extorsión, peculado, defraudación al Estado y demás entidades y organismos del sector público o prevaricato.

Finalmente, el referido código prevé la existencia de una Escuela de la Función Judicial, para la formación curricular, entre otras funciones.

2.2 Brasil

Los requisitos generales están establecidos en la Constitución Federal[62], la cual en su artículo 93 establece que una ley complementaria, de iniciativa del Supremo Tribunal Federal, regulará el Estatuto de la Magistratura, observando una serie de principios, entre los cuales se incluye:

- el ingreso en la carrera a través de concurso público de pruebas y títulos, con la participación de la Orden de los Abogados de Brasil en todas sus fases, atendiéndose, en las nominaciones, al orden de clasificación;
- promoción de grado a grado, alternativamente, por antigüedad y mérito,
- el acceso a los tribunales de segundo grado se hará por antigüedad y mérito,

[62] https://www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/con1988_06.06.2017/CON1988.asp

- la previsión de cursos oficiales de preparación y perfeccionamiento de magistrados como requisitos para ingreso y promoción en la carrera;
- la jubilación con remuneración íntegra es obligatoria por invalidez a los setenta años de edad, y facultativa a los treinta años de servicio, después de cinco años de ejercicio efectivo en la judicatura.

Los requisitos que debe reunir cada uno de los integrantes de los órganos del poder judicial, se encuentran establecidos a nivel constitucional.

Por su parte, la Ley Orgánica de la Judicatura Nacional[63] establece, en su artículo 2, que el Tribunal Federal Supremo, tiene jurisdicción en todo el territorio nacional, está compuesto por once ministros de por vida, nombrados por el presidente de la República, previa aprobación del Senado Federal, entre los ciudadanos mayores de treinta y cinco años, de notable conocimiento legal y reputación intachable.

Por su parte, el artículo 5 de la referida ley establece que los jueces federales serán nombrados por el presidente de la República, elegido, siempre que sea posible, en una lista triple, organizada por la Corte Federal de Apelaciones, entre los candidatos mayores de veinticinco años, de integridad moral reconocida, aprobada en concurso público de pruebas y títulos, además de cumplir con otros requisitos especificados por la ley.

2.3 Perú

La Constitución de Perú[64], a diferencia de otras de la región regula en forma bastante escueta lo concerniente al poder judicial, estableciendo en su artículo 143 que son órganos jurisdiccionales la Corte Suprema de Justicia y las demás cortes y juzgados que determine su ley orgánica.

Para ser magistrado de la Corte Suprema, a nivel constitucional se requiere:

- Ser peruano de nacimiento,
- Ser ciudadano en ejercicio mayor de cuarenta y cinco años.
- Haber sido magistrado de la Corte Superior o Fiscal superior durante diez años o haber ejercido la abogacía o la cátedra universitaria en materia jurídica durante quince años.

Asimismo, se prevé la existencia de un Consejo de la Magistratura encargado del nombramiento de jueces y fiscales y la existencia de una Academia de la Magistratura encargada de la capacitación de los jueces y fiscales en todos sus niveles.

63 http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp35.htm

64 https://www.oas.org/juridico/spanish/per_res17.pdf

El artículo 4 de la Ley de la Carrera Judicial Nro. 29.277[65], establece los requisitos generales para acceder y permanecer en la carrera judicial:

- Ser peruano de nacimiento;
- Tener el pleno ejercicio de la ciudadanía y los derechos civiles;
- Tener título de abogado expedido o revalidado conforme a ley, así como encontrarse hábil en el ejercicio profesional;
- No haber sido condenado ni haber sido pasible de una sentencia con reserva de fallo condenatorio por la comisión de un delito doloso. La rehabilitación, luego de cumplida una sentencia condenatoria, no habilita para el acceso a la carrera judicial;
- No encontrarse en estado de quiebra culposa o fraudulenta ni ser deudor alimentario moroso;
- No presentar discapacidad mental, física o sensorial debidamente acreditada, que lo imposibilite para cumplir con sus funciones;
- No haber sido destituido por medida disciplinaria del poder judicial o del Ministerio Público ni despedido de cualquier otra dependencia de la administración pública, empresas estatales o de la actividad privada por falta grave; y
- No estar incurso en ninguna de las otras incompatibilidades señaladas por ley.

2.4 Argentina

Argentina es un país cuyo Estado se encuentra dispuesto bajo la estructura de un gobierno republicano y federal, lo cual implica que cada una de las jurisdicciones individuales, las Provincias, tienen a su cargo la administración de la justicia dentro de su territorio a través de los respectivos poderes judiciales provinciales[66].

La función judicial en el territorio de la Capital federal, es desempeñada por el Estado federal lo que se conoce como administración de justicia nacional, y en el resto del territorio de la Argentina lo hace respecto de la materia específica que las provincias han delegado al Estado nacional, en lo que se llama administración de justicia federal.

La Constitución Argentina[67], establece en su artículo 108 que el poder judicial de la Nación será ejercido por una Corte Suprema de Justicia y por los demás tribunales inferiores que el Congreso estableciere.

---

65 http://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4_per_ley29277.pdf

66 Javier Mokritzky, "La realidad en Latinoamérica. Ejemplos y Modelo. Argentina", en *Gobierno Judicial. Independencia y Fortalecimiento del poder Judicial en América Latina*. (Chile: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2017), 36.

67 https://www.casarosada.gob.ar/images/stories/constitucion-nacional-argentina.pdf

Asimismo, se establece que, para ser miembro de la Corte Suprema de Justicia, se requiere ser abogado de la Nación, con ocho años de ejercicio, y tener las calidades requeridas para ser senador[68]. Los miembros de la Corte Suprema de Justicia son nombrados por la Presidencia de la Nación, con acuerdo del Senado por dos tercios de sus miembros presentes.

Por otra parte, se prevé un Consejo de la Magistratura, que tendrá a su cargo la selección de los magistrados y la administración del poder judicial. En cuanto a su integración, la norma constitucional establece que debe procurarse el equilibrio que comprenda a representantes de órganos políticos de elección popular, esto es del poder legislativo y ejecutivo, así como también a jueces, abogados, académicos y científicos.

Sus funciones comprenden un elenco de facultades en relación al gobierno del poder judicial, lo que incluye capacidades de designación y control de desempeño de magistrados, administración de los recursos económicos, materiales y humanos, establecimiento de reglamentos internos para la organización, y control sobre la ejecución del presupuesto.

Dichas facultades, conllevan una larga discusión respecto de la composición y las funciones del Consejo de la Magistratura que ha suscitado numerosos debates parlamentarios, reformas, avances y retrocesos, que ha demostrado un gran interés en el tema por parte de los distintos actores políticos[69].

Dentro de dicho consejo, se encuentra la Escuela Judicial, encargada de la formación de y perfeccionamiento de los jueces.

2.5 Cuba

En el caso de Cuba, los requisitos para el acceso a la judicatura, están establecidos en la Ley de los Tribunales Populares N° 70[70], la cual en su artículo 41 establece que para ser elegido presidente de Tribunal, Vicepresidente, presidente de Sala o juez profesional, titular o suplente, se exigen los requisitos siguientes:

- estar habilitado para el ejercicio del derecho por título expedido o revalidado por universidad o institución oficial autorizada;
- ser ciudadano cubano;
- gozar de buen concepto público y poseer buenas condiciones morales.

---

68 Artículo 55.- Son requisitos para ser elegidos senador: tener la edad de treinta años, haber sido seis años ciudadano de la Nación, disfrutar de una renta anual de dos mil pesos fuertes o de una entrada equivalente, y ser natural de la provincia que lo elija, o con dos años de residencia inmediata en ella.

69 Mokritzky, "La realidad en Latinoamérica", 37 y 42.

70 http://www.parlamentocubano.gob.cu/index.php/documento/ley-de-los-tribunales-populares/

- Además de los requisitos antes señalados, para ser elegido juez profesional titular o suplente es necesario haber ejercido como jurista, o la docencia en las facultades de derecho de alguna de las universidades nacionales, durante:
  a) ocho años, si la elección es para el Tribunal Supremo Popular;
  b) cinco años, si es para un Tribunal Provincial Popular;
  c) dos años, si es para un Tribunal Municipal Popular.

Para el ingreso o promoción en el sistema judicial, los jueces profesionales, con excepción del presidente y el vicepresidente del Tribunal Supremo Popular, deben además hallarse en la relación de aspirantes aprobados en los ejercicios de oposición que a ese efecto convoque el Ministerio de Justicia, según las normas reglamentarias que se dicten al efecto.

Por su parte, el artículo 42 prevé la existencia de jueces legos a los cuales se exigen los requisitos siguientes:

- mantener buena actitud ante el trabajo o ante la actividad de interés social que realice;
- poseer un adecuado nivel educacional y gozar de buen concepto público y poseer buenas condiciones morales.

Además de los requisitos que se establecen en el apartado anterior, para ser elegido juez lego es necesario haber cumplido:

a) treinta años de edad, si la elección es para el Tribunal Supremo Popular;
b) veinticinco años de edad, si lo es para un Tribunal Provincial Popular;
c) veintiún años de edad, si lo es para un Tribunal Municipal Popular.

En cuanto a la elección de establecer un sistema complejo dependiendo del órgano de que se trate. A vía de ejemplo el presidente y el vicepresidente del Tribunal Supremo Popular son elegidos por la Asamblea Nacional del Poder Popular, a propuesta del presidente del Consejo de Estado.

Asimismo, existe una Escuela de Formación Judicial del Tribunal Supremo Popular, creada en el año 2002.

2.6 Bolivia

En el caso de Bolivia se establece a nivel constitucional[71] que el Tribunal Supremo de Justicia es el máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria y sus integrantes elegidos mediante sufragio universal. A tales efectos, la Asamblea Legislativa Plurinacional efectuará por dos tercios de sus miembros presentes la preselección de los postulantes por cada departamento

[71] https://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_Bolivia.pdf

y remitirá al órgano electoral la nómina de los precalificados para que este proceda a la organización, única y exclusiva, del proceso electoral.

En cuanto a los requisitos se establecen los siguientes: haber cumplido treinta años de edad, poseer título de abogado, haber desempeñado, con honestidad y ética, funciones judiciales, profesión de abogado o cátedra universitaria durante ocho años y no contar con sanción de destitución del Consejo de la Magistratura. Para la calificación de méritos se tomará en cuenta el haber ejercido la calidad de autoridad originaria bajo su sistema de justicia.

Asimismo, se establece la existencia de una Consejo de la Magistratura, que entre sus cometidos tiene designar mediante concurso a los jueces de partido e instrucción.

La Ley del Órgano judicial Nro. 025/2010[72] establece en su artículo 18° los requisitos básicos para el ejercicio de la judicatura:

- Contar con nacionalidad boliviana;
- Ser mayor de edad;
- Haber cumplido con los deberes militares en el caso de los varones;
- No tener pliego de cargo ejecutoriado ni sentencia condenatoria ejecutoriada en materia penal pendiente de cumplimiento;
- No estar comprendido en los casos de prohibición, inelegibilidad ni incompatibilidad establecidos en la Constitución y Ley;
- Estar inscrita o inscrito en el padrón electoral;
- Hablar al menos dos idiomas oficiales del país en el marco de lo establecido en la Disposición Transitoria Décima de la Constitución;
- Poseer título de abogado o abogada en provisión nacional;
- No haber sido destituido con anterioridad por el Consejo de la Magistratura.

La misma Ley establece la existencia de una Escuela de Jueces del Estado como una entidad descentralizada del Órgano Judicial, que tiene por objeto la formación y capacitación técnica de los servidores judiciales con la finalidad de prestar un eficaz y eficiente servicio en la administración de justicia.

2.7 Chile

La Constitución Nacional de Chile[73] establece, en su artículo 77, que una ley orgánica constitucional determinará la organización y atribuciones de los tribunales que fueren necesarios

[72] https://www.lexivox.org/norms/BO-L-N25.html

[73] https://www.oas.org/dil/esp/constitucion_chile.pdf

para la pronta y cumplida administración de justicia en todo el territorio de la República, señalando calidades que respectivamente deban tener los jueces y el número de años que deban haber ejercido la profesión de abogado las personas que fueren nombradas ministros de corte o jueces letrados.

En cuanto al nombramiento de los jueces, se establecen a nivel constitucional una serie de preceptos a los que debe ajustarse la ley, entre ellos, necesidad de acuerdo del Senado, según el magistrado de que se trate, o ser propuestos por la Corte de Apelaciones de la jurisdicción de que se trate, en el caso de los jueces letrados.

Por su parte, el Código Orgánico de Tribunales, Ley N° 7.421[74], regula los requisitos de ingreso a la carrera judicial y los requisitos de ascenso.

A vía de ejemplo, se establece, en su artículo 252, que para ser juez de letras se requiere:

- Ser chileno;
- Tener el título de abogado, y
- Haber cumplido satisfactoriamente el programa de formación para postulantes al Escalafón Primario del Poder Judicial.
- Tratándose de abogados ajenos a la administración de justicia que postulen directamente al cargo de juez de letras de comuna o agrupación de comunas, se requerirá que, además de los requisitos establecidos precedentemente, hayan ejercido la profesión de abogado por un año, por lo menos.

El mismo cuerpo normativo regula también lo referido a las designaciones, las que, según el artículo 263, serán realizadas por el presidente de la República, con sujeción a diferentes requisitos según se trate de jueces de letra, Corte Suprema, Corte de Apelaciones y demás funcionarios judiciales.

Finalmente, a los efectos de la formación y perfeccionamiento de los jueces, existe una Academia Judicial, sometida a vigilancia de la Corte Suprema.

Respecto de la misma Vargas[75] ha señalado que

> un tratamiento diferenciado tiene en Chile la capacitación de jueces y empleados del poder judicial. Para hacerse cargo de esta tarea, la Ley 19.346 de 1994 estableció una institución particular, llamada Academia Judicial, que opera, en los límites de su mandato, como una suerte de acotado Consejo de la Judicatura, pues su dirección superior y administrativa corresponde a un Consejo Directivo integrado por el presidente de la CS, quien lo encabeza, el ministro de Justicia, un ministro de la CS, el Fiscal Judicial de la CS, un

[74] https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=25563

[75] Juan Enrique Vargas Viancos, "La realidad en Latinoamérica. Ejemplos y Modelo. Chile", en *Gobierno Judicial. Independencia y Fortalecimiento del poder Judicial en América Latina* (Chile: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2017), 89.

ministro de la Corte de Apelaciones, elegido por los funcionarios de la segunda categoría del escalafón primario del poder judicial, un miembro de esa misma categoría elegido por la asociación gremial que los representa, un representante del Colegio de Abogados y dos académicos designados por el presidente con acuerdo del Senado (art. 2).

A la Academia le corresponde administrar un programa de formación de postulantes al escalafón primario del poder judicial (jueces y secretarios de tribunales), el programa para quienes deseen optar al cargo de ministro de Corte de Apelaciones y el programa de perfeccionamiento que todos los miembros del poder judicial deben cursar para poder ser calificados anualmente en la lista de méritos.

Sobre las características de la carrera judicial, Vargas ha señalado, que la misma está organizada en forma vertical, de manera que generalmente los jueces ingresan jóvenes —en torno a los 30 años—, en su mayoría como empleados o secretarios de tribunales y con la pretensión de "hacer carrera" dentro de la institución, lo que implica ir ascendiendo de cargos de menor a mayor complejidad y en grados. Esta característica fortalece enormemente el poder de los superiores, de quienes depende el ascenso de los inferiores, el cual ejercen a través de la calificación anual que deben hacer de ellos y su intervención en la elaboración de las ternas o quinas para las designaciones, además de las facultades disciplinarias que poseen sobre ellos[76].

En el caso específico de Chile, desde el retorno de la democracia han existido variados intentos de diversos actores por implementar la creación de un Consejo de la Judicatura[77], lo que al momento no se ha concretado.

2.8 Venezuela

A nivel constitucional[78] se establece que el ingreso a la carrera judicial y el ascenso de los jueces se hará por concursos de oposición públicos que aseguren la idoneidad y excelencia de los o las participantes y serán seleccionados por los jurados de los circuitos judiciales, en la forma y condiciones que establezca la ley.

El nombramiento y juramento de los jueces corresponde al Tribunal Supremo de Justicia, estableciendo que la ley garantizará la participación ciudadana en el procedimiento de selección y designación de los jueces.

---

76 Vargas Viancos, "La realidad en Latinoamérica", 91.

77 Véase análisis realizado por Vargas Viancos, "La realidad en Latinoamérica", 113.

78 https://www.oas.org/dil/esp/constitucion_venezuela.pdf

Por otra parte, se establece que la ley propenderá a la profesionalización de los jueces o juezas y las universidades colaborarán en este propósito, organizando en los estudios universitarios de derecho la especialización judicial correspondiente

Los requisitos para el ingreso a la magistratura, se encuentran establecidos en la Ley de Carrera Judicial[79], la cual establece en su artículo 10 que para ingresar a la carrera judicial se requiere aprobar un concurso de oposición con la mayor calificación y ser declarado apto en una evaluación neurosiquiátrica. Para participar en dicho concurso se requiere ser venezolano, abogado, de conducta intachable, mayor de veinticinco años de edad, y estar en el libre ejercicio de los derechos civiles y políticos; y haber ejercido la profesión de abogado durante tres años comprobados como mínimo, o haber aprobado curso de postgrado en materia jurídica.

Los jueces son designados por el Consejo de la Judicatura, el cual, según su Ley Orgánica, es el órgano de gobierno judicial encargado de asegurar la independencia, autonomía, eficacia, disciplina y decoro de los tribunales y de los jueces, y de garantizar a estos los beneficios de la carrera judicial.

La referida Ley Orgánica prevé la existencia de una Escuela de Judicatura, encargada de la formación y perfeccionamiento de los jueces.

2.9 República Dominicana

En el caso de República Dominicana, tal como ha señalado Cruceta[80], la nominación de los jueces es mixta, previéndose la existencia de un Consejo Nacional de la Magistratura que nombra a los jueces de la Suprema Corte de Justicia, según lo establece la Constitución[81].

Asimismo, se establecen los criterios para escoger a los magistrados que habrán de integrar la Suprema Corte de Justicia, los cuales implican seleccionar las tres cuartas partes de sus miembros de jueces que pertenezcan al sistema de carrera judicial, y la cuarta parte restante los escogerá de profesionales del derecho, académicos o miembros del Ministerio Público. El cargo se ocupa por un periodo de siete (7) años, al término del cual, y previa evaluación de desempeño realizada por el Consejo Nacional de la Magistratura, podrán ser elegidos por un nuevo período.

---

79 http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic2_ven_anexo_19_sp.pdf

80 José Alberto Cruceta Almánzar, *"Aplicación y desarrollo de los principios esenciales del proceso civil dominicano",* en *Los principios Procesales de la Justicia Civil en Iberoamérica* (Lima: Ed. Palestra, 2018), 418.

81 http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3_repdom_constitucion.pdf

Los demás jueces de cortes y tribunales son nombrados por la Suprema Corte de Justicia, a la que se comete de conformidad con la Ley de Carrera Judicial[82], el nombramiento de los jueces de las cortes de apelación o sus equivalentes, de los juzgados de primera instancia o sus equivalentes, los jueces de la instrucción, los jueces de paz y sus suplentes, los jueces de cualesquier otros tribunales del poder judicial creados por la Constitución y las leyes, los cuales son inamovibles.

Según señala Cruceta[83], este sistema es mas democrático y representativo que el anterior, ya que en él participan los tres poderes del Estado, en vez de la mitad del legislativo, como sucedía en forma previa a la modificación constitucional del año 1994. Este procedimiento busca evitar la designación signada por la política, garantizando la independencia.

Las condiciones requeridas a los jueces para desempeñar sus funciones en los diferentes órdenes del poder judicial, están establecidas en la Constitución de la República, exigiéndose por ejemplo para integrar la Suprema Corte de Justicia, los siguientes:

- Ser dominicano por nacimiento u origen y tener más de 35 años de edad;
- Hallarse en el pleno ejercicio de los derechos civiles y políticos;
- Ser licenciado o Doctor en Derecho;
- Haber ejercido durante por lo menos 12 años la profesión de abogado; o haber desempeñado, por igual tiempo, las funciones de juez de una Corte de Apelación, juez de Primera Instancia o juez del Tribunal de Tierras, o representante del Ministerio Público ante dichos tribunales. Los períodos en que se hubiesen ejercido la abogacía y las funciones judiciales podrán acumularse.

Por otra parte, se prevé a nivel constitucional, la existencia de una Escuela Nacional de la Judicatura, fundada en el año 1999, que tendrá por función la formación inicial de los aspirantes a jueces, asegurando su capacitación técnica.

2.10 Uruguay

A nivel constitucional[84] se establece que el poder judicial será ejercido por la Suprema Corte de Justicia y por los Tribunales y Juzgados, en la forma que estableciere la ley.

Asimismo, se establecen los requisitos para ser miembro de la Suprema Corte de Justicia, de los tribunales de apelaciones, juez letrado y juez de paz

82 http://www.oas.org/juridico/PDFs/Mesicic5_RepDo_RespuestaC_Ane7.pdf

83 Cruceta Almánzar, "Aplicación y desarrollo", 418

84 https://www.impo.com.uy/bases/constitucion/1967-1967

En el caso de los miembros de la Suprema Corte de Justicia se establecen como requisitos:

- Cuarenta años cumplidos de edad.
- Ciudadanía natural en ejercicio, o legal con diez años de ejercicio y veinticinco años de residencia en el país.
- Ser abogado con diez años de antigüedad o haber ejercido con esa calidad la judicatura o el ministerio público o fiscal por espacio de ocho años.

Los miembros de la Suprema Corte de Justicia son designados por la Asamblea General por dos tercios de votos del total de sus componentes.

Por su parte, a la Suprema Corte de Justicia le compete con aprobación de la Cámara de Senadores o en su receso con la de la Comisión Permanente, nombrar los ciudadanos que han de componer los tribunales de apelaciones, ciñendo su designación a los siguientes requisitos:

a) al voto conforme de tres de sus miembros, para candidatos que pertenezcan a la judicatura o al ministerio público, y

b) al voto conforme de cuatro, para candidatos que no tengan las calidades del párrafo anterior.

Asimismo, le corresponde nombrar a los jueces letrados de todos los grados y denominaciones necesitándose, en cada caso, la mayoría absoluta del total de componentes de la Suprema Corte, al igual que en el caso de los jueces de paz. Respecto de esta última categoría, se admite en algunas circunstancias la posibilidad de que se trate de jueces lego.

Por otra parte, la Ley Orgánica de la Judicatura y de Organización de los Tribunales N° 15.750[85], establece en su artículo 79 los requisitos para el ingreso a la judicatura:

- Ciudadanía natural en ejercicio, o legal con dos años de ejercicio.
- Ser abogado, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 247 de la Constitución de la República.
- No estar formalizado en proceso penal, o haber sido condenado criminalmente por delito alguno, o destituido de cualquier cargo público.
- Tener un nivel de escolaridad en la facultad de dDerecho y ciencias sociales adecuado a las exigencias del servicio a juicio de la Suprema Corte de Justicia, En la solicitud de ingreso podrán señalarse otros méritos.
- Haber aprobado los procesos de formación inicial que disponga la Suprema Corte de Justicia en consulta con el Centro de Estudios Judiciales del Uruguay del poder

[85] https://www.impo.com.uy/bases/leyes/15750-1985

judicial, designándose en primer lugar a los egresados mejor evaluados, y a falta de estos, a los cursantes mejor calificados entre los más avanzados.

La admisión para realizar los procesos de formación inicial se hará por concurso de oposición y méritos, que se habilitará mediante llamado público y abierto, al que podrán presentarse quienes reúnan los requisitos previstos en esta ley y su reglamentación en lo pertinente.

2.11 Colombia

La Constitución[86] colombiana establece que el máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria será la Corte Suprema de Justicia. Asimismo, prevé la existencia de un Consejo de Estado (en el ámbito de la jurisdicción contencioso administrativa) y de una Corte Constitucional (en el ámbito de la jurisdicción constitucional), exigiendo como requisitos para la integración de los mismos, los siguientes:

1. Ser colombiano de nacimiento y ciudadano en ejercicio.
2. Se abogado.
3. No haber sido condenado por sentencia judicial a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos.
4. Haber desempeñado, durante quince años, cargos en la Rama judicial o en el ministerio público, o haber ejercido, con buen crédito, por el mismo tiempo, la profesión de abogado o la cátedra universitaria en disciplinas jurídicas en establecimientos reconocidos oficialmente. Para el cargo de Magistrado de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, la cátedra universitaria deberá haber sido ejercida en disciplinas jurídicas relacionadas con el área de la magistratura a ejercer.

En cuanto a la elección de los integrantes de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado serán elegidos por la respectiva Corporación, previa audiencia pública, de lista de diez elegibles, enviada por el Consejo Superior de la Judicatura tras una convocatoria pública reglada de conformidad con la ley y adelantada por Consejo Superior de la Judicatura.

En el caso de la Corte Constitucional se establece que sus magistrados serán elegidos por el Senado de la República para períodos individuales de ocho años, de sendas ternas que le presenten el presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado.

86 https://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia.pdf

Por otra parte, se prevé la existencia de un Consejo Superior de la Judicatura, que estará integrado por seis magistrados elegidos para un período de ocho años: dos por la Corte Suprema de Justicia, uno por la Corte Constitucional y tres por el Consejo de Estado.

A dicho consejo le corresponde: administrar la carrera judicial, elaborar las listas de candidatos para la designación de funcionarios judiciales y enviarlas a la entidad que deba hacerla, examinar la conducta y sancionar las faltas de los funcionarios de la rama judicial, así como las de los abogados en el ejercicio de su profesión, en la instancia que señale la ley, llevar el control de rendimiento de las corporaciones y despachos judiciales, elaborar el proyecto de presupuesto de la rama judicial que deberá ser remitido al gobierno, y ejecutarlo de conformidad con la aprobación que haga el Congreso, dirimir los conflictos de competencia que ocurran entre las distintas jurisdicciones y las demás que le señale la ley.

A nivel legislativo, el artículo 127 de la Ley 270/1996[87], establece los requisitos generales para el desempeño de cargos de funcionarios de la rama judicial, estableciendo que para ejercer cargos de magistrado de Tribunal, juez de la República o fiscal, se requieren las siguientes calidades y requisitos generales:

1. Ser colombiano de nacimiento y ciudadano en ejercicio y estar en pleno goce de sus derechos civiles;
2. Tener título de abogado expedido o revalidado conforme a ley, salvo el caso de los jueces de paz; y,
3. No estar incurso en causal de inhabilidad o incompatibilidad.

En cuanto a la formación y capacitación de los operadores judiciales, luego de la reforma constitucional del año 2008, corresponde destacar la existencia de la Escuela de la Función Judicial, integrada por cinco miembros designados por el Consejo de la Judicatura, mediante concurso de oposición y mérito, teniendo la capacitación carácter obligatorio.

2.12 Paraguay

A nivel Constitucional[88], se establece que el poder judicial es el custodio de la Constitución. Asimismo, se establece que la administración de justicia está a cargo del poder judicial, ejercido por la Corte Suprema de Justicia, por los tribunales y por los juzgados, en la forma que establezcan esta Constitución y la ley.

Existe una disposición específica en cuanto a la independencia del poder judicial (art. 248):

87 http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic2_col_ley_270_sp.pdf

88 http://www.bacn.gov.py/CONSTITUCION_ORIGINAL_FIRMADA.pdf

> En ningún caso los miembros de los otros poderes, ni otros funcionarios, podrán arrogarse atribuciones judiciales que no estén expresamente establecidas en esta Constitución, ni revivir procesos fenecidos, ni paralizar los existentes, ni intervenir de cualquier modo n los juicios. Actos de esta naturaleza conllevan nulidad insanable. Todo ello sin perjuicio de las decisiones arbitrales en el ámbito del derecho privado, con las modalidades que la ley determine para asegurar el derecho de defensa y las soluciones equitativas.
>
> Los que atentasen contra la independencia del poder judicial y la de sus magistrados, quedarán inhabilitados para ejercer toda función pública por cinco años consecutivos, además de las penas que fije la ley*".*

En cuanto a la designación, los miembros de los tribunales y juzgados de toda la República serán designados por la Corte Suprema de Justicia, a propuesta en terna del Consejo de la Magistratura.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia estará integrada por nueve miembros y los requisitos para integrarla son:

- tener nacionalidad paraguaya natural,
- haber cumplido treinta y cinco años,
- poseer título universitario de Doctor en Derecho y gozar de notoria honorabilidad.
- haber ejercido efectivamente durante el término de diez años, cuanto menos, la profesión, la magistratura judicial o la cátedra universitaria en materia jurídica, conjunta, separada o sucesivamente.

Por otra parte, se establece la existencia de una Consejo de la Magistratura, el cual cuenta con una integración mixta:

1. un miembro de la Corte Suprema de Justicia, designado por esta;
2. un representante del poder ejecutivo;
3. un senador y un diputado, ambos nominados por su Cámara respectiva;
4. dos abogados de la matrícula, nombrados por sus pares en elección directa;
5. un profesor de las facultades de derecho de la Universidad Nacional, elegido por sus pares, y
6. un profesor de las facultades de derecho con no menos de veinte años de funcionamiento, de las universidades privadas, elegido por sus pares.

Entre sus atribuciones, corresponde destacar las siguientes:

- proponer las ternas de candidatos para integrar la Corte Suprema de Justicia, previa selección basada en la idoneidad, con consideración de méritos y aptitudes, y elevarlas a la Cámara de Senadores para que los designe, con acuerdo del poder ejecutivo;

- proponer en ternas a la Corte Suprema de Justicia, con igual criterio de selección y examen, los nombres de candidatos para los cargos de miembros de los tribunales inferiores, los de los jueces y los de los agentes fiscales.

Tal como señalara Poletti, en el sistema anterior, era el presidente de la República, coincidiendo con el inicio del período parlamentario, quien emitía la lista de jueces confirmados. Ello hacía prácticamente imposible que abogados/jueces que hubieran adoptado posturas contrarias al gobierno accedieran y fueran confirmados en sus cargos. Sin embargo, actualmente la selección es efectuada por el Consejo de la Magistratura en ternas que son remitidas a la Corte Suprema de Justicia para la designación de los magistrados. Una vez vencido el período de cinco años para el que fueron nombrados deben volver a concursar y solo después de dos confirmaciones adquieren la inamovilidad (art. 252 de la Constitución)[89].

A nivel legislativo, corresponde mencionar el Código de Organización Judicial[90] el que establece en su artículo 191 que los requisitos para ser Miembro de la Corte Suprema de Justicia, son los establecidos en la Constitución Nacional y que para las demás magistraturas se requerirá:

a) para ser Miembro de los Tribunales de Apelación y Tribunal de Cuentas: edad mínima de 30 años, título de abogado otorgado por una universidad nacional o el equivalente de una universidad extranjera, debidamente revalidado, y haber ejercido la profesión de abogado o una magistratura por el término de cinco años;

b) para ser juez de primera instancia: título de abogado, edad mínima de 25 años y haber ejercido la profesión de abogado o una magistratura por el término de tres años;

c) para ser juez letrado en lo civil y comercial, juez de instrucción y miembro del Ministerio de la Defensa Pública: edad mínima de 22 años y título de abogado; y,

d) para ser juez de paz: edad mínima de 22 años e idoneidad. Además de estos requisitos, para el nombramiento en la magistratura judicial, será necesario reconocida honorabilidad y nacionalidad paraguaya.

A nivel formativo, existe la Escuela Judicial de Paraguay, la cual fue creada por Ley en 1998. Dicha escuela depende del Consejo de la Magistratura que es quien aprueba el contenido de la capacitación.

Además de la referida escuela, la Corte Suprema de Justicia cuenta también con centros de formación.

Corresponde destacar que la capacitación permanente es de carácter voluntario

---

89 Alberto Poletti, "La realidad en Latinoamérica. Ejemplos y Modelo. Paraguay", en *Gobierno Judicial. Independencia y Fortalecimiento del poder Judicial en América Latina* (Chile: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2017), 260.

90 https://www.pj.gov.py/ebook/libros_files/Codigo_de_Organizacion_Judicial.pdf

2.13 Panamá

A nivel constitucional se establece que el poder público solo emana del pueblo y es ejercido por el Estado conforme la Constitución lo establece, por medio de los órganos Legislativo, Ejecutivo y Judicial, los cuales actúan limitada y separadamente, pero en armónica colaboración (art. 2).

El órgano Judicial estará integrado por la Corte Suprema de Justicia, los tribunales y los juzgados que la Ley establezca (art. 202).

Al Consejo de Gabinete la Constitución le encomienda acordar con el presidente de la República los nombramientos de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, del procurador general de la Nación, del procurador de la administración, y de sus respectivos suplentes, con sujeción a la aprobación de la Asamblea Nacional (art. 200).

El Código de Judicial de la República de Panamá establece en su artículo 70 que la Corte Suprema de Justicia se compondrá de 9 miembros.

Para ser magistrado de la Corte Suprema de Justicia se requiere:

- Ser panameño por nacimiento.
- Haber cumplido treinta y cinco años de edad.
- Hallarse en pleno goce de los derechos civiles y políticos.
- Ser graduado en derecho y haber inscrito el título universitario en la oficina que la ley señale.
- Haber completado un periodo de diez años durante el cual haya ejercido indistintamente la profesión de abogado, cualquier cargo del órgano Judicial, del Ministerio Público, del Tribunal Electoral o de la Defensoría del Pueblo que requiera título universitario en derecho, o haber sido profesor de derecho en un establecimiento de enseñanza universitaria. Se reconoce la validez de las credenciales para ser magistrado de la Corte Suprema de Justicia, otorgadas de acuerdo con disposiciones constitucionales anteriores.

En cuanto a los Tribunales y juzgados se establece que los magistrados serán nombrados por la Corte Suprema de Justicia y los jueces por su superior jerárquico. El personal subalterno será nombrado por el tribunal o juez respectivo (art. 209).

Chen ha señalado que el sistema de designación de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia y en general de los funcionarios de altos cargos, ha sido criticada y ha provocado reclamos de espacio por parte de la sociedad civil para participar de los procesos de elección[91].

[91] María Cristina Chen Stanziola, "Principios materia de análisis en perspectiva del Derecho Procesal Civil (Panamá)", en *Los principios Procesales de la Justicia Civil en Iberoamérica* (Lima: Ed. Palestra, 2018), 298.

En cuanto a la capacitación judicial corresponde destacar la existencia del Instituto Superior de la Judicatura de Panamá "Dr. César Augusto Quintero Correa", existente desde el año 1993, teniendo la capacitación carácter obligatorio y permanente. En cuanto a la determinación del contenido de la capacitación la misma corresponde al Instituto Superior, debiendo el Consejo Consultivo aprobar el mismo[92].

3. Cuadro comparativo

A continuación, efectuamos aun cuadro comparativo en el que se analizan diferentes legislaciones, a modo ilustrativo

Tabla 2. Cuadro comparativo en legislaciones

País	Edad mínima	Formación	Nacionalidad	Ejercicio de la profesión	Escuela judicial	Organismo de designación
Ecuador	Si	Si	Si	Si	Si	Consejo de la Judicatura
Brasil	Si	Si	Si	Si	Si	Presidente de la República con aprobación del Senado o elección por el presidente de la República de una terna elaborada por la Corte Federal de Apelación
Perú	Si	Si	Si	Si	Si	Consejo de la Magistratura
Argentina	Si	Si	Si	Si	Si	Presidente con aprobación del Senado o Consejo de la Magistratura
Cuba	Si	Si	Si	Si/Docencia	Si	Presidente del Consejo de Estado con participación de Asamblea.

[92] En el Informe de la Relatora Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados de fecha 2 de abril de 2013, se señaló respecto de Panamá: *"Durante la consulta, los participantes mencionaron que aun cuando existe un proceso de selección y nombramiento de jueces y magistrados, inclusive para los de la CSJ, no se garantiza una selección basada en méritos, capacidad, formación académica y vocación. La selección prioriza a las personas cercanas o de confianza de la autoridad nominadora. …. Este sistema, que no cuenta con participación ciudadana, se queda por lo tanto sujeto al exceso de poder de las cúpulas judiciales y de la voluntad del Presidente de la República.*

En este sentido, mientras la Constitución estipula que los magistrados y jueces son independientes en el ejercicio de sus funciones, los inferiores están obligados a acatar las decisiones que dicten sus superiores jerárquicos, al revocar o reformar, en virtud de recursos legales, las resoluciones proferidas por aquellos. De esta manera, existe una amenaza de los superiores a los inferiores, que puede llevar a tomar decisiones pretendidas con antelación por aquellos".

(Informe de la Relatora Especial sobre la independencia de magistrados y abogados, Sra. Gabriela Knaul, sobre la Consulta subregional respecto de la independencia del Poder Judicial en América Central, de fecha 2 abril 2013, 15).

País	Edad mínima	Formación	Nacionalidad	Ejercicio de la profesión	Escuela judicial	Organismo de designación
Bolivia	Si	Si	Si	Si/Docencia	Si	Sufragio universal y Consejo de la Magistratura
Chile	Si	Si	Si	Si	Si	Presidente de la República, sujeto a diferentes requisitos según la designación de que se trate.
Uruguay	Si	Si	Si	Si	Si	Asamblea General y Suprema Corte de Justicia
Colombia	Si	Si	Si	Si	Si	Consejo Superior de la Judicatura, Senado, presidente de la República, Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, según el caso.
Paraguay	Si	Si	Si	Si	Si	Cámara de Senadores en acuerdo con el poder ejecutivo en y Corte Suprema de Justicia, a propuesta en terna del Consejo de la Magistratura.
Panamá	Si	Si	Si	Si	Si	Consejo de Gabinete con aprobación de Asamblea General o Corte Suprema de Justicia, según el caso.

Fuente. Elaboración propia

4. Conclusiones

1. Los procedimientos y criterios de selección, designación y ascenso de juezas y jueces, resultan de fundamental importancia para propender a su imparcialidad e independencia y a la fortaleza institucional y legitimidad de los sistemas de justicia.
2. En tiempos donde la recuperación de la confianza en las instituciones judiciales es imprescindible, resulta esencial revisar, transparentar y perfeccionar los mecanismos de selección, designación, carrera judicial y capacitación de juezas y jueces.
3. Los países latinoamericanos prevén a nivel constitucional la estructura y organización de su sistema judicial, fijando también la forma de designación de juezas y jueces, o encomendándola a la ley bajo ciertas condiciones.

4. Dependiendo de la jerarquía del cargo para la magistratura de que se trate, los sistemas latinoamericanos suelen establecer requisitos de edad mínima, formación, nacionalidad, experiencia en el ejercicio de la abogacía y/o academia, así como carecer de antecedentes penales.
5. No obstante, la práctica revela en muchos países la ausencia de criterios apropiados y específicos de selección, así como la falta de transparencia y escrutinio público en los procedimientos de elección y nombramiento de juezas y jueces, lo que ha permitido interferencias inconvenientes e inadecuadas de partidos políticos y de grupos económicos.
6. En gran parte de los países de Latinoamérica, las instituciones político partidarias, a través del partido político de turno que detenta el poder, tienen una influencia y gravitación excesiva en la selección, designación y ascenso de juezas y jueces, que se acrecienta a medida que el órgano judicial tiene mayor jerarquía (cortes superiores) y las instituciones democráticas tienen menor fortaleza.
7. Por ello, es fundamental asegurar la participación plural de instituciones y de la sociedad civil, así como la transparencia, en el procedimiento de selección, designación y ascenso de juezas y jueces.
8. Si bien en algunos países se ha avanzado en la profesionalización del proceso de selección, designación y evaluación de juezas y jueces, es necesario trabajar mucho más en la regulación de instrumentos que aseguren la elección de quienes tengan los mejores méritos, habilidades, destrezas y condiciones para la judicatura. A modo de ejemplo, ponderación de antecedentes profesionales y sometimiento a un examen escrito y oral evaluado por un jurado especializado e imparcial, test sicolaboral, entrevistas, y eventual audiencia pública. La utilización de estas herramientas debe ajustarse a la jerarquía del cargo y a la realidad de cada país.
9. La publicidad y transparencia del proceso de selección, la participación en el mismo de los estamentos que se relacionan con el sistema de justicia (abogacía, judicatura, sociedad civil, academia, etc.) y la claridad en las pautas de evaluación fijadas, propenderán a que aquella persona seleccionada goce de mayor legitimidad e idoneidad.
10. Otro aspecto fundamental a la hora de garantizar la debida independencia de juezas y jueces es el establecimiento de un órgano independiente encargado de seleccionarlos, con una composición que debe ser plural y equilibrada, y que evite la politización, permitiendo la participación de los propios jueces y de la sociedad civil. En efecto, el establecimiento de órganos independientes encargados de la administración y gobierno del sistema judicial, constituye una buena práctica para fortalecer la independencia.

11. La carrera judicial y, con ella la inamovilidad de juezas y jueces en su cargo mientras dure su buena conducta, constituye una herramienta clave en pos de limitad la politización de la justicia.
12. La formación de juezas y jueces, es de gran importancia a los efectos de mejorar los sistemas de justicia y evitar influencias que puedan a afectar su independencia.
13. La capacitación de juezas y jueces y su profesionalización se ha visto incrementada paulatinamente en los últimos años en casi todos los países de Latinoamérica, con el desarrollo de las escuelas judiciales que, con diverso grado de independencia técnica y resultados académicos, han sido un motor importante en la mejora continua de la judicatura.
14. No obstante, en algunos países existen notorias falencias de formación de juezas y jueces, por falta de recursos económicos, por problemas propios del sistema educativo, por el excesivo enfoque en conocimientos teóricos y bajo o inexistente enfoque en habilidades y destrezas, y/o por la excesiva intromisión del poder político.

Como se señala en el Estatuto del juez Iberoamericano, el objetivo de la capacitación debe ser la selección del más apto para el desempeño de la función judicial en una sociedad democrática, a través de mecanismos que permitan comprobar las condiciones que debe reunir todo aspirante a la judicatura o al ascenso, y la formación de este en los conocimientos y las destrezas propias de su función, con una orientación teórico-práctica. Se destaca asimismo la necesidad de interacción entre la capacitación judicial y la sociedad en general, observándose como debilidad que, en la práctica, la capacitación opera en forma introspectiva, siendo baja la participación de disciplinas ajenas al derecho.

Bibliografía

Chen Stanziola, María Cristina. "Principios materia de análisis en perspectiva del Derecho Procesal Civil (Panamá)". En *Los principios Procesales de la Justicia Civil en Iberoamérica*. Lima: Ed. Palestra, 2018.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, "Garantías para la independencia de las y los operadores de justicia: Hacia el fortalecimiento del acceso a la justicia y el estado de derecho en las Américas", 2013.

Cruceta Almánzar, José Alberto. "Aplicación y desarrollo de los principios esenciales del proceso civil dominicano". En *Los principios Procesales de la Justicia Civil en Iberoamérica*. Lima: Ed. Palestra, 2018.

González, Leonel y Cooper, Jeremy. *Capacitación judicial en América Latina. Un estudio sobre las prácticas de las Escuelas Judiciales*. Traducción de Kate Goldman. Chile: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2017.

Mokritzky, Javier. "La realidad en Latinoamérica. Ejemplos y Modelo. Argentina". En *Gobierno Judicial. Independencia y Fortalecimiento del poder Judicial en América Latina*. Chile: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2017.

Poletti, Alberto. "La realidad en Latinoamérica. Ejemplos y Modelo. Paraguay". En *Gobierno Judicial. Independencia y Fortalecimiento del poder Judicial en América Latina*. Chile: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2017.

Taruffo, Michele. *Páginas sobre Justicia Civil.* Madrid: Marcial Pons, 2009.

Vargas Viancos, Juan Enrique. "La realidad en Latinoamérica. Ejemplos y Modelo. Chile". En *Gobierno Judicial. Independencia y Fortalecimiento del poder Judicial en América Latina*. Chile: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2017.

Informe del Relator Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, Leandro Despouy, de fecha 24 de marzo de 2009.

Informe de la Relatora Especial sobre la independencia de magistrados y abogados, Sra. Gabriela Knaul, sobre la Consulta subregional respecto de la independencia del poder Judicial en América Central, de fecha 2 abril 2013.

Informe del Relator Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados de fecha 2 de mayo de 2018.

CAPÍTULO XI

El proceso como empresa epistemológica y la búsqueda de la verdad

Norbert Lösing[1]

1. Introducción

La búsqueda de la verdad es uno de los objetivos del proceso judicial. En este trabajo se analizan algunos instrumentos previstos en los ordenamientos procesales para comprobar la veracidad de un enunciado sobre hechos y se diferencia entre el objetivo y el resultado del proceso. Se presentan las complicaciones que surgen al querer valorar un testimonio y las exigencias a un análisis de veracidad del mismo, especialmente en el proceso penal. La combinación de elementos objetivos, subjetivos e incluso intuitivos en la valoración de la prueba y en la determinación del estándar de la prueba así como otros muchos obstáculos —tanto procesales como extraprocesales— en la búsqueda de la verdad, sugiere que el resultado de un proceso judicial, ya sea civil o penal, solo puede ser llegar a un conocimiento que pueda ser un fundamento sólido para una convicción.

2. Los objetivos del proceso judicial

El derecho procesal es el puente necesario para llevar a la realidad cotidiana la promesa del derecho sustantivo. Dependiendo de los derechos implicados, la construcción de este puente puede variar, lo cual se refleja en algunos ordenamientos en leyes procesales adaptadas a la materia, por Ejemplo, para procesos civiles y penales, para mencionar solo dos de los más importantes.

[1] Doctor en Derecho, Presidente de la Asociación Argentino-Alemana de Juristas, abogado en el estudio Sieper & Lösing de Lüneburg, Alemania.

2.1 La búsqueda de la verdad como objetivo en el proceso civil

Según la opinión predominante en Alemania, el objetivo principal de los procedimientos civiles es la aplicación del derecho civil sustantivo en interés de las partes. Si se ve esta finalidad del proceso civil en la realización del derecho sustantivo, entonces este objetivo se alcanza plenamente si se protege un derecho subjetivo realmente existente y no se protege un derecho subjetivo realmente inexistente, porque la protección de los derechos subjetivos incluye también la protección del demandado contra reclamaciones injustificadas[2]. Al mismo tiempo, la sentencia correcta, independientemente de que se deniegue o se afirme la demanda, logra que prevalezca el ordenamiento jurídico objetivo, por lo que es irrelevante la disputa sobre si el objetivo primordial del proceso es la ejecución de los derechos subjetivos o la prevalencia del derecho objetivo, al menos para las cuestiones que se tratan en este ensayo. En cambio, sí tiene relevancia otro objetivo adicional que se le atribuye a los procesos judiciales, en concreto, el de la pacificación de un conflicto por vía de una sentencia definitiva. Al contrario de los dos objetivos mencionados anteriormente, la "pacificación" de un conflicto se puede alcanzar incluso con una sentencia sustancialmente incorrecta, siempre y cuando esta llegue a ser definitivamente vinculante, recibiendo el carácter de cosa juzgada. El hecho de que una sentencia incorrecta se pueda convertir en definitivamente vinculante ha sido utilizado incluso para sustentar que la "pacificación" de un conflicto es un objetivo primordial del proceso judicial[3].

Siguiendo esta línea argumentativa, aquel proceso que de término con la mayor celeridad posible a un conflicto cumpliría en cualquier caso con el objetivo de la "pacificación" del mismo. En cambio, quien considere que la función del proceso es solamente poner término a una controversia, se inclina por excluir que este tenga como finalidad la determinación de la verdad de los hechos. Todavía más, la búsqueda de la verdad en dicho caso incluso pudiera ser vista como un obstáculo práctico para lograr rápidamente el objetivo consistente en eliminar la controversia[4]. La consecuencia sería el alto riesgo de sentencias injustas, ya que una decisión judicial puede considerarse justa desde el punto de vista sustantivo solo si deriva de la correcta aplicación de la norma jurídica que rige el caso particular. En síntesis, se da una correcta aplicación de la norma jurídica al caso concreto solo si:

- La norma es adecuada para el caso y ha sido correctamente interpretada.
- Se ha determinado la verdad acerca de los hechos que constituyen el caso[5].

---

2 *Gaul*, en: Yildirim (Ed.), Zivilprozessrecht im Lichte der Maximen, 2001, pág. 79.

3 *Schweizer*, en: Effer-Uhe/Hoven/Kempny/Rösinger (Ed.), Einheit der Prozessrechswissenschaft?, 2016, pág. 348, citando a Schönke, AcP, 1949, pág. 216.

4 *Taruffo*, Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad, traducción de Betti/Coloma/Ferrer, pág. 26.

5 *Taruffo*, pág. 29.

Podemos identificar así —al menos como una finalidad instrumental del proceso— también a la búsqueda de la verdad. Igualmente podemos afirmar, que solo después de haber identificado la verdad y con ello el conflicto real, podemos esperar una decisión justa y con ello una auténtica "pacificación" del conflicto (en contraposición a una simple "terminación" del conflicto).

Por el otro lado, existe un amplio consenso en Alemania de que, en el proceso judicial, no necesariamente se puede, o incluso debe, buscar la verdad a cualquier precio. En materia procesal civil, el principio de disposición de las partes, el esfuerzo de fomentar una conciliación, las reglas de la distribución de la carga de la prueba, y la necesidad de dictar una sentencia dentro de un plazo razonable, solo para mencionar algunos aspectos, recorta en cierto modo las posibilidades del tribunal o juez de averiguar exhaustivamente la verdad. Esto no excluye que la determinación de la verdad no deba ser uno de los objetivos principales de un proceso. En este sentido la doctrina moderna comparte la convicción de que la controversia privada debe ser resuelta con una decisión "justa", siendo necesaria (entre otros requisitos), para que se obtenga, que esta se funde en una determinación de la realidad de los hechos de la causa.

2.2 La búsqueda de la verdad como objetivo del proceso penal

En los procesos penales la búsqueda de la verdad también es una finalidad instrumental para llegar a la decisión correcta. En el centro del procedimiento estructurado se encuentra una hipótesis, cuya veracidad debe ser comprobada en el proceso. La hipótesis es que el acusado ha cometido realmente los actos (los delitos) que se le imputan en el escrito de acusación, es decir, que estos actos son parte de la realidad pasada o histórica y, en este sentido, son verdaderos[6]. En ese proceso de reconstrucción de la verdad histórica, los derechos fundamentales (entre ellos los derechos fundamentales procesales) crean barreras protectoras para el acusado (derecho del acusado a no declarar, derechos de los familiares a no atestiguar, prohibición de la tortura, prohibiciones de apreciar ciertas pruebas obtenidas de forma ilegal, etc.) y con ello obstáculos para la búsqueda de la verdad.

Taruffo menciona una diferencia estructural del proceso penal en comparación con el proceso civil que viene determinada por la presunción de inocencia. Con esta presunción la posición del imputado es favorecida frente a la posición de la acusación, depositando las cargas probatorias en la acusación. Adicionalmente, Taruffo estima que el estándar de prueba en el proceso penal (haciendo referencia al proceso penal contradictorio en Estados Unidos y al estándar de prueba BARD) es muy elevado para la prueba de la acusación. En

[6] *Frisch*, Beweiswürdigung und richterliche Überzeugung, en: Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (www.zis-online.com), ZIS 10/2016, pág. 712.

su opinión se trata de un proceso que no está particularmente interesado de forma general en la reducción de la eliminación de errores, sino que tiende a distribuir los errores de forma tal que favorezcan sistemáticamente a la posición del imputado[7]. En dicho sentido, lo importante no sería la corrección de la decisión (en el sentido de su coincidencia sobre la realidad de los hechos), sino la exigencia de evitar que los errores en la determinación de los hechos perjudiquen al imputado inocente. Aunque sea solo una diferencia semántica, prefiero hablar, en el proceso penal, en vez de "errores en la determinación de los hechos que no deben perjudicar al imputado" de "limitaciones en la búsqueda de la verdad que favorecen al imputado". Sigue siendo entonces una finalidad instrumental del proceso penal la búsqueda de la verdad, siendo el resultado una "verdad procesal, judicial o forense" que no necesariamente corresponde con la verdad en el sentido de su coincidencia sobre la realidad de los hechos.

Teniendo en cuenta los aspectos mencionados, ¿podemos realmente afirmar que el objetivo de un proceso judicial es la reconstrucción de la verdad en el sentido de que las afirmaciones en una hipótesis se corresponden con los hechos que realmente tuvieron lugar? ¿Existe una sola verdad? ¿Como puede un tribunal o juez tener la certeza de dictar una sentencia "justa" con base en las comprobaciones realizadas?

Si bien la búsqueda de la verdad debe ser uno de los objetivos del procedimiento, debemos reconocer que, con el riesgo de que el resultado del mismo no sea la "verdad" (en el sentido de la correspondencia de los hechos comprobados con la realidad), sea más bien el arribar a un determinado conocimiento.

3. Creencia y conocimiento

En el momento en que Platón[8] opuso el concepto de opinión o creencia al concepto de conocimiento, surge lo que hoy denominamos epistemología. De este modo, mientras la opinión es un punto de vista subjetivo, sin rigor ni fundamento que se basa en percepciones sensoriales, el conocimiento es la convicción verdadera y justificada que se ha obtenido luego de un riguroso proceso de comprobación y validación.

3.1 La verdad procesal, judicial o forense

Las influencias que perjudican el grado de precisión científica con el que se pueden hacer afirmaciones sobre la verdad de las aseveraciones reales en la vida cotidiana, así como en el proceso, son variadas. Desde la facticidad que puede resultar de un acuerdo social ("día"

---

7 *Taruffo*, Tres observaciones por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar de prueba de Larry Laudan, en: DOXA 28, 2005.

8 *Platon*: Sämtliche Dialoge. Bd. II.

es cuando sale el sol y "noche" es cuando se pone el sol) hasta los avances en las ciencias naturales que pueden dejar sin efecto convicciones o "realidades" asumidas hasta entonces como tales por el descubrimiento de nuevos datos más exactos, las influencias sobre lo que en determinado momento podemos percibir como "realidad" son múltiples. Taruffo en este sentido habla de "construcción cultural" del enunciado, influenciada, por ejemplo, por presupuestos éticos, políticos, consuetudinarios o religiosos[9]. La búsqueda de la verdad por ello se presenta como una operación sumamente compleja y llena de incertidumbres. Si intentamos conciliar esta constatación epistemológica con el objetivo formulado de establecer la verdad mediante el proceso probatorio, hay dos soluciones posibles. Se puede distinguir la verdad como "propósito de la determinación judicial de los hechos de la verdad absoluta", o bien mantener el "concepto absoluto de verdad" y admitir que a menudo seguirá siendo el ideal inalcanzable en los procedimientos judiciales. Si seguimos el segundo enfoque debemos reconocer que las redacciones de nuestros códigos procesales son en el mejor de los casos inexactos, al menos pretenciosos, ya que la determinación de la verdad sería el propósito, pero no necesariamente el resultado de la determinación judicial de los hechos. En este sentido, el primer enfoque abandona el concepto de verdad como concepto absoluto. Pues según este enfoque, hay que distinguir entre lo que ha sucedido realmente y los hechos que suponemos reales a efectos del juicio. En este sentido, se suele hablar de una verdad procesal, judicial o forense. Según este primer concepto, "lo que es realmente verdadero no tiene por qué coincidir con lo que se ha decidido que es verdadero". Esta forma de entender el término "verdad" evita una discrepancia entre la finalidad y el resultado de la determinación de los hechos procesales. Por cierto, tiene la ventaja decisiva de que permite distinguir entre la justificación de una determinada valoración de las pruebas y la verdad real. La verdad procesalmente establecida no deriva su justificación del hecho de que corresponda a la verdad real, sino desde el punto de vista de que fue establecida en el curso de un procedimiento legal[10].

En el caso ideal, la convicción generada en el curso de un proceso judicial se basa en hechos reales, en la verdad histórica reconstruida en dicho proceso. Como se había mencionado, determinar la verdad es, por ello, un propósito, pero no necesariamente el resultado de la investigación judicial de los hechos. Hasta qué punto la verdad procesal, judicial o forense tenga una oportunidad realista de corresponder con (o al menos acercarse a) la "verdad real" es un aspecto que depende en gran medida del diseño del proceso judicial. El grado de objetividad alcanzable con respecto a las afirmaciones de hecho que se consideran ciertas se ve afectado por las limitaciones de los recursos disponibles en el proceso. En algunos casos, es

9 *Taruffo*, Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad, p. 20.

10 *Brinkmann*, en Prütting (Ed.): Das Beweismaß im Zivilprozess aus rechtsvergleichender Sicht, Prozeßrechtliche Abhandlungen Heft 121, 2006, pág. 7 y s.

demasiado largo, demasiado costoso o simplemente imposible recurrir a todas las pruebas teóricamente disponibles. En este sentido, los descubrimientos relativos a los acontecimientos históricos se basan regularmente sobre una base de pruebas incompleta, por lo que tenemos que contentarnos con una idea más o menos exacta de lo que realmente ocurrió.

3.2 Un elemento de objetividad

Dado que la verdad, al menos en el proceso, es una categoría determinada subjetivamente por diversas razones, todos los distintos sistemas jurídicos prevén mecanismos que impiden que la determinación de los hechos se vea demasiado afectada por la idiosincrasia personal y las opiniones individuales de los responsables de la misma. En el ámbito jurídico europeo continental, se trata, ante todo, del deber de motivación (para el caso alemán, véase el § 286 párrafo 1 oración 2 del Código Procesal Civil), por el que el juez se ve obligado a hacer comprensible su decisión a terceros[11].

En el proceso tradicional del *Common Law* con jurado, las decisiones fácticas del jurado se toman sin necesidad de motivarlas, pero la siguiente instancia superior puede anular la decisión si opina que la sentencia de la instancia inferior tiene un "error manifiesto y palpable" en términos fácticos. De manera comparable, según el derecho alemán, el tribunal de apelación también puede revisar la sentencia del tribunal inferior por la violación de los principios de la lógica o de los principios generales de la experiencia. A este respecto, tanto la obligación de motivar la valoración de la prueba como su revisabilidad (limitada) por el tribunal de apelación garantizan un mínimo de objetividad en el proceso, por lo demás inherentemente subjetivo, de determinación judicial de la verdad[12].

El elemento de objetividad mencionado arriba, la motivación de la decisión judicial —en especial explicar la valoración de las pruebas ventiladas en el proceso— se basa en el resultado del proceso mismo. Los códigos procesales por ello diseñan un sistema de comprobación y validación al regular la carga de la prueba (*Beweislast*), la forma de presentación o el requerimiento de la prueba, incluyendo la correspondiente iniciativa (*Beweisangebot* y *Beweisinitiative*), la valoración de la misma (*Beweiswürdigung*) y el estándar de prueba o grado de convicción (*Beweismaß*) exigido al tribunal o juez para determinar una aseveración como probada.

Para ser sinceros, en la práctica judicial, es decir en el día a día procesal ante nuestros tribunales y juzgados, debemos reconocer que la verdad que emana de los ejercicios episte-

---

11 BGH NJW-RR 1988, 524; *Brüggemann*, Die richterliche Begründungspflicht, en: Schriften zur Rechtstheorie Nr. 25, 1971.

12 *Brinkmann*, en Prütting (Ed.): Das Beweismaß im Zivilprozess aus rechtsvergleichender Sicht, Prozeßrechtliche Abhandlungen Heft 121, 2006, pág. 8 y s.

mológicos arriba mencionados no necesariamente corresponde a la verdad en el sentido de su correspondencia con la realidad. Esta constatación de la práctica es difícil de soportar en un Estado de derecho. En realidad solo es soportable bajo tres supuestos:

- El ordenamiento procesal debe ofrecer un instrumentario adecuado para poder realizar una investigación sobre la verdad de los enunciados sobre los hechos;
- El juez debe tener la intención de buscar la verdad con los instrumentos y medios puestos a su disposición;
- El juez debe explicar a terceros porqué y como ha llegado a cierta convicción de lo que debe ser asumido como verdad como resultado del proceso de tal forma que los terceros puedan comprobar y compartir dicha convicción.

Dentro de los instrumentarios previstos, la cuestión de la recopilación de pruebas y la carga de la prueba encuentra una regulación minuciosa en los respectivos códigos procesales o la jurisprudencia que los desarrolla en los distintos ordenamientos jurídicos y estos son accesibles a un análisis objetivo. Por ello solo se mencionarán de forma muy resumida en este trabajo. En cambio, las cuestiones de la iniciativa probatoria y de recopilación de informaciones (y, con ello, la definición de las competencias del juez para dirigir un proceso), así como la regulación la valoración de la prueba y del estándar de prueba, son más complejas y mucho menos accesibles a un control objetivo. Tienen que ver con el grado de confianza que depositamos en nuestros jueces. En cualquier caso, son elementos claves en la búsqueda de la verdad, tanto real como judicial.

4. La carga de la prueba

En los procedimientos civiles del *Common Law*, prácticamente no se prevé una compensación de los déficits de información de una de las partes en el plano de la prueba, en vista a las amplias obligaciones de aclaración de la otra parte durante la fase previa al juicio[13]. Es cierto que también existen instituciones jurídicas en los sistemas jurídicos del *Common Law* que pretenden compensar los restantes déficits de información de las partes. Sin embargo, dado que las partes ya disponen de una gran cantidad de información y pruebas procesalmente relevantes antes del inicio de la vista principal debido a las amplias obligaciones que surgen del *Pretrial Discovery*, los instrumentos para superar las dificultades probatorias son, en general, menos amplios y significativos que en el procedimiento civil europeo continental, donde se apuesta más a la regulación de la carga de la prueba y las figuras de la inversión de la carga de la

[13] *Landwehr*, Die Pretrial Discovery, Europäische Hochschulschriften, 2017.

prueba[14]. Adicionalmente, también en los sistemas continental europeos se conocen instrumentos para solicitar la presentación de pruebas a la otra parte o incluso a terceros, si dichas pruebas se encuentran en sus manos.

5. Iniciativa probatoria y las facultades del juez

Por regla general, en los ordenamientos procesales civiles inicialmente la prueba es una actividad que está regida por el principio de aportación de parte, y no por el principio inquisitivo. A medida que la confianza en la independencia de los jueces ha ido creciendo, en muchos ordenamientos se ha introducido un poder del juez para disponer de oficio la adquisición de pruebas no propuestas por las partes. Como nos indica Taruffo, los códigos procesal civiles de Francia y Suiza regulan que el juez tiene la posibilidad de disponer la adquisición de todos los medios de prueba admisibles que considere útiles para establecer la verdad de las afirmaciones sobre hechos, yendo más allá de las propuestas de las partes[15]. Otros ordenamientos, especialmente en Europa, han ido siguiendo estas tendencias[16].

5.1 La iniciativa probatoria del juez en Alemania

En Alemania, el juez actualmente tiene lo que Taruffo ha denominado "un poder de iniciativa instructora casi-general."[17] En efecto, este poder, conjuntamente con el principio de negociación o debate (*Verhandlungsgrundsatz*), la obligación de fomentar la conciliación (*Förderung der gütlichen Einingung*) y el deber de informar[18] del juez (*Hinweispflicht*), le otorga un papel sumamente activo al juez alemán. Es una combinación de potestades y deberes que fomentan el esclarecimiento de los hechos en un procedimiento compartido directamente con las partes y con ello contribuye a la búsqueda de la verdad.

En los distintos pasos de reforma a los cuales el legislador alemán ha sometido al Código Procesal Civil, se han ido introduciendo ocasiones en las que la iniciativa probatoria es del juez. Esto significa en dichos casos, que incluso si faltaran ofrecimientos de prueba

---

14 *Baumgärtel / Laumen / Prütting* en: Handbuch der Beweislast, 2019; *Schmidt*, Die Beweislast in Zivilsachen, Funktionen und Verteilungsregeln, en: JUS 2003, pp. 1007 y ss.

15 *Taruffo*, Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa, en: DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho 29, 2006, pp. 255 y s.

16 *Nieva Fenoll*, Derecho procesal II, Proceso civil, 2015, p. 193.

17 *Taruffo*, Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa, en: DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho 29, 2006, p. 258. En el proceso penal alemán, el poder de iniciativa instructora del juez es aun más amplio.

18 El deber de informar durante el curso del proceso no se debe confundir con el deber de motivar una decisión. El deber de informar le ofrece a las partes la posibilidad de reaccionar y actuar sobre opiniones o dudas del juez antes de que este tome su decisión.

para comprobar afirmaciones discutidas, el tribunal en ciertos casos puede solicitar de oficio la presentación de la prueba a la parte que lleva la carga de la prueba correspondiente. Estas potestades, que se encuentran en conflicto con el principio de disposición, emanan del principio del procedimiento justo y del principio del Estado de derecho. Su fundamento procesal se encuentra en especial en los §§ 138 (deber de declaración sobre los hechos y deber de veracidad) y 139 (impulso procesal material) del Código Procesal Civil. La concreción correspondiente de las potestades mencionadas de solicitar de oficio la presentación de ciertas pruebas se encuentra en los §§ 142 al 144 del Código Procesal Civil. Dichas potestades fueron fortalecidas en la reforma al Código Procesal Civil del año 2001[19]. La orden de presentación de documentos prevista en el § 142 del Código Procesal Civil exige, según algunos autores[20], que la parte haya presentado argumentos sobre la relevancia de los documentos solicitados y la adecuación de su contenido para servir como prueba de alguna afirmación presentada.

En opinión de otros autores[21] esta exigencia no se puede extraer del texto legal y, por ello, no sería obligatoria la mención por una de las partes para que el juez pueda solicitar la presentación de los documentos de oficio. En sus sentencia de 26 de junio de 2007 la Corte Suprema Federal[22] ha resuelto que también en los casos del § 142 del Código Procesal Civil el juez solo puede solicitar de oficio la presentación de documentos, si al menos una de las partes ha presentado argumentos sobre la relevancia de dichos documentos para la resolución de la causa. El § 144 del Código Procesal Civil ahora permite ordenar la realización de una inspección ocular o de un examen pericial[23] e incluso contiene el deber de soportar dichas medidas por parte de terceros si esto fuera necesario. No existe un derecho de las partes a negarse y también los derechos de terceros son muy limitados, aunque la jurisprudencia en esos casos asume la necesidad de ponderación de intereses en cuyo marco deben tenerse en cuenta los secretos comerciales y profesionales y los derechos de la personalidad de aquella persona a quien se le obliga soportar las medidas o revelar la información[24].

---

19 *Lösing*, El código procesal civil alemán (ZPO) en el curso de las reformas, en: Fandiño (Dir.), Estudios comparados sobre las reformas al sistema de justicia civil. Alemania, España y Uruguay, 2017, pp. 61y s.

20 *Reichold* en: Thomas/Putzo, § 142, anotación 1; *Uhlenbruck*, NZI 2002, p. 589; *Lüpke/Müller*, NZI 2002, p. 588; *Stadler* en: Musielak, ZPO, 2021, § 142, p. 632.

21 *Schneider* en: MDR 2004, p. 1.

22 BGH, NJW 2007, pp. 2989 y ss. (2992).

23 *Lösing*, La prueba pericial en el proceso civil alemán, en: Picó i Junoy (Dir.), Andino López/Cerrato Gurí (Coord.): La prueba pericial a examen, 2020, pp.227 y ss.

24 *Greger*, en: Zöller, ZPO, 2021, § 142, nota marginal núm. 4a.

5.2 El deber de fomentar la conciliación

Adicionalmente a las potestades probatorias, el principio de conciliación y el deber de dirigir el procedimiento ponen en manos del juez alemán instrumentos útiles tanto para la solución anticipada del conflicto como en la búsqueda de la verdad.

Ya desde su concepción inicial el Código Procesal Civil exigía la realización de un procedimiento de conciliación, voluntario en todos, obligatorio en algunos casos. En el antiguo Derecho Común Germánico el intento de realizar una conciliación entre las partes que termine con una transacción judicial era un elemento de la conducción del procedimiento. A los juicios contenciosos que se iniciaban ante el Juzgado Municipal en su función de primera instancia había de preceder generalmente un intento de conciliación. Este procedimiento de conciliación era parte del proceso civil y nunca perteneció a la jurisdicción voluntaria. Sin embargo, inicialmente el procedimiento de conciliación era independiente del procedimiento contencioso y le precedía, de suerte que la iniciación del mismo no suponía la litispendencia de la cuestión que se tratara. Si el demandante deseaba interponer directamente la demanda sin intento previo de conciliación, debía acreditar que se cumplía alguna de las causales de excepción enumeradas en el entonces § 495 a párrafo 1 del Código Procesal Civil. Entre estas causas se encontraban entre otros los casos de demanda reconvencional, la demanda en los juicios documentales y cambiarios, si el demandado tenía su sede o residencia en el extranjero y si existía un intento fallido de arreglo amistoso en un Centro de Conciliación en el año anterior a la interposición de la demanda. El juzgado o tribunal podía prescindir del intento previo de conciliación, si estimaba justificada la necesidad de incoar inmediatamente el juicio por algún motivo importante. Motivo importante en este sentido podía ser que el juzgado o tribunal por la naturaleza de la pretensión o la relación de las partes no estimara muy probable un arreglo amistoso.

Actualmente y siguiendo las indicaciones del § 278 párrafo 2 oración 1 del Código Procesal Civil, antes de iniciar la vista oral es obligatorio realizar un intento de conciliación, a no ser que ya con anterioridad se haya intentado en vano llegar a un acuerdo en una institución extrajudicial o si el esfuerzo de conciliación resulta manifiestamente inútil. Al contrario de la interpretación generosa de este precepto, propuesta todavía por Schönke[25] en la posguerra, actualmente este último precepto se debe interpretar de forma restrictiva según la jurisprudencia de la Corte Constitucional Federal[26]. Promover una solución amistosa debe ser la vía priorizada por el tribunal, aunque esto signifique terminar un conflicto con base en un pronóstico sin haber ventilado y valorado definitivamente las posibles pruebas. El §

[25] *Schönke*, p. 296.

[26] BVerfG, NJW-RR 2007, p. 1073.

278 párrafo 1 del Código Procesal Civil obliga al tribunal a promover la solución amistosa en todo momento del proceso. Las partes de esta forma incluso pueden adoptar acuerdos (transacciones judiciales) dirigidos al futuro que pueden ir más allá del alcance de la controversia misma presentada inicialmente en la demanda.

Para poder promover la conciliación, el tribunal puede ordenar la presencia personal de las partes, que en caso de no asistir pueden ser multadas. La idea es que la presencia de las partes incrementa las posibilidades de llegar a una solución amistosa[27]. Adicionalmente, el tribunal debe presentar la situación actual de la controversia y de su objeto con las partes y sus abogados, valorando libremente todos los argumentos y todas las circunstancias, pero sin plantear y evaluar pruebas todavía. Sí puede hacer preguntas a las partes y adelantar hasta cierto punto opiniones para promover la disposición de conciliación de las partes. En muchos casos el desenlace incierto de una controversia y la necesidad de presentar prueba pericial, costosa y no siempre previsible, ayuda a las partes a realizar una transacción, cediendo ambas partes en sus pretensiones iniciales.

Para el juez, la conciliación exitosa significa una descarga de trabajo, ya que puede dictar el texto del acuerdo en la misma audiencia y no tiene que ventilar pruebas y redactar una sentencia fundamentada. Para los abogados llegar a una transacción judicial en una conciliación también es un resultado deseable, ya que aumenta sus aranceles comparados con los aranceles que se pueden cobrar en un procedimiento contencioso que termine en sentencia. En efecto, un número significante de procedimientos terminan en un acuerdo amistoso tras la realización de una conciliación. Empero este resultado solo es posible si el juez se prepara bien para la audiencia de conciliación y conoce bien el expediente. Solo así sabrá donde poner el énfasis en el debate para convencer a las partes de que el acuerdo propuesto es favorable o al menos aceptable para ambas partes. El otro lado de la moneda es que se desiste de averiguar la veracidad de las afirmaciones hechas por las partes y la base de la propuesta de conciliación es más bien la plausibilidad de la narración de las partes y menos el conocimiento de los hechos reales por parte del juez[28].

5.3 El juez activo e informador

Al redactar un código procesal, uno de los aspectos clave por solucionar sin duda es la definición de la posición y las facultades del juez. Encontrar el balance adecuado entre el poder del juez y la libertad de las partes ha sido uno de los incentivos de las constantes reformas al proceso civil en Alemania. De facto, la posición del juez en Alemania ahora es la de un

27 *Hess/Jauernig*, p. 456.

28 *Lösing*, El código procesal civil alemán (ZPO) en el curso de las reformas, en: Fandiño (Dir.), Estudios comparados sobre las reformas al sistema de justicia civil. Alemania, España y Uruguay, 2017, pp. 67 y s.

director del procedimiento, equipado con los necesarios instrumentos para acelerar el proceso, esclarecer los hechos y promover una solución de la controversia adecuada y ajustada a derecho. Punto de partida es el actual § 139 del Código Procesal Civil, que ha sufrido un desarrollo importante en el transcurso de las reformas, en especial en la gran reforma del año 2002.

En el texto inicial del Código Procesal Civil de 1879, ya se distribuyeron en diversos parágrafos obligaciones y potestades del juez que a primera vista pudieran ser contrarias al principio de aportación de parte. El juez debía averiguar si la parte había aportado todo lo que quería aportar al proceso e incentivar a la parte a presentar sus pretensiones de forma comprensible, adecuada y completa. En consecuencia, era obligación del tribunal definida en el antiguo § 127 del Código Procesal Civil: "de cuidar de que la causa sea examinada y debatida de forma exhaustiva" y de "que aportaciones insuficientes sobre los hechos sean completadas" según el antiguo § 130 del Código Procesal Civil. A estas obligaciones se ha ido añadiendo el derecho o deber a hacer preguntas, regulado inicialmente en el § 139 del Código Procesal Civil. Si en 1981 el título (no oficial) del § 139 del Código Procesal Civil era todavía el de "deber del tribunal de hacer preguntas", en 1991 ya era el de "deber de esclarecimiento del juez", aunque la redacción del § 139 del Código Procesal Civil en sí no había sufrido cambios. El cambio del título refleja el desarrollo que el deber del tribunal había realizado en la práctica, sin intervención del legislador[29]. En 2002 tanto el título como la redacción del § 139 fueron modificados:

> **§ 139 ZPO Impulso procesal material**
>
> I. El tribunal tiene que esclarecer la relación de hecho y la litis y, en tanto ello sea necesario, debatir con las partes sobre las cuestiones de hecho y de derecho, aclarándolas y haciendo preguntas. El tribunal debe actuar para que las partes se pronuncien de forma oportuna y exhaustiva sobre los hechos relevantes, y en especial completar aportaciones insuficientes sobre los hechos invocados, señalar las pruebas pertinentes y formular las pretensiones pertinentes.
>
> II. Mientras no se trate solo de una pretensión accesoria, el tribunal solo puede fundar su resolución en un aspecto que una de las partes de forma apreciable no haya reconocido o haya estimado como irrelevante, si así se lo ha advertido y dado ocasión de expresarse al respecto. Lo mismo rige en caso de que el tribunal evalué un aspecto de forma distinta que ambas partes.

[29] Desarrollo tan importante que algunos autores indican que la reforma del 2001 no habría ampliado las obligaciones previstas anteriormente en el § 139 del Código Procesal Civil, ver *Prütting*, ZPO, 2010, § 139, núm. marginal 2; *Katzenmeier*, JZ 2002, pp. 533 y ss. (537).

III. El tribunal debe llamar la atención sobre dudas relacionadas a cuestiones que deben ser tenidas en cuenta de oficio.

IV. Las advertencias previstas en esta disposición deben realizarse lo más pronto posible y deben ser anotadas en el expediente. La realización de la advertencia solo puede ser probada por el contenido del expediente. Contra el contenido del expediente solo es admisible aportar una prueba de falsedad.

V. Si a una de las partes le fuera imposible declararse de forma inmediata con relación a la advertencia (o el aviso) judicial, a petición de aquella el tribunal le debe otorgar un plazo para aportar una declaración en forma escrita.

La actual redacción del § 139 del Código Procesal Civil, que en algunos puntos se reduce a un cambio del orden de las oraciones de la antigua redacción y en otros aspectos ha añadido disposiciones adicionales, ha generado numerosas discusiones sobre el alcance y los límites del "deber de advertencia o de información". Algunos autores[30] opinan, que un deber de actuar dando indicaciones (advertencias) —sin considerar las alegaciones de las partes— no existe e incluso el § 139 del Código Procesal Civil no legitima al tribunal a dar dichas advertencias. Otros autores[31] opinan, que no ha cambiado nada con la reforma del año 2002 y que el deber de advertencia debe seguir interpretándose con cierta cautela. Otros autores[32], que ya antes de la reforma habían interpretado el § 139 del Código Procesal Civil de tal forma que este autorizaba al juez para exigir todo tipo de aclaraciones y a dar advertencias, se veían confirmados por la nueva redacción.

La jurisprudencia inicialmente fue muy generosa en su interpretación del nuevo § 139 del Código Procesal Civil e incluso hubo tribunales que advirtieron a las partes sobre la posible prescripción de una pretensión[33]. Aunque el tema sigue controvertido, con el tiempo se ha ido destacando la idea de que es necesario un cierto "nexo" entre las aportaciones de las partes y la advertencia y que la advertencia no debe introducir nuevos fundamentos para sostener la pretensión de una demanda o una contestación. El hilo conductor de una interpretación adecuada solo puede ser el deseo de impedir sentencias sorpresivas. El tribunal debe hacer aquellas advertencias que hagan posible una resolución de la causa de fondo de forma transparente y previsible y teniendo en cuenta todos los hechos que las partes han

30 *Hess/Jauernig*, pp. 171 y s.

31 *Prütting*, ZPO, 2010, § 139, núm. marginal 2.

32 *Schäfer*, NJW 2002, pp. 849 y ss.

33 OLG Naumburg, OLG – Report 2002, p. 105; KG (Kammergericht Berlin), NJW 2002, p. 1732.

introducido o de forma apreciable han querido introducir. En cambio, el tribunal no está obligado a sustituir aportaciones no presentadas por las partes[34].

Advertir sobre equivocaciones obvias, solicitar la eliminación de lagunas obviamente no reconocidas por las partes y esclarecer los hechos de tal forma que se pueda tomar una decisión de fondo en un tiempo y con un esfuerzo adecuado son tareas que el § 139 del Código Procesal Civil deposita hasta cierto punto en los tribunales, teniendo en cuenta que la finalidad del proceso es contribuir a la "victoria" del derecho sustantivo[35].

6. La apreciación (valoración) de la prueba

La valoración de las pruebas en sentido estricto, que es lo que nos ocupa aquí, es consecuencia de la obtención de pruebas. Supone que se han reunido las pruebas relevantes para que sean consideradas en el caso concreto. Por lo tanto, es un requisito previo que el tribunal haya oído a los testigos, que se hayan examinado las otras pruebas (inspección ocular) y que se haya oído a las partes. Si documentos son relevantes, deben haber sido introducidos en el procedimiento y si se requirió un perito, este debe haber preparado y presentado su dictamen.

La cuestión que se plantea ahora es: ¿son suficientes las pruebas reunidas (disponibles) para estimar una demanda o para condenar a un acusado? Contestar a esta pregunta es el objetivo de la valoración de la prueba.

6.1 La prueba tasada

En un inicio, y durante mucho tiempo, la valoración de la prueba se realizaba "por adelantado" por el legislador al crear un sistema de prueba tasada. En el proceso penal esto se refleja en una sorprendente ingenuidad o un preocupante desinterés del legislador por uno de los objetivos del procedimiento, la búsqueda de la verdad, reduciendo este objetivo a una búsqueda de una "verdad" puramente formal[36]. Para una condena, por ejemplo, eran suficientes los testimonios de dos testigos (artículo 67 de la Constitutio Criminalis Carolina) o la confesión del imputado (artículo 22 de la Constitutio Criminalis Carolina). En su forma inicial, dichas reglas eran la expresión de una teoría probatoria positiva en el sentido de que el juez

---

34 *Lösing*, El código procesal civil alemán (ZPO) en el curso de las reformas, en: Fandiño (Dir.), Estudios comparados sobre las reformas al sistema de justicia civil. Alemania, España y Uruguay, 2017, pp. 69 y ss.

35 *Hess/Jauernig*, p. 171.

36 No se debe confundir esta verdad formal" con el término de „verdad procesal, judicial o forense" utilizado en este trabajo para describir el resultado de un procedimiento de búsqueda de la verdad en su sentido de equivalencia con la realidad.

se veía obligado a condenar simplemente cuando las formalidades mencionadas estaban cumplidas[37]. Teniendo en cuenta que la confesión podía ser obtenida por vía de la tortura, el riesgo de condenas injustas era sumamente alto.

En una segunda fase, se aplicó la teoría probatoria negativa en el sentido de que el juez podía (y ya no debía) condenar, si las pruebas requeridas existían formalmente. La existencia formal de las pruebas era necesaria para la condena, pero no impedían una absolución. El problema de este sistema era que el juez debía absolver si no se cumplían los requisitos formales, por ejemplo si simplemente no existía más de un testigo.

La desventaja del sistema de prueba tasada es que puede obligar al juez a tomar una decisión en contra de su convicción, basada por ejemplo en una valoración de la veracidad del testimonio de la víctima o la falta de veracidad del testimonio de un testigo y la presencia de varios indicios etc. En la medida que se fue consolidando la independencia de los jueces y así creciendo la confianza depositada en ellos, la aceptación del sistema de prueba tasada ha ido disminuyendo, sin desparecer por completo[38].

6.2 La libre valoración de la prueba

Con el paso del concepto de reglas jurídicas de la prueba (pruebas tasadas) al principio de la libre valoración de la prueba, surgió un vacío: ¿qué podía ocupar el lugar de aquellos requisitos concretos de la prueba de los que dependía la condena en los conceptos de la teoría de las pruebas tasadas?

El principio de libre apreciación de la prueba[39] libera en gran medida al juez de las normas legales de prueba que prescriben o excluyen un valor probatorio fijo para determinados medios de prueba. Por lo tanto, el juez es básicamente libre de decidir si se han aportado pruebas, incluyendo el valor probatorio de las pruebas individuales y la relación entre varias pruebas, así como el peso de un análisis de las pruebas en relación con su propia experiencia de vida[40]. Por lo tanto, puede, incluso, creer a una parte más que a un testigo y tomar como base de su convicción hechos que todos los testigos negaron. En efecto, lo decisivo es ahora

---

37 *Frisch*, Valoración de la prueba y convicción judicial, en: E En Letra, Derecho Penal, año II núm. 3, Noviembre 2016, pp. 170-184; traducción de Patricia S. Ziffer del ensayo: Beweiswürdigung und richterliche Überzeugung, en: Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik, ZIS 10/2016, pp.707 y ss. accesible en: http://www.zis-online.com/dat/artikel/2016_10_1056.pdf.

38 En materia penal en Alemania p.e. § 190 Código Penal (StGB); en materia civil p.e. §§ 165, 314, 415-418 Código Procesal Civil (ZPO).

39 § 286 del Código Procesal Civil (ZPO), § 261 del Código Procesal Penal (StPO) y § 108 Código Procesal Contencioso Administrativo (VwGO).

40 Una visión muy completa se presenta en *Geipel*, Handbuch der Beweiswürdigung, 2017.

la convicción del juez. Pero ello no significa, que esta convicción sea solo "intima" del juez o incluso arbitraria[41].

El proceso de formación de convicción es un procedimiento estructurado, exigente y sometido a ciertos controles. La convicción es el resultado de un procedimiento minuciosamente racional e independiente en el que se examina la hipótesis de la acusación (en el proceso penal) o el relato de la demanda (en el proceso civil), en particular se comprueba la fuerza de los argumentos que se le oponen y se eliminan las hipótesis concurrentes tomando en cuenta las leyes del razonamiento y los principios de la experiencia[42]. Esto se corresponde, en puntos esenciales, con la jurisprudencia de los tribunales superiores en Alemania. En ella, las sentencias de los jueces de mérito son examinadas en detalle, en cuanto a si se han examinado en forma amplia las alternativas que entran en consideración o si solo se ha hecho una valoración superficial. Se analiza si las hipótesis y posibilidades concurrentes fueron excluidas con fundamentos razonables y si se han dado buenas razones para sostener su convicción, esto es, si la convicción del fallo se sustenta en una base objetiva suficiente[43].

a) Normas del razonamiento, la naturaleza y los principios de la experiencia

Las normas o leyes del razonamiento, la naturaleza y los principios de la experiencia deben ser observadas en todo momento. La renuncia a esquematizar (tasar) las normas de la prueba no pretende eximir de las normas racionales, sino hacerlas cumplir. La valoración de la prueba debe, por tanto, estar libre de contradicciones y ser completa, es decir, debe abordar todas las ambigüedades, dudas y contradicciones, debe realizarse con la pericia necesaria y *a fortiori* permanecer libre de arbitrariedad. La prueba circunstancial, en particular, requiere que la prueba sea valorada con la pericia necesaria. Las pruebas circunstanciales, en particular, exigen una visión de conjunto, por lo que, por regla general, deben tenerse en cuenta no solo las pruebas circunstanciales establecidas, sino también las probables.

Los principios de la experiencia también influyen en la formación de la convicción. Siempre deben tenerse en cuenta al valorar las pruebas. Por ejemplo, el riesgo extremadamente bajo de un defecto técnico en un instrumento utilizado regularmente en un proceso

---

41 Para los casos especialmente problemáticos en materia penal en la cual las únicas pruebas son dos declaraciones contradictorias (la de la supuesta víctima y la del supuesto autor) ver *Velten*, en Wolter (Ed.) Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung – Mit GVG und EMRK, tomo 5, 2014, § 261 núm. marginal 36; *Sancinetti*, Die einzelne Zeugenaussage und das Zweifelsprinzip, en: Freund/Murmann/Bloy/Perron (Ed.), Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtsystems, Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag, 2013 p. 1233.

42 *Frisch*, en Bruns/Kern/Münsch/Piekenbrock/Stadler/Tsikrikas (Ed.), Festschrift für Rudolf Stürner zum 70. Geburtstag, 2013, Tomo I, pp. 849 y ss.

43 *Frisch*, Valoración de la prueba y convicción judicial, en: E En Letra, Derecho Penal, año II núm. 3, Noviembre 2016, pp. 170-184 (183); traducción de Patricia S. Ziffer del ensayo: Beweiswürdigung und richterliche Überzeugung, en: Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik, ZIS 10/2016, pp.707 y ss. (713) accesible en: http://www.zis-online.com/dat/artikel/2016_10_1056.pdf.

semiautomatizado de producción comprobado debe ser una razón para evaluar las declaraciones de testigos de que un daño hubiera sido causado por un defecto técnico y no por un error de la persona que manejó el instrumento, de forma especialmente crítica[44].

b) Análisis crítico de los dictámenes periciales

El análisis de los dictámenes periciales es necesario en la medida en que deben ser valorados cuidadosa y críticamente. El perito debe tener conocimientos específicos. Si hay dudas sobre el contenido del dictamen pericial, se le debe instar a que lo aclare o complete. Las discrepancias entre diferentes dictámenes o declaraciones periciales deben dar lugar a la aclaración de las diferencias de base o de valoración. La discrecionalidad del juez para realizar estos trámites de búsqueda de la verdad prevista en el § 411 párrafo 3 del Código Procesal Civil en estos casos se reduce a cero. Solo en el caso de que tales esfuerzos sean infructuosos, podrán valorarse libremente las discrepancias dando preferencia a un dictamen pericial frente al otro con razones lógicamente comprensibles. Todo esto se aplica también a las objeciones fundadas de una parte contra un dictamen pericial, especialmente mediante dictámenes periciales privados como alegaciones documentadas de las partes (que solo pueden utilizarse y valorarse como dictámenes periciales con el consentimiento de la parte contraria). En caso necesario, las divergencias de los dictámenes periciales privados contradictorios introducidos por las partes al proceso deben ser investigadas mediante un (tercer) dictamen pericial ordenado por el tribunal.

c) Credibilidad del testimonio

En primer lugar, hay que distinguir entre la credibilidad de una persona (*Glaubwürdigkeit*) y la credibilidad de una declaración (*Glaubhaftigkeit*). En la jurisprudencia se repite regularmente el credo de que: "la evaluación de la credibilidad del testimonio de un testigo es una tarea propia del tribunal"[45]. Se trata de una de las tareas más difíciles y más subestimadas en cuestión de la valoración de la prueba. Es raro el juez que tenga dudas sobre su propia capacidad de evaluar un testimonio. Esto es extraño teniendo en cuenta que es de conocimiento general aceptado que el testigo, aunque revele lo que realmente cree recordar, es un medio de prueba sumamente inexacto. Tanto más, si las aseveraciones del testigo se hacen en relación a hechos percibidos en un pasado no demasiado cercano. Adicionalmente existe el riesgo de la mentira, el engaño o la declaración mendaz. La búsqueda de la verdad exige un análisis del testimonio con el fin de detectar inexactitudes y/o mentiras. En la práctica, los tribunales suelen acudir a una evaluación del comportamiento verbal y no verbal en sus juicios de credibilidad. Los argumentos clásicos que se leen en las motivaciones de las

44 *Foerste*, en Musielak/Voit (Edit.), ZPO, 2021, § 286.

45 *Deckers*, en Deckers/Köhnken (Edit.), 2018, p. 181.

sentencias para explicar porqué se cree a cierto testigo es que "ha realizado su testimonio sin contradicciones, constante, ha respondido a las preguntas del tribunal de forma espontánea y libre de tendencias de carga en detrimento de una de las partes o del acusado".

Las dudas sobre la credibilidad muchas veces pueden basarse en la experiencia vital (con el resultado de presunciones o dudas abstractas), por ejemplo, en la sospecha general de que un testigo es solidario con la parte (como pariente, amigo, colega, empleado) o está interesado en el resultado del caso, ya sea una ventaja (por ejemplo, como cedente o fideicomisario) o un perjuicio (por ejemplo, como competidor de una parte, empleado despedido, vecino hostil). Sin embargo, hoy en día, el Tribunal Supremo Federal considera inadmisibles tales presunciones argumentando que son incompatibles con la libre valoración de la prueba y por ello precisan de un soporte adicional al de la presunción en el caso concreto.

En los pocos casos en los cuales los jueces reconocen la necesidad de un análisis más profundo de un testimonio, al menos en el proceso penal pueden solicitar un peritaje en forma de un informe psicológico testimonial (*aussagepychologisches Gutachten*). En su decisión de 30 de julio de 1999[46], el 1er Senado Penal del Tribunal Federal de Justicia describió los requisitos científicos que debe cumplir una evaluación psicológica testimonial (evaluación de la credibilidad) y obligó a los jueces a velar por el cumplimiento de estas normas mínimas en el futuro cuando soliciten y valoren dictámenes periciales[47]. En realidad, una búsqueda de la verdad exhaustiva requeriría también en los casos sin intervención pericial un análisis correspondiente por parte del tribunal al valorar un testimonio.

El único objeto de una evaluación psicológica testimonial es la valoración de la credibilidad del testimonio. Es decir, la cuestión de si el testimonio del testigo sobre un determinado hecho se corresponde con una experiencia real de la persona examinada, es decir, si es verdadero. Por otra parte, la credibilidad general de la persona examinada es irrelevante para la evaluación psicológica testimonial. Metodológicamente, la psicología testimonial parte de la llamada "hipótesis cero" a la hora de evaluar la credibilidad de una declaración. Es decir, la hipótesis inicial es "la afirmación es falsa". En otro paso adicional, se formulan otras hipótesis más específicas, por ejemplo: "la declaración es una declaración falsa deliberada" o "la declaración se basa en una sugerencia". Estas hipótesis adicionales sirven para verificar la hipótesis cero. Solo cuando se pueden negar, es decir, rechazar, todas las demás hipótesis, cuando no se puede encontrar ningún hecho por el que la afirmación pueda ser una afirmación deliberadamente falsa o basada en una sugerencia, por ejemplo, se aplica la hipótesis alternativa, según la cual es una afirmación verdadera. Además de las hipótesis "la afirmación es una afirmación falsa deliberada" o "la afirmación se basa en la sugestión", son

46 BGHSt 45, 164.

47 *Jansen*, Überprüfung aussagepsychologischer Gutachten, en: StV 2000, pp. 224 y ss.

especialmente importantes la llamada "hipótesis de la imputación adicional", la "hipótesis del cierre constructivo de las lagunas de la memoria", la "hipótesis de la experiencia paralela" y la llamada "hipótesis de la venganza".

El punto de partida es el supuesto de que la descripción de un acontecimiento verdadero y la de un acontecimiento conscientemente falso requieren actuaciones mentales completamente diferentes por parte de la persona que hace la declaración. Si se reconstruye un informe sobre un hecho vivido, esto no requiere esencialmente ningún rendimiento mental especial. Al fin y al cabo, uno lo ha experimentado realmente. Esto es diferente en el caso de una declaración deliberadamente falsa. Aquí, la persona que miente construye su declaración a partir de sus conocimientos generales y experiencias personales. En consecuencia, inventar y mantener una declaración sobre un acontecimiento (complejo) sin una base de percepción propia requiere un rendimiento mental mucho mayor. Los indicadores reales, como los denominados rasgos de calidad inmanentes al enunciado, sirven para distinguir los enunciados verdaderos de los deliberadamente falsos y, por tanto, para determinar la calidad del enunciado en el marco del análisis del enunciado orientado al contenido. La frecuente aparición de indicadores reales sirve como indicador de una afirmación sobre lo que realmente se experimentó. Estos tienen un valor indicativo para la credibilidad de la declaración que se va a evaluar si se deriva de la totalidad de los indicadores.

Los denominados indicadores reales incluyen, en particular, el informe de detalles aparentemente incidentales, las denominadas cadenas de acción rotas, las complicaciones inesperadas, las descripciones de elementos de acción mal entendidos de acuerdo con el fenómeno; la coherencia lógica, la riqueza cuantitativa de los detalles, los vínculos espacio-temporales, la descripción de detalles y procesos mentales inusuales, la exoneración del acusado, la autoinculpación y la admisión de lagunas en la memoria. Se reconoce empíricamente que la aparición frecuente de características reales en una declaración se considera una indicación de la credibilidad de las declaraciones. Todos estos exámenes de indicadores reales son útiles al analizar y valorar una prueba testimonial, pero no son obstáculos insalvables para un "buen mentiroso".

Como complemento al análisis de los enunciados orientado al contenido, está el llamado análisis de constancia del testimonio. Mientras que el análisis de contenido se ocupa de la calidad de una sola declaración, el análisis de constancia se ocupa del conjunto de varias declaraciones testimoniales (p.e. frente al primer policía que habla con una víctima en el lugar de los hechos, frente a un amigo o familiar, frente al policía o fiscal que realiza el interrogatorio durante el procedimiento de investigación y finalmente frente al juez en la audiencia principal). El análisis de constancia se refiere, por tanto, a las características de

calidad de los enunciados que resultan de la comparación de enunciados sobre los mismos hechos en diferentes momentos[48].

Por regla general, el resultado del análisis de la declaración, es decir, el análisis del contenido y la constancia no es suficiente para evaluar adecuadamente la credibilidad o falta de credibilidad de una declaración. Más bien, el resultado encontrado con los métodos de análisis de declaraciones debe ser respaldado por el llamado "análisis de competencias" y la "génesis de la declaración". El análisis de la competencia plantea la cuestión de si la calidad del testimonio podría explicarse por las llamadas experiencias paralelas o por la pura invención. La competencia inventiva del declarante presupone su correspondiente capacidad intelectual. Por ejemplo, en el marco de la anamnesis sexual, debe examinarse, si un testigo tenía conocimiento de un comportamiento sexual correspondiente basado en otra experiencia que no es la del hecho acusado. En el marco de la génesis de un testimonio, se llevará a cabo el interrogatorio de terceras personas a las que el testigo de cargo haya hablado sobre los supuestos hechos enunciados en la acusación. Esto se debe a que su competencia y sus reacciones ante el testimonio del testigo influyen naturalmente en el testimonio posterior de ese mismo testigo.

Se continúa con el análisis de la motivación que consiste en determinar los posibles motivos de una incriminación errónea o falsa del acusado por parte de un testigo. Para ello, hay que analizar la relación entre el testigo y el acusado y las consecuencias que la acusación formulada puede tener para las partes implicadas o para terceros. En el análisis de las peculiaridades del desarrollo de la personalidad del testigo, se examinan en particular los problemas de autoestima, el deseo de reconocimiento social y las consecuencias de una posible negligencia emocional.

Sumamente complicados son los casos de sugestión. En dichos casos la persona que declara informa sobre un acontecimiento que no ha experimentado realmente, pero está convencida subjetivamente —como resultado de la sugestión— de que ha experimentado realmente el acontecimiento en cuestión. En consecuencia, su informe sobre un hecho sugerido es completamente similar en calidad de testimonio al informe sobre lo que realmente experimentó. El testigo asume erróneamente que está informando sobre lo que realmente experimentó. Los signos reales no distinguen entre afirmaciones verdaderas y sugeridas. Por tanto, es mucho más difícil distinguir las afirmaciones sugeridas de las verdaderas que las verdaderas de las falsas. Finalmente, hay que analizar el argumento "de los recuerdos reprimidos", que funciona muchas veces en una interacción con factores sugestivos. Aquello que la supuesta víctima no recuerda por iniciativa propia debido al trastorno psicológico sufrido

48 *Jansen*, Zeuge und Aussagpsychologie, 2012, pp. 24 y ss.

por las experiencias supuestamente traumáticas se puede explicar precisamente con el deseo de reprimir los recuerdos traumáticos.

La simple enumeración de aspectos que pueden tener relevancia y que en su caso se deben analizar y tener en cuenta en el momento de valorar una prueba testimonial da una idea de la complejidad del acto de valoración. Incluso si se tienen en cuenta todos los aspectos posibles, no existe una garantía que el resultado sea correcto[49].

7. El estándar de prueba (Beweismaß)

Finalmente, otro aspecto relevante en la determinación de la verdad, es el estándar de prueba aplicable. El estándar de prueba es el grado de conocimiento judicial que debe alcanzarse para que una prueba prospere, es decir convenza al juez o tribunal. Establece si el juez o tribunal debe considerar que la afirmación es cierta con una preponderancia de la probabilidad, con un alto grado de probabilidad o con el mayor grado de probabilidad o incluso con certeza científica.

7.1 Estándar de prueba en el Common Law

El *Common Law* conoce al menos dos estándares de prueba diferentes, la "preponderancia de la prueba" (o de las pruebas" o "balance de probabilidades" en el derecho inglés), para los casos civiles, y la "prueba más allá de toda duda razonable", en los casos penales. En el derecho estadounidense, existe un estándar de prueba intermedio conocido como "prueba clara y convincente", que se aplica en ciertos casos civiles (por ejemplo, fraude civil)[50].

El criterio de "preponderancia de la prueba" del derecho estadounidense se explica en las Federal Jury Practice and Instructions[51] en la sección cuarta como sigue:

> "*To 'establish by a preponderance of the evidence' means to prove that something is more likely so than not so. In other words, a preponderance of the evidence in the case means such evidence as, when considered and compared with that opposed to it, has more convincing force, and produces in your minds belief that what is sought to be proved is more likely true than not true. This rule does not, of course, require proof to an absolute certainty, since proof to an absolute certainty is seldom possible in any case*."

---

49 *Vrij*, Detecting lies an deceit, pitfalls and opportunities, 2008, pp. 200 y ss. Ver también el valioso comentario bibliográfico en castellano de Chehtman, ¿Es posible saber si un testigo dice la verdad?: a propósito de "*Detecting lies and deceit, pitfalls and opportunities*' de Aldert Vrij", en: *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal* Num. 10, 2011.

50 *Brinkmann*, en Prütting (Ed.): Das Beweismaß im Zivilprozess aus rechtsvergleichender Sicht, Prozeß-rechtliche Abhandlungen Heft 121, 2006, pp. 27 y ss.

51 *O'Malley/Grenig/Lee* en: Federal jury practice and instructions.

"Establecer por preponderancia de la evidencia' significa probar que algo es más probable que no. En otras palabras, la preponderancia de las pruebas en el caso significa aquellas pruebas que, consideradas y comparadas con las que se oponen a ellas y comparadas con las opuestas, tienen una fuerza más convincente, y producen en su mente la creencia de que lo que se pretende probar tiene más probabilidades de ser cierto que de no serlo. Esta regla no requiere, por supuesto, una prueba de una certeza absoluta, ya que la prueba de una certeza absoluta rara vez es posible en cualquier caso."

En otras palabras, en el proceso civil basta con que las alegaciones de una parte sean más probablemente ciertas que las de la otra parte, para determinar a su favor.

Por otro lado, para llegar a un veredicto de culpabilidad en un caso penal, el jurado debe estar convencido más allá de cualquier duda razonable de que los hechos alegados por la acusación son ciertos. Observamos dos estándares de prueba distintos, dependiendo del tipo de procedimiento.

7.2 El estándar de prueba en el derecho alemán

En Alemania, el estándar de prueba regular, es decir el grado o la intensidad de la convicción íntima del juez, que este debe tener para decidir a favor de una parte en el proceso civil o para condenar en un proceso penal es, según una opinión todavía mayoritaria, idéntico. Se considera que se ha producido una prueba si el resultado del proceso, en particular la obtención de pruebas, justifica la plena convicción del juez sobre la veracidad de una afirmación, es decir, tiene un grado de probabilidad tan alto que ninguna persona razonable que tenga una visión clara de las circunstancias de la vida puede seguir dudando de ella ("probabilidad que raya en la certeza").

En los procesos civiles, la jurisprudencia, desde la famosa sentencia en el caso "Anastasia", sigue los lineamientos creados en dicha sentencia del Tribunal Supremo Federal (BGH)[52]. En ese caso, la demandante afirmaba ser la única hija superviviente del zar Nicolás II y reclamaba al demandado la entrega de la herencia. El Tribunal Regional y el Tribunal Regional Superior habían desestimado el recurso porque las pruebas no habían sido suficientes para demostrar la condición de heredera. En su recurso de casación, la demandante se quejó de que los tribunales inferiores habían impuesto requisitos excesivos con respecto al estándar de la prueba. El Tribunal Supremo Federal rechazó este punto de vista y subrayó en la motivación de la sentencia que, "según la ley, lo que importa es la convicción del juez sobre la verdad y que no bastaba con una probabilidad del hecho alegado. Se exige una certeza personal para la decisión, sin que la ley exigiera una convicción libre de toda duda. Más

[52] BGH NJW 1970, pp. 946 ss. (948).

bien, en los casos realmente dudosos, el juez puede contentarse con un grado de certeza que sea útil para la vida práctica y que acalle las dudas sin excluirlas por completo".

Por lo tanto, la duda y la certeza no se excluyen mutuamente, ni siquiera según la interpretación del Tribunal Supremo Federal. Esta formulación se critica a menudo como ilógica, ya que el término "certeza" significa precisamente una convicción libre de dudas. Sustituimos el término "certeza personal" por "convicción", como se propone en este trabajo, se puede acallar dicha crítica. Finalmente, el mismo Tribunal Supremo Federal utilizó ambos términos como sinónimos en la sentencia citada.

En el derecho procesal penal, el Tribunal Supremo Federal[53] describe el estándar de prueba necesario para una condena de la siguiente forma: "el requisito para la convicción del juez del delito de un determinado hecho no es una certeza absoluta que excluya por necesidad —o, como dice el Tribunal Regional, "obligatoriamente"— lo contrario u otras posibilidades. Más bien, basta con un grado de certeza suficiente según la experiencia vital que no permita que surjan dudas razonables. Por lo tanto, no se impide al juez de primera instancia extraer conclusiones posibles, aunque no convincentes, de determinados hechos si son sostenibles (jurisprudencia consolidada; véase únicamente BGH, sentencia de 1 de julio de 2008 - 1 StR 654/07; NStZ-RR 2004, 238)".

Una convicción que "acalle las dudas" (proceso civil) o "que no permita que surjan dudas razonables" (proceso penal) realmente no se diferencia mucho[54].

7.3 El cumplimiento del estándar de la prueba

Si en un inicio las diferencias entre el *Common Law* y el *Civil Law* (aquí solo referido al derecho alemán) en cuestión del estándar de la prueba parecen relevantes, estimo que en la práctica no lo son tanto. En el derecho procesal civil alemán existen varias regulaciones que permiten rebajar el estándar de la prueba bajo ciertos conceptos, acercándolos así a una ponderación de la mayor probabilidad. Además, en la práctica es muy difícil analizar si un juez realmente ha llegado a una convicción que "acalle las dudas" o "que no permita que surjan dudas razonables", ya que esto también depende de una apreciación subjetiva. En materia penal, se debe añadir la validez del principio "*in dubio pro reo*", lo que en la práctica parece contribuir a la aplicación de un estándar de la prueba más alto que en el proceso civil. Al menos los controles de la instancia superior parecen ser más estrictos. En efecto, las sentencias de los jueces de mérito o de los hechos en materia penal son examinadas con más detalle

53 BGH, sentencia de 30 de julio 2009 (3 StR 273/09, descarbable bajo http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=33e4771cbb25bafd034aca766cbcb3fb&nr=49288&pos=0&anz=1.

54 *Bender*, Das Beweismaß, en: Grunsky/Stürner/Walter/Wolf (Ed.), Festschrift für Fritz Bauer, 1981, pp. 247 y ss. (250).

por las instancias de apelación y especialmente de casación en Alemania que las sentencias en procesos civiles. Para ello también examinan si la convicción del fallo se sustenta en una base objetiva suficiente[55], introduciendo así el elemento objetivo al procedimiento de valoración y el estándar de la prueba en gran medida subjetivo e incluso intuitivo[56].

8. ¿La inteligencia artificial como instrumento auxiliar en la formación de convicción judicial?

Como todas las decisiones tomadas por seres humanos, también la decisión de un juez es propensa al error. Los numerosos elementos subjetivos e incluso intuitivos que forman parte del proceso de formación de convicción del juez pueden llevar a una desigualdad en el trato judicial de casos comparables[57]. ¿Pueden ayudar nuevas tecnologías para objetivizar este proceso?

En primer lugar, debemos reconocer que las nuevas tecnologías están conquistando también el área del derecho. Actualmente ya existen muchos programas (algoritmos) que se aplican para analizar los derechos y las obligaciones de las partes en situaciones repetitivas que permiten un análisis estandarizado (por ejemplo, calcular la indemnización que una compañía aérea debe pagar a un pasajero por un retraso en un vuelo (*flightright*)). Se trata de casos en los cuales se puede trabajar con datos exactos y solo es necesaria una recopilación de datos para poder estimar las consecuencias jurídicas, sin que se precise de una valoración de pruebas. Sería ingenuo pensar que las nuevas tecnologías dejen de avanzar en el futuro respetando al derecho y a la justicia "como reserva natural para juristas humanos".

El algoritmo COMPAS es una de las diferentes herramientas de "evaluación de riesgos" que ya se utilizan en el sistema jurídico penal de Estados Unidos. A grandes rasgos, el COMPAS se supone que ayuda a los jueces a determinar si un acusado debe permanecer en la cárcel o salir mientras espera el juicio. Se basa en los datos históricos de los acusados para encontrar correlaciones entre factores como la edad de la persona, su historial con el sistema judicial penal y si la persona ha vuelto a ser detenida o no. A continuación, utiliza las correlaciones para predecir la probabilidad de que un acusado sea detenido por un nuevo delito durante el periodo de espera del juicio. El algoritmo recopila datos y con base en estos

---

55 *Frisch*, en Wolter (Ed.) Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung – Mit GVG und EMRK, tomo 7, 2014, § 337 núm. marginal 125.

56 En este sentido también *Brinkmann*, Das Beweismaß im Zivilprozess aus rechtsvergleichender Sicht, en Prütting (Ed.), Prozessrechtliche Abhandlungen, Heft 121.

57 En materia penal ver p.e. *Grundies*, Regionale Unterschiede in der gerichtlichen Sanktionspraxis in der Bundesrepublik Deutschland, en: Hermann/Pöge (Ed.), Kriminalsoziologie 2018, pp. 295 y ss.

hace un pronóstico. Puede ser un elemento de racionalización del trabajo de un juez y con ello sumamente útil.

Por el otro lado, si se desconoce el algoritmo (en el caso concreto programado por una empresa privada), no sabemos con certeza que este esté libre de criterios discriminatorios. En el caso de COMPAS hubo estudios que afirman que el algoritmo llevaba a una discriminación de minorías. En las afirmaciones de los programadores, el COMPAS no incluye la raza en el cálculo de sus puntuaciones de riesgo. En 2016, sin embargo, una investigación de ProPublica argumentó que la herramienta seguía teniendo un sesgo contra los ciudadanos de color. ProPublica descubrió que, entre los acusados que nunca volvieron a ser detenidos, los acusados de color tenían el doble de probabilidades que los blancos de haber sido etiquetados como de alto riesgo por el COMPAS[58]. El estudio ha sido criticado[59] pero pone el dedo en la llaga. Sin una transparencia en el algoritmo utilizado un programa de esta categoría puede influenciar de forma indeseada o incluso injusta al juez.

Para la aplicación de programas similares en la justicia se deberá insistir en la transparencia del algoritmo, su apego a la ley y al derecho[60] y en la independencia judicial, que incluye la libertad de utilizar o dejar de utilizar dichos programas. La independencia del juez y sus competencias sociales necesarias para fomentar la justicia adecuada a cada caso individual por el otro lado no le prohíben utilizar instrumentos de apoyo[61].

9. Conclusiones

Sin confianza en los jueces, el mejor ordenamiento procesal no puede funcionar. La columna vertebral del sistema procesal sigue siendo la buena formación y capacitación de los operadores del poder judicial y de la abogacía. En este aspecto, Alemania invierte recursos importantes y los dos años de formación práctica remunerada conjunta de futuros jueces, fiscales y abogados (*Referendariat*) contribuyen a un clima de profesionalidad y respeto en los procedimientos. La especialización posterior tanto de jueces como de abogados también contribuye a un nivel de debate adecuado y el sistema de remuneración de abogados y costas judiciales promueve la rapidez en las actuaciones, indispensable también a pesar de la necesaria y deseada intensidad de la búsqueda de la verdad.

---

58 *Angwin/Larson*, (2016-05-23). "Machine Bias". ProPublica. Retrieved 2019-11-21.

59 *Flores/Lowenkamp/Bechtel* en: "False Positives, False Negatives, and False Analyses" (PDF). *Community Resources for Justice*. Retrieved 2019-11-21.

60 Algo que se podría lograr en un futuro no demasiado lejano con la combinación adecuada de sistemas basados en reglas y sistemas basados en datos.

61 *Nink*, Richter 2.0? en: ZdiW 2021, pp. 200 y ss.

La equilibrada distribución de elementos escritos y de oralidad en los procedimientos, la concentración en una vista oral (en los procesos civiles) con el debate correspondiente, abierto y con participación activa del juez, son los elementos adicionales que permiten un funcionamiento satisfactorio del sistema procesal civil. También en el sistema procesal penal se han incluido elementos que hacen más transparente el procedimiento de formación de convicción durante el proceso mismo. Nuevas tecnologías, si cumplen con ciertos requisitos, en un futuro pueden ayudar al juez en muchas tareas e incluso ordenar o estructurar elementos necesarios para facilitar una valoración de las pruebas. En cuanto más transparente sea el procedimiento de formación de convicción en el juez, mayor será la aceptación de sus resoluciones.

Bibliografía

Angwin, Julia y Larson, Jeff. "Machine Bias". *ProPublica*, 23 de mayo de 2016. https://www.propublica.org/article/machine-bias-risk-assessments-in-criminal-sentencing..

Baumgärtel, Gottfried; Laumen, Hans-Willi y Prütting, Hanns: *Handbuch der Beweislast*, tomos 1-3. Colonia: Heymanns, Carl, 2018.

Bender, Rolf, Das Beweismaß. En *Festschrift für Fritz Bauer*, Ed.Grunsky; Stürner; Walter, 247-263. Tubingue: 1981.

Brinkmann, Moritz. En *Das Beweismaß im Zivilprozess aus rechtsvergleichender.* Ed. Sicht. Prütting Prozeßrechtliche Abhandlungen Heft 121, 2006.

Brüggemann, Jürgen. "Die richterliche Begründungspflich". *Schriften zur Rechtstheorie* no. 25 (1971).

Chehtman, Alejandro "¿Es posible saber si un testigo dice la verdad?: a propósito de '*Detecting lies and deceit, pitfalls and opportunities'* de Aldert Vrij". *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal* no. 10 (2011).

Deckers, Rüdiger. "Glaubhaftigkeitsprüfung 2018". En *Die Erhebung von Zeugenaussagen im Strafprozess*, tomo 3, Deckers, Köhnken, 181-204. 2018.

Flores, Anthony; Lowenkamp,Christopher; Bechtel, Kristin. En: "False Positives, False Negatives, and False Analyses" (PDF). *Community Resources for Justice. Retrieved.* 21 de noviembre de 2019 http://www.crj.org/assets/2017/07/9_Machine_bias_rejoinder.pdf

Foerste, Ulrich. En Musielak, Voit, *ZPO* (2021).

Frisch, Wolfgang. "Beweiswürdigung und richterliche Überzeugung". En *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 707-714. 2016. http://www.zis-online.com/dat/artikel/2016_10_1056.pdf. Valoración de la prueba y convicción judicial. Traducción de Patricia S. Ziffer. *Letra, Derecho Penal*, vol. 2 no. 3 (Noviembre 2016): 170-184.

Frisch, Wolfgang. "Freie Beweisürdigung und Beweismaß". En *Festschrift für Rudolf Stürner zum 70, tomo 1,* 849-874. Geburtstag, 2013.

Frisch,Wolfgang. En *Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung – Mit GVG und EMRK, tomo 7*, Ed. Wolter. 2014.

Gaul, Hans Friedhelm. "Der Zweck des Zivilprozesses, ein anhaltend aktuelles Tema". En *Zivilprozessrecht im Lichte der Maximen,* 68-81. Ed. Yildirim. 2001.

Geipel, Andreas. *Handbuch der Beweiswürdigung.* 2017.

Greger, Reinhold. En *Zöller, ZPO*, 2021.

Grundies, Volker. "Regionale Unterschiede in der gerichtlichen Sanktionspraxis in der Bundesrepublik Deutschland". En: *Kriminalsoziologie, Handbuch für Wissenschaft und Praxis*. Ed. Hermann, Pöge, 295-316. 2018.

Hess, Burkhard; Jauernig, Othmar. *Manual de Derecho procesal civil*. Madrid: Marcial Pons, 2015.

Jansen, Gabriele "Überprüfung aussagepsychologischer Gutachten". En: StV, pp. 224 y ss. 2000.

Jansen, Gabriele *Zeuge und Aussagpsychologie, Praxis der Strafverteigigung,* tomo 29. 2012.

Katzenmeier, Christian, "Aufklärungs-/Mitwirkungspflicht der nicht beweisbelasteten Partei im Zivilprozeß". En *JZ*, 533-540. 2002.

Landwehr, *Juliane Die Pretrial Discovery, Europäische Hochschulschriften*, tomo 2. 2017.

Lösing, Norbert. "El código procesal civil alemán (ZPO) en el curso de las reformas" En *Estudios comparados sobre las reformas al sistema de justicia civil. Alemania, España y Uruguay.* Dir. Fandiño, 11-132. 2017 https://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/5606/1%20-%20Estudios%20comparados%20sobre%20reformas%20al%20Sistema%20de%20Justicia%20Civil%20-%20VERSI%C3%93N%20DEFINITIVA.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Lösing, Norbert. "La prueba pericial en el proceso civil alemán". En *La prueba pericial a examen*. Dir. Picó i Junoy; Coord. Andino López, Cerrato Gurí, 227 y ss. 2020.

Lüpke, Tobias; Müller, Robert. „Pre-Trial Discovery of Documents und § 142 ZPO – ein trojanisches Pferd im neuen Zivilprozessrecht?". En *NZI*, 2002.

Nieva Fenoll, Jordi. *Derecho procesal II, Proceso civil.* Madrid: Marcial Pons, 2015.

Nink, David. „Richter 2.0". En *ZdiW*, 200-204. 2021.

O'Malley, Kevin F.; Grenig, Jay E.; Lee, Wiliam C. En *Federal jury practice and instructions.* https://www.wyd.uscourts.gov

Platon. *Sämtliche Dialoge*, tomo 2. Editorial Felix Meiner, 1993.

Prütting, Hans. En *ZPO.* Prütting, Gehrlein. 2010.

Reichold, Klaus. *ZPO.* Thomas, Putzo. 2020.

Sancinetti, Marcello. „Die einzelne Zeugenaussage und das Zweifelsprinzip". En *Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtsystems, Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70.* Ed. Freund; Murmann; Bloy; Perron, 1233-1254. Geburtstag, 2013.

Schäfer, Thomas. „Was ist den neu an der neuen Hinseispflicht". En NJW, 849-853. 2002.

Schmidt, Eike. „Die Beweislast in Zivilsachen, Funktionen und Verteilungsregeln“. En *JUS,* 1007-1013. 2003.

Schneider, Egon. “Die Zumutbarkeit der Urkundenvorlage durch Dritte”. En *MDR*, 1-4. 2004.

Schönke, Adolfo. *AcP*, 216-223. 1949.

Schönke, Adolfo. *Derecho Procesal Civil*. 1950.

Schweizer. Mark. “Einheit des Beweimaßes: Soll im Straf- und Zivilprozessrecht das gleiche Beweismaß gelten?”. En *Einheit der Prozessrechswissenschaft?* Ed. Effer-Uhe; Hoven; Kempny; Rösinger, 341-362. 2016.

Stadler, Astrid. En *ZPO.* Musielak; Voit. 2021.

Taruffo, Michele. “Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad”. traducción de Maurizio Betti y Rodrigo Coloma. Revisión de Jordi Ferrer. *Discusiones*, vol. 3, no. 3 (2003): 15-41. http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2016/12/doctrina44675.pdf.

Taruffo, Michele. “Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa”, traducción de Gama, Raymundo. *Doxa*, no. 29 (2006): 249-271. https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/9966/1/Doxa_29_13.pdf

Taruffo, Michele. “Tres observaciones por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar de prueba de Larry Laudan” *Doxa,* no 28 (2005): 115-126. https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10004/1/Doxa_28_09.pdf.

Uhlenbruck, Wilhelm. „Gerichtliche Anordnung der Vorlage von Urkunden gegenüber dem Insolvenzverwalter“, 589-590. En *NZI.* 2002.

Velten, Petra. En *Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung – Mit GVG und EMRK*, tomo 5. Ed.Wolter. 2014.

Vrij, Albert. *Detecting lies and deceit, pitfalls and opportunities*. 2008.

CAPÍTULO XII

Aproximación al principio de contradicción en el pensamiento del maestro Michele Taruffo desde la normativa procesal civil salvadoreña

Manuel Arturo Montecino Giralt

1. Introducción

A pesar de que el principio de contradicción se encuentra previsto en muchos ordenamientos jurídicos, el contenido que, por regla general, se le atribuye, se circunscribe a una visión subjetiva del mismo, vinculada al ejercicio del derecho de defensa de las partes dentro del proceso. Esto ignora, por ello mismo, una visión objetiva, inescindiblemente unida a la idea método o regla que posibilita un grado elevado de racionalidad y de control intersubjetivo en la formación y adquisición de los elementos que servirán al juez para sustentar su decisión de calidad. A la vez que analizamos esa visión tan rica del principio de contradicción, se hace una aproximación a las formas en que esta está de concreta en la tutela ordinaria, sumaria, cautelar y alternativa, así como en la actividad probatoria, particularmente, como control en la identificación del material probatorio, su formación y valoración, según el caso

2. Principio de contradicción. Alcances

Al hablar del principio de contradicción nos estamos refiriendo a un tipo de control de tipo procedimental y de naturaleza esencialmente preventiva[1], en la medida en que opera o se desenvuelve durante el desarrollo del proceso en el que la prueba será utilizada y con anterioridad a que el juzgador pronuncie una decisión. En ese sentido, se trata de un control que

[1] Michele Taruffo, *La prueba de los hechos*, trad. de Jordi Ferrer Beltrán (Madrid: Trotta, 2002), 428.

no se agota en un momento específico del proceso, sino que, como veremos a continuación, se despliega en diferentes momentos de este, antes de que se pronuncie sentencia.

Efectivamente, el carácter preventivo del principio de contradicción confiere a las partes la posibilidad de intervenir y pronunciarse, en el desarrollo del proceso, respecto a todo aquello que pueda incidir en el contenido de la decisión sobre la controversia incoada. Esto tanto sobre las alegaciones de la parte contraria como respecto a la adquisición del material probatorio, formación de las pruebas y la valoración de las mismas, sobre todo teniendo en cuenta que, por un lado, las alegaciones de las partes deben ser atendidas por el juzgador[2] y, por otro, que la única prueba sobre la que este puede fundamentar su decisión es aquella con relevancia procesal, es decir, la prueba que ha sido discutida en el proceso[3].

Es indiscutible que este carácter preventivo del principio de contradicción normalmente se ha estimado estrechamente vinculado con el derecho de defensa de las partes, pues él mismo —y, sobre todo, desde su formulación— constituye un método idóneo para ejercer dicho derecho. Esto, en la medida que posibilita a las partes reaccionar frente a las alegaciones y pruebas aportadas por la contraria, previo al pronunciamiento de una decisión que afecte su esfera jurídica o, como sostiene la jurisprudencia constitucional salvadoreña, "refutar, vía oral o escrita, las argumentaciones de su contraparte que constituyen la base de su pretensión o resistencia[4]".

Esa misma concepción la hallamos en el Código Procesal Civil salvadoreño —en adelante PrCM— de 2008[5], concretamente, en su art. 4, el cual, luego de enunciar el contenido del derecho de defensa, define los alcances del principio de contradicción como oportunidad

---

2 Sentencia proveída por la Sala de lo Constitucional en la inconstitucionalidad 124-2007, de 05 de diciembre de 2012. Disponible en: https://www.jurisprudencia.gob.sv/busqueda/showFile.php?bd=1&data=DocumentosBoveda%2FD%2F1%2F2010-2019%2F2012%2F12%2F9BCA9.PDF&number=638121&fecha=05/12/2012&numero=124-2007&cesta=0&singlePage=false%27

3 Ibíd., 428.

4 Sentencia proveída en los amparos 23-2003/41-2003/50-2003/17-2005/21-2005, de 18 de diciembre de 2009. En igual sentido, véanse las sentencias pronunciadas en los amparos 541-200, de 16 de abril de 2002 y 446-2005, de 06 de febrero de 2008. No obstante, tal como posteriormente se expondrá, localizamos algunas sentencias en las que se le confiere un contenido al principio de contradictorio vinculado no solo con el ejercicio del derecho de defensa sino también con el contenido de la decisión, por ejemplo, la sentencia proveída en la inconstitucionalidad 40-2009/41-2009 de 12 de noviembre de 2010.

5 Decreto Legislativo no. 712, del 18 de septiembre de 2008, publicado en el Diario Oficial no. 224, tomo no. 381, de 27 de noviembre de 2008. Disponible en: https://imprentanacional.gob.sv/servicios/archivo-digital-del-diario oficial/. y en https://www.asamblea.gob.sv/sites/default/files/documents/decretos/171117_072931136_archivo_documento_legislativo.pdf

para exponer la propia argumentación y rebatir la contraria, misma que se concreta en diferentes disposiciones del código, entre otras, las concernientes a la actividad probatoria[6].

De esa forma, encontramos una concepción del principio de contradicción que se configura desde una perspectiva subjetiva, vincula estrechamente con el ejercicio del derecho de defensa, que deja de lado o ignora en absoluto el efecto que produce la contradicción de cara al contenido de la decisión que al respecto se provea. Es decir, el contenido del principio de contradicción lo limita o reduce a la vinculación que existe entre procedimiento y defensa e ignora la que existe entre estos y el contenido de la resolución, el cual, por ello mismo, es irrelevante.

Dicha situación, desde luego, produce grandes paradojas, puesto que podemos encontrarnos ante procesos en los que ha habido un pleno respeto a las garantías procesales de las partes, pero la calidad de la decisión es deficiente, debido a que la misma se encuentra fundamentada en hechos oscuros, cuya verdad no ha sido verificada. En otras palabras, procesos calificados como justos, únicamente en función de la equidad del procedimiento[7], pero que, desafortunadamente, finalizan con una decisión de poca calidad, es decir, injusta[8].

Ante esa paradoja, el maestro Taruffo nos plantea una idea de la contradicción mucho más amplia, que trasciende a la dimensión subjetiva. Introduce, adicionalmente, un aspecto cualitativo, entendido como método o regla que posibilita, además del ejercicio del derecho de defensa entre las partes, un grado elevado de racionalidad y de control intersubjetivo en la formación y adquisición de los elementos que servirán al juez para sustentar su decisión sobre los hechos[9].

Es por ello por lo que, junto a la indiscutible dimensión subjetiva del contradictorio, es importante visualizar una de tipo cualitativo, vinculada con la calidad de la decisión, entendida como aquellas en la que el procedimiento está encaminado a que se provean decisiones justas, de calidad, en las que ha habido una verificación por parte del juez, de la verdad de los hechos[10]. Es decir, una en la que también la contradicción no sea entendida como un

---

6 Por ejemplo, en el caso de la prueba de formación extraprocesal, como es el caso de la documental o la anticipada, en el que la parte contraria tiene el derecho, según el caso, de pedir la exhibición de documentos (art. 336 PrCM), impugnarlos e incluso, pedir la declaración del testigo que vertió su declaración anticipada al proceso por causa justificada (art. 329 PrCM).

7 Michele Taruffo, "Investigación judicial y producción de pruebas por las partes", *La prueba, artículos y conferencias,* (Santiago: Editorial Metropolitana, 2009), 75-78.

8 Michele Taruffo, "Verificación de los hechos y contradictorio en la tutela sumaria", *Advocatus*, no. 18 (agosto 2008), 59. https://revistas.ulima.edu.pe/index.php/Advocatus/issue/view/215

9 Michele Taruffo, *Cinco lecciones mexicanas: memoria del taller de derecho procesal*. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2003, 118.

10 En este aspecto, el maestro Taruffo es claro que en afirmar que asume la concepción lega-racionalista de la justicia como la propuesta por Jerzy Wroblesky, según la cual una reconstrucción verídica de los hechos de la causa es una condición

"medio para inducir a las partes a aceptar la decisión final, sea lo que sea que esta diga"[11], sino como método o regla encaminada a lograr el mandato constitucional de justicia.

En ese sentido, no es suficiente que dentro del proceso se respeten todas y cada uno de los principios constitucionales que lo rigen, sino que también es fundamental que, dentro de este, la decisión jurisdiccional que se provea sea justa, de calidad. En otras palabras, no podemos reducir la idea de proceso a una concepción formal, como sucede en el proceso de tipo adversarial[12], que asimile la idea de proceso justo al cumplimiento de las garantías procesales, entre ellas la contradicción, dado que el acatamiento de estas no supone necesariamente que la decisión final cumpla con el mandato de justicia —o de calidad— previsto constitucionalmente; es decir, que esté encaminado a la verificación real de los hechos, a la búsqueda de la verdad[13].

Dicha concepción no podemos verla aisladamente, dado que la misma es coherente con la finalidad que tiene el proceso civil para el maestro Taruffo Para él, este no es un simple mecanismo para la solución de controversias, "puesto que los principios de legalidad y justicia que rigen en los ordenamientos procesales evolucionados exigen que las controversias se resuelvan con decisiones justas"[14]. Estas últimas, para ser calificada como tal, requieren que concurran, en forma conjunta[15], tres condiciones: (1) que sea resultado de un

---

necesaria de la justicia y de la legalidad de la decisión. Michele Taruffo, "Conocimiento científico y estándares de prueba judicial", La prueba, artículos, 87. Véase también: Michele Taruffo, "*Consideraciones sobre prueba y motivación*", en Consideraciones sobre la prueba judicial (Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009), 17-26.

11 Taruffo, "Investigación judicial y producción", 75.

12 Mirjan, Damaska, *Las caras de la justicia y el poder del estado: análisis comparado del proceso legal* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2000), 13. Agrega este autor que el modelo adversarial "surge a partir de una contienda o disputa: se desarrolla como el compromiso de dos adversarios ante un juez relativamente pasivo, cuyo deber primordial es dictar un veredicto". En la misma dirección, el maestro Taruffo sostiene que en el modelo tradicional del proceso adversarial del proceso, "la figura del juez era la de un árbitro pasivo, de un *impire* desinformado y desinteresado, a más que neutral, que tenía la únicay exclusiva función de asistir al libre enfrentamiento de las partes garantizando su corrección y sancionando los comportamientos *unfair* o ilícitos". Michele Taruffo, *Sobre las fronteras: escritos sobre la justicia civil* (Bogotá: Temis, 2006), 66.

13 Taruffo, "Verificación de los hechos", 60.

14 Taruffo, "Conocimiento científico", 96.

15 La concurrencia conjunta de dichas condiciones es indispensable para encontrarnos en presencia de una decisión justa, puesto que "la averiguación de la verdad de los hechos que han ocurrido en el caso concreto constituye solo una de las condiciones de justicia de la decisión, que para ser justa presupone también que se haya desarrollado de manera correcta y legítima el proceso del que constituye el resultado final y, obviamente, también que sea interpretada correctamente la norma que el juez utiliza como regla de juicio. [...] Por así decirlo, ninguna de las tres condiciones indicadas es suficiente para determinar la justicia de la decisión, mientras que tales condiciones son, en su conjunto, necesarias para que la decisión sea justa". Michele Taruffo, *Verdad, prueba y motivación de la decisión sobre los hechos* (México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2013), 14.

proceso justo; (2) que exista una correcta interpretación y aplicación de la norma asumida como criterio de decisión y (3) la determinación de la verdad de los hechos[16].

No obstante —sostiene Taruffo—, no puede perderse de vista que la correspondencia entre justicia de la decisión y solución de la controversia no es necesaria, puesto que una controversia puede ser eficazmente resuelta por una decisión injusta, mientras que una decisión justa puede no lograr poner termino al conflicto[17]; empero, destaca el maestro Taruffo, ello no nos debe llevar a concluir que existe incompatibilidad entre la idea de proceso como solución de conflictos y la búsqueda de la verdad, "ya que se podría razonablemente decir que un buen criterio para resolver los conflictos es el de fundamentar la solución sobre una determinación verdadera de los hechos que está a la base de la controversia."[18]

Sostiene, asimismo, que la búsqueda o la investigación de la verdad constituye el punto de confluencia o el objetivo común entre la ciencia y el proceso, puesto que, desde una perspectiva legal-racional de la justicia, la reconstrucción verídica de los hechos de la causa es una condición necesaria de la justicia y legalidad de la resolución[19], ello —eso sí— con independencia de que el proceso como tal es un método complicado y normalmente inadecuado, "pero sin embargo un procedimiento orientado hacia el logro de la verdad"[20]. El hecho de que no se logre alcanzar la verdad lo único que evidencia es lo inadecuado de un particular proceso judicial o del modo en que este ha sido tramitado, pero no demuestra que el proceso no pueda o no deba ser concebido como un método para reconstruir la verdad de los hechos[21].

---

16 Taruffo, "Verdad, prueba y motivación", 10-11.

17 Michele Taruffo, *Simplemente la verdad*, traducción de Daniel Accatino (Barcelona: Marcial Ponds, 2010), 124. Al respecto —afirma el maestro Taruffo— que para las teorías que consideran al proceso como un método de solución de controversias, la obtención de la verdad de los hechos no puede ser un objetivo del proceso, e "incluso que puede ser contraproducente si se impone el descubrimiento de hechos que las partes no quieren revelar o si requiere un gasto de tiempo y de dinero que se podría evitar: después de todo, una decisión puede ser eficaz, en el sentido de poner fin a la controversias, incluso si no está fundada en la determinación verídica de los hechos de la causa". Michele Taruffo, "Conocimiento científico y estándares de prueba", *La prueba, artículos*, 96. En el mismo sentido, agrega, la búsqueda de la verdad puede ser vista como un "obstáculo práctico para lograr rápidamente el objetivo consistente en eliminar la controversia". Ibíd., 96. Véase, también: Michele Taruffo, *Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad*, 26 (Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes", 2008). http://www.cervantesvirtual.com/obra/algunas-consideraciones-sobre-la-relacion-entre-prueba-y-verdad/

18 Michele Taruffo, *La prueba de los hechos*, 39.

19 Michele Taruffo, "Conocimiento científico y estándares,87.

20 Michele Taruffo, "Conocimiento científico y estándares,87.

21 Michele Taruffo, "Conocimiento científico y estándares, 87-88.

3. Principio de contradicción y tutela sumaria

Paradójicamente a la vez que se reafirma la idea de proceso justo delineada con anterioridad, se difunde la tendencia de relacionar las formas de tutela ordinaria con otros tipos de procedimientos que asumen características variadas. El maestro Taruffo las reconduce a la categoría de la tutela sumaria, presente en algunos ordenamientos procesales —incluso— en el siglo 14[22].

Destaca el maestro de Pavía[23], que tradicionalmente la tutela sumaria estaba destinada a jugar un papel secundario o marginal, mientras que, con el procedimiento ordinario, se identifica un tipo de procedimiento ideal y por ello aplicable a todo tipo de controversias. No obstante, en los últimos siglos hemos venido viendo un fenómeno que podemos catalogar expansivo, en la medida que cada vez con mayor frecuencia encontramos en los ordenamientos procesales mecanismos de tutela sumaria, que, en algunas ocasiones, constituyen "una verdadera y propia alternativa al procedimiento ordinario"[24], ante las deficiencias de este —que no son una novedad— para realizar la función constitucional de tutela de los derechos.

Se trata de procedimientos que, desde una perspectiva estructural, tienen una configuración mucho más simple y menos formalista y, desde una perspectiva material, se destinan para conocer de materias de menor importancia.

Empero, no podemos confundir este tipo de tutela con aquella que brindan algunos procedimientos denominados sumarios —o abreviados— y especiales, debido a que estos si bien suponen procedimientos más simples y más breves que el ordinario, los mismos cumplen con las condiciones necesarias para calificarlos como justos, debido a que, además de posibilitar el pleno respeto a las garantías procesales de audiencia, defensa, derecho a probar, motivación y congruencia, entre otros[25], procuran que haya una determinación de la verdad

---

22 Michele Taruffo, "Verificación de los hechos", 61.

23 Michele Taruffo, "Verificación de los hechos", 61.

24 Michele Taruffo, "Verificación de los hechos", 61.

25 En la jurisprudencia constitucional salvadoreña, localizamos algunas sentencias en las que la Sala de lo Constitucional se ha pronunciado respecto al necesario respeto a las garantías procesales, particularmente de cara a algunas modalidades de tutela sumaria. Por ejemplo, en la sentencia proveída en la inconstitucionalidad 40-2009/41-2009 de 12 de noviembre de 2010, en la que declaró que el derecho a la protección jurisdiccional conlleva, entonces, "la posibilidad de que un supuesto titular del derecho o interés legítimo pueda acceder a los órganos jurisdiccionales a plantear su pretensión o a oponerse a la ya incoada y a la obtención de una respuesta fundada en derecho a sus pretensiones o su resistencia, a través de un proceso equitativo tramitado de conformidad con la Constitución y las leyes correspondientes. De la anterior noción se advierte que esta protección jurisdiccional se manifiesta a través de cuatro grandes rubros: a. el acceso a la jurisdicción; b. el proceso constitucionalmente configurado o debido proceso; c. el derecho a una resolución de fondo motivada y congruente; y, d. el derecho a la ejecución de las resoluciones". Disponible en https://www.jurisprudencia.gob.sv/DocumentosBoveda/D/1/2010-2019/2010/11/89834.PDF

de los hechos y una correcta interpretación y aplicación de la norma asumida como criterio de decisión de la norma jurídica[26].

En otras palabras, son procedimientos que, si bien tienen una configuración más simple, en la que se acentúan algunos principios del procedimiento, como la concentración, preclusión, inmediación y la reducción de los plazos procesales con el objeto de atajar parte de la problemática de los procesos ordinarios, no por ello dejan de cumplir con las exigencias derivadas del proceso justo.

4. Principio de contradicción y tutela cautelar

Otro de los ámbitos en los que ha incidido la problemática derivada de la ineficacia del proceso ordinario es el concerniente a la tutela cautelar, la cual —por su naturaleza— se funda en una cognición sumaria de los presupuestos de hecho y de derecho exigidos por la ley para su emisión[27]. Empero, destaca el maestro Taruffo, ello no debe ser óbice para hacer un análisis de este tipo de tutela tanto desde sus características esenciales, como lo son la provisionalidad e instrumentalidad, y la práctica que al respecto se ha dado en los diferentes países[28].

Ciertamente la sumarización de la tutela cautelar tradicionalmente se ha justificado por su provisionalidad, precisamente por su falta de idoneidad para producir cosa juzgada y —se suponía— que, a través de un proceso posterior preceptivo, quedaba garantizada una cognición plena[29]. En ese sentido, la sumarización de la tutela cautelar se compensaba por su provisionalidad, por la imposibilidad de producir cosa juzgada y la necesidad de que la subsiguiente tutela de cognición[30].

No obstante, repara el maestro Taruffo[31], en la práctica en muchos casos en la realidad han evidenciado que las cosas han sido diferentes, particularmente de cara a la instrumentalidad de la tutela cautelar. Esto, debido a que, en razón de los extensos plazos de la cognición ordinaria, los efectos de las medidas cautelares, a pesar de su provisionalidad y temporalidad, acaban convirtiéndose en un verdadero anticipo de la sentencia que se proveerá en el proce-

---

26 Taruffo, *Verdad, prueba y motivación*, 14.

27 Taruffo, "Conocimiento científico y estándares", 107.

28 Taruffo, "Verificación de los hechos", 62.

29 Taruffo, "Verificación de los hechos", 61.

30 Esta caracterización se mantiene en la normativa procesal civil (art. 434), en la que la tutela cautelar se puede requerir cuando el proceso se encuentra ya en trámite o, previo al inicio de este, hipótesis en la que caducan de pleno derecho se no es iniciado el proceso correspondiente dentro del mes siguiente a su adopción. Asimismo, resultan pertinentes para visualizar las características de las medidas cautelares en El Salvador, los arts. 431- 456 PrCM.

31 Taruffo, "Verificación de los hechos", 61.

so de cognición, situación que ha supuesto que la tutela cautelar sea mucho menos sumaria y más compleja[32].

En el caso salvadoreño las cosas no han sido diferentes, dado que las medidas cautelares —tal como la misma jurisprudencia constitucional lo ha declarado— constituyen, en muchos de los casos, un verdadero adelanto de la sentencia definitiva. Sin embargo, podemos visualizar algunos casos excepcionales en los que ha habido un abuso y —si se quiere— una desnaturalización de la función cautelar, so pretexto de atender alguna problemática concreta, tal como sucedió con la Ley Especial para la Garantía de la Propiedad o Posesión Regular de Inmuebles[33].

Dicha Ley fue decretada con el objeto de garantizar el derecho de propiedad o posesión regular sobre inmuebles, frente a personas invasoras, a través de un procedimiento eficaz y ágil. Esta ley, en su artículo 5 preveía que el juez podía decretar, como medida cautelar, el desalojo del inmueble ante la mera existencia de indicios de que existe usurpación o posesión de mala fe; por falta de comparecencia del denunciado o por obstaculización violenta o de cualquier tipo, la inspección judicial del inmueble.

Tal disposición fue inaplicada[34] por el juez que conoció de un proceso iniciado con fundamento en la referida Ley Especial, lo que motivó el inicio de un proceso de inconstitucionalidad[35] ante la Sala de lo Constitucional[36], Tribunal que en la sentencia definitiva[37] declaró la inconstitucionalidad del citado artículo 5, por violación a la presunción de inocencia.

---

32 Vemos normativas procesales como la salvadoreña, que dentro del procedimiento cautelar cabe la posibilidad de impugnar, vía recurso de apelación, la resolución que decide sobre la procedencia de las medidas cautelares, lo cual, además de posibilitar, aunque en forma diferida, el contradictorio, permite que la decisión sobre la adopción de medidas cautelares se adopte a partir de una valoración mucho más compleja.

33 Decreto Legislativo No. 23 de 20 de mayo de 2009, publicado en el Diario Oficial No. 94, Tomo 383, de 25 de mayo de 2009. Disponible en: https://www.asamblea.gob.sv/sites/default/files/documents/decretos/171117_072941489_archivo_documento_legislativo.pdf

34 Art. 185.- Dentro de la potestad de administrar justicia, corresponde a los tribunales, en los casos en que tengan que pronunciar sentencia, declarar la inaplicabilidad de cualquier ley o disposición de los otros Órganos, contraria a los preceptos constitucionales.

35 Arts. 77-A, 77-B, 77-C, 77-D y 77-F Ley de Procedimientos Constitucionales. Dichas disposiciones fueron objeto de interpretación conforme a la Constitución por parte de la Sala de lo Constitucional en las interlocutorias proveídas en las inaplicaciones 25-2015 y 42-2010, de 10 de junio de 2015 y 10 de septiembre de 2010, respectivamente. Disponibles en su orden: https://www.jurisprudencia.gob.sv/DocumentosBoveda/D/1/2010-2019/2015/06/B2282.PDF y https://www.jurisprudencia.gob.sv/DocumentosBoveda/D/1/2010-2019/2010/09/897BC.PDF

36 "Art. 174.- La Corte Suprema de Justicia tendrá una Sala de lo Constitucional, a la cual corresponderá conocer y resolverlas demandas de inconstitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos, los procesos de amparo, el habeas corpus, las controversias entre el Órgano Legislativo y el Órgano Ejecutivo a que se refiere el Art. 138 y las causas mencionadas en la atribución 7a. del Art. 182 de esta Constitución".

37 Procesos de inconstitucionalidad 40-2009/41-2009, cuya sentencia fue pronunciada el 12 de noviembre de 2010. Disponible en https://www.jurisprudencia.gob.sv/DocumentosBoveda/D/1/2010-2019/2010/11/89834.PDF

En la referida sentencia uno de los temas que fue objeto del análisis efectuado por el Tribunal fue el del principio de contradicción en el proceso de cognición, tanto como mecanismo de control preventivo entre las partes, así como medio que le permite al juzgador conocer los hechos en que se fundan las pretensiones y defensas y proporcionar eventualmente la prueba de los hechos controvertidos, sobre las cuales el juez decidirá la controversia.

En concreto, la Sala de lo Constitucional declaró que la infracción al art. 12 de la Constitución que reconoce la presunción de inocencia, se produce porque la única medida cautelar prevista en la disposición impugnada, es básicamente un adelanto del contenido de la sentencia definitiva que puede proveerse dentro del proceso. Esta, en virtud de la estructura del proceso, es decretada por el juzgador a partir de la mínima cognición que obtiene del contenido de la denuncia presentada y de la inspección que realiza y, en algunas ocasiones, sin que la parte demandada haya tenido oportunidad para pronunciarse sobre los hechos.

La situación planteada no tiene por objeto restar la importancia de las medidas cautelares en tanto medios que tienen por objeto dotar de eficacia a la protección de los derechos fundamentales; empero, dicha finalidad no puede ni debe suponer una licencia para violentar los principios constitucionales del proceso y, sobre todo, cercenar la potestad del juez de determinar la verdad de los hechos, condiciones de concurrencia imprescindibles para encontrarnos en presencia de un proceso justo.

5. Tutela sumaria alternativa

Uno de los temas que aborda el Maestro Taruffo con sentido crítico es el de la expansión en los ordenamientos jurídicos nacionales de diversas formas de tutela sumaria, motivada por la ineficiencia del proceso ordinario para brindar la tutela de los derechos, la cual, partir de ese momento, se convierte en una vía alternativa a la ordinaria prevista en el ordenamiento procesal[38].

De esa forma, junto a los mecanismos ordinarios de tutela, encontramos otros diseñados para atender el mismo tipo de pretensiones, pero con una estructura que se caracteriza por ser sumamente simple y prever plazos procesales breves. De esta forma, a pesar de la complejidad de su objeto, la cognición por parte del juzgador para resolver la pretensión es sumamente reducida, así como las posibilidades de que las partes ejerzan plenamente sus derechos.

En otras palabras, se trata de pretensiones complejas —que es lo que en la normativa justifica la necesidad de un proceso ordinario—, resueltas a través de procesos alternativos con estructura simple y plazos breves, que, so pretexto de celeridad y eficacia, limitan o

[38] Taruffo, "Verificación de los hechos", 64.

cercenan las oportunidades de las partes de ejercer plenamente sus derechos, así como la función del juez.

Un claro ejemplo de este tipo de procesos es el previsto en la ya citada Ley Especial para la Garantía de la Propiedad o Posesión Regular de Inmuebles. El conocimiento y decisión en dicha ley corresponde al juez de paz, que posee una estructura mínima (solicitud-inspección-audiencia-sentencia) y plazos breves, que pretende ser alternativo al proceso reivindicatorio, del que conoce el juez de primera instancia, que es de tipo declarativo y se tramita por la vía ordinaria —común—.

También son procedimientos alternativos a la tutela ordinaria en el caso salvadoreño, los previstos en la ley que regula la Jurisdicción Voluntaria[39], puesto que el justiciable puede seleccionar entre una y otra vía. Sin embargo, consideramos importante destacar que, para hacer uso de la referida jurisdicción, es necesario que no exista controversia entre las partes y que estas no estén integradas subjetivamente por personas jurídicamente incapaces. Por tanto, se trata de un mecanismo que coexiste con la tutela ordinaria, cuya activación depende exclusivamente de la voluntad de las partes, que opera únicamente cuando no existe controversia y entre persona capaces.

En algunas ocasiones, el legislador, para determinadas materias, únicamente prevé formas de tutela sumaria, en la medida que, a diferencia de la hipótesis anterior, el ordenamiento procesal solamente establece este tipo de remedios para determinas situaciones jurídicas. Esta hipótesis no la encontramos en el ordenamiento salvadoreño[40].

5.1 Características de la sumarización

El Maestro Taruffo[41] hace un esfuerzo por sistematizar las principales características de la tutela sumaria, entre las que destaca:

> a) Se prevé que se provea sentencia definitiva, sin que actúe, con carácter previo, la contradicción y, únicamente, exigiendo la presentación por parte del actor, de las prueban que fundamenten su pretensión. Se trata de un proceso en el que la declaración de voluntad del demandante y las pruebas no son sometidas al control preventivo de la parte contraria, de forma tal que el juzgador carece de marco referencial alguno para determinar la verdad de los hechos, condiciones necesarias para afirmar que nos encontramos ante un proceso justo.

---

39 https://www.asamblea.gob.sv/sites/default/files/documents/decretos/171117_072928742_archivo_documento_legislativo.pdf

40 Taruffo, "Verificación de los hechos", 64.

41 Taruffo, "Verificación de los hechos", 65.

Un claro ejemplo de este tipo de procedimientos sumarios, el de inyunción, en algunos países, presenta las características señaladas; empero, en El Salvador, si bien se encuentra previsto el procedimiento monitorio con carácter alternativo a la tutela ordinaria para el reclamo de obligaciones de determinada cuantía, el resto de condiciones no concurren. Esto se debe a que, una vez admitida la demanda, el juez requiere al demandado que proceda al pago voluntario de la obligación dentro de un plazo determinado o que formule su oposición[42].

> b) Se cumple con el contradictorio, sin que en realidad haya una verdadera fase instructiva, de forma tal que el juez no puede hacer una verificación de la verdad de los hechos.
>
> c) No hay contradicción y no hay verificación de la verdad de los hechos, supuesto en el que ni el juzgador puede verificar la verdad de los hechos aducidos por el actor ni tampoco la parte pasiva tiene la oportunidad —mínima— de ser escuchada, ejercer su defensa y, en general las garantías constitucionales del proceso; condiciones imprescindibles para encontrarnos en presencia de un proceso justo, tal es el caso de la citada Ley Especial para la Garantía de la Propiedad o Posesión Regular de Inmuebles.

Al respecto, el maestro Taruffo destaca que, en un procedimiento con esas características, la función del juez se reduce simple y sencillamente a la "verificación formal de la regularidad del requerimiento formulado por el pretendido acreedor"[43], a una mera constatación "superficial y concerniente no más que a la apariencia de credibilidad de aquellos que las partes afirman"[44]. Lo anterior, con el fin de conceder una tutela rápida principalmente a los acreedores o a ciertas situaciones jurídicas.

Es decir, la necesidad de brindar tutela rápida e informal a pretensiones en que concurren ciertas características particulares es suficiente para justificar la reducción tanto de las funciones del juez —o si se quiere su desnaturalización— como los derechos de las partes, especialmente aquellos vinculados con el ejercicio del derecho de defensa. Por un lado, el juez ya no verifica la verdad de los hechos, sino que simplemente constata la apariencia de credibilidad de lo afirmado y, por otro, el demandado carece por completo del derecho a controvertir los hechos y ejercer su defensa o, en el mejor de los casos, lo puede ejercer en forma diferida, es decir, con posterioridad a que se ordene un acto de limitación de sus derechos.

---

42 Los procedimientos monitorios fueron previstos por primera vez en el Código Procesal Civil y Mercantil de 2008 del art. 489 al 500 PrCM; no obstante, es una vía que poco ha sido utilizada en el país, pues la partes siguen recurriendo a los mecanismos de tutela ordinaria.

43 Taruffo, "Verificación de los hechos", 65.

44 Taruffo, "Verificación de los hechos", 65.

De esa forma, nos encontramos ante dos tipos de tutela distintas —si es que podemos calificar como tal a la sumaria—y que, al ser tan pronunciadas las diferencias entre ambas, no cabe la posibilidad de establecer una relación de equivalencia o correspondencia funcional entre las mismas, dado que el punto en común, de encuentro o de origen de cualquier mecanismo de tutela, no concurre en el caso de tutela sumaria: las garantías fundamentales del proceso justo.

En otras palabras, no podemos calificar a la denominada tutela sumaria como realmente alternativa a la ordinaria, puesto que, en realidad, a aquella no es posible enmarcarla dentro de los denominados mecanismos de tutela, dado que no concurren en ella las notas esenciales para calificarla como tal.

Precisamente, en esa misma dirección, el maestro Taruffo nos plantea la problemática desde la perspectiva constitucional. Señala, al respecto, que nos encontramos ante una evidente "derogación o excepción" de las garantías constitucionales del proceso[45], lo que supone, no solo la ruptura a la regularidad jurídica entre las leyes y la Constitución, sino también la transgresión al principio de supremacía constitucional, concreción, según la jurisprudencia constitucional salvadoreña[46], de la seguridad jurídica.

Ahora bien, el análisis del maestro Taruffo también nos aporta los elementos de juicio necesarios para visualizar una clara transgresión al principio de proporcionalidad[47]. Esto es así, debido a que, si bien reconoce que la tutela sumaria, por regla general, es idónea para lograr la aceleración del proceso, al mismo tiempo nos hace ver que la limitación a las garantías constitucionales del proceso justo no es necesaria para lograr el fin antes señalado. Este fin puede lograrse con medidas que supongan una menor intromisión en las referidas

---

45 Taruffo, "Verificación de los hechos", 66.

46 Sentencias proveídas en los amparos 519-2014, 862-2014 y 161-2016, de 15 de marzo de 2016; 10 de marzo de 2017 y 20 de diciembre de 2017, respectivamente. Disponibles en https://www.jurisprudencia.gob.sv/DocumentosBoveda/D/1/2010-2019/2016/03/B8078.PDF; https://www.jurisprudencia.gob.sv/DocumentosBoveda/D/1/2010-2019/2017/03/C2B26.PDF y https://www.jurisprudencia.gob.sv/DocumentosBoveda/D/1/2010-2019/2017/12/CA613.PDF

47 "(ii) Reglas esenciales de aplicación del principio de proporcionalidad. La aplicación del principio de proporcionalidad exige un examen escalonado o progresivo en el que se fija con precisión si la medida que interviene sobre el derecho es adecuada para la obtención del fin constitucional que previamente ha sido identificado (sea porque así lo establece expresamente la Constitución o porque no está prohibido por ella); si la medida es la más gravosa o menos lesiva de entre todas las existentes; y si el grado de la afectación del derecho intervenido logra compensar el grado de satisfacción del fin constitucional que fundamenta a la medida. Este principio es el parámetro para determinar la validez constitucional de las medidas que afectan negativamente los derechos fundamentales. […]" Sentencia pronunciada por la Sala de lo Constitucional en la controversia 4-2020, de 21 de agosto de 2020. Disponible en: https://www.jurisprudencia.gob.sv/busqueda/showFile.php?bd=1&data=DocumentosBoveda%2FD%2F1%2F2020-2029%2F2020%2F08%2FDF49D.PDF&number=914589&fecha=21/08/2020&numero=4-2020&cesta=0&singlePage=false%27.

garantías, por ejemplo, introduciendo reformas a la tutela ordinaria que la vuelvan mucho más eficiente[48].

Es decir, si bien Taruffo reconoce que la tutela sumaria aprueba el examen de idoneidad para lograr el fin perseguido, también señala que se trata de una medida que no es necesaria, puesto que dicho fin se puede lograr a través de otras medidas que supongan una intromisión menos grave a los derechos fundamentales de las partes[49].

Dicho lo anterior, estimamos que, ante la palmaria violación a las garantías constitucionales del proceso justo y al principio de proporcionalidad, la tutela sumaria estructurada en los términos analizados, lejos de constituir un mecanismo de protección de los derechos, se convierte —paradójicamente— en un instrumento de violación de los mismos, particularmente, del demandado, a quien se le priva de sus derechos, sobre todo el de propiedad, sin haber tenido una oportunidad de ejercer las garantías constitucionales del proceso y al juez verificar la verdad de los hechos.

Ahora bien, dicha violación a los derechos del sujeto pasivo de la pretensión podemos visualizarla en dos planos diferentes, uno en el plano normativo, cometida por el legislador al momento de crear la normativa correspondiente y, otra, en el plano jurisdiccional, ocasionada por el operador del derecho que aplica la normativa contraria a la Constitución. Es decir, sin hacer uso de los mecanismos que la técnica jurídica o los ordenamientos jurídicos le proporcionan para evitar actos de dicha naturaleza, tales como la interpretación conforme a la constitución, la inaplicación o, la queja o duda de constitucionalidad ante los tribunales o salas de lo constitucional, según el caso.

En conclusión, reconocemos que una de las condiciones indispensables para que estemos en presencia de una tutela jurisdiccional de los derechos es que esta se brinde dentro de un plazo razonable. Es por esto que, ante la lentitud del proceso ordinario, se vuelve imprescindible adoptar medidas de diversa índole, entre ellas reformas a la normativa procesal, las cuales, en todo caso, deben respetar las garantías fundamentales del proceso justo, pues, de lo contrario, igualmente no estaríamos en presencia de una verdadera tutela judicial.

---

48 "A quien objetase que de tal manera que no se tutelaría de modo efectivo determinados derechos, se podría responder que un buen proceso ordinario puede alcanzar una tutela suficientemente rápida, de modo que no sea necesaria la tutela sumaria, sino solo una vía cautelar. El remedio no estaría en introducir o en multiplicar formas de tutela sumaria, sino en volver eficiente al proceso ordinario". Taruffo, Taruffo, "Verificación de los hechos", 66.

49 "El subprincipio de necesidad indica la existencia (o inexistencia) de medidas alternativas que tengan la misma o mayor eficacia para lograr el fin propuesto, produciendo una afectación menos intensa de los principios o derechos objeto de intervención; de manera que la medida adoptada debe afectar en lo mínimo posible al derecho fundamental en cuestión". Disponible en https://www.jurisprudencia.gob.sv/busqueda/showFile.php?bd=1&data=DocumentosBoveda%2FD%2F1%2F2020-2029%2F2020%2F08%2FDF49D.PDF&number=914589&fecha=21/08/2020&numero=4-2020&cesta=0&singlePage=false%27.

Pero, además, al encontrarse reconocidas, por regla general, dichas garantías fundamentales del proceso justo en disposiciones de rango constitucional, no es posible, por mandato del principio de supremacía constitucional[50], que una norma de rango infraconstitucional contraríe su contenido y, por ello mismo, cualquier disposición que lo haga es inconstitucional y no una simple "excepción o derogación" de la regla. Las únicas excepciones al contenido de las reglas constitucionales en un Estado de derecho son las que la misma Constitución establece.

6. Principio de contradicción y actividad probatoria

Una de las problemáticas a las que pone especial atención el maestro Taruffo es el de las pruebas atípicas y, la más general, de la libre convicción del juez en la valoración de las pruebas. Esto último debido a la nula cobertura normativa de este amplio sector del fenómeno probatorio[51]. Dicho vacío[52], que, por regla general, "permanece vacío porque faltan criterios racionales de valoración de las pruebas. Algunas veces se extraen elementos para la construcción de esos criterios a partir de la ideología dominante o de alguna concepción general de la racionalidad; mas a menudo, no obstante, la libre convicción del juez permanece libre incluso de cualquier regla racional"[53].

Es por eso que, si bien reconoce que una condición imprescindible para comprobar la verdad de los hechos es que el juez tenga la libertad de usar su propia razón a la hora de valorar la prueba[54], considera que es imprescindible adoptar una serie de controles —diferentes a

---

50 El contenido del principio de supremacía constitucional en la Constitucional salvadoreña es claro al respecto, puesto que, además de proclamarla respecto al resto de disposiciones del ordenamiento jurídico, es claro en establecer, como consecuencia de este, la imposibilidad de que estas contraríen el contenido de la Constitución.

51 Destaca el maestro Taruffo, que el problema del mal uso de la discrecionalidad "no es exclusivo de la valoración de las pruebas atípicas, ya que se plantea también, en los mismos términos, en toda el área, siempre más extendida, gobernada por el principio de la libre convicción del juez". Taruffo, *La prueba de los hechos*, 418.

52 No obstante, el maestro Taruffo rescata un aspecto positivo de ese vacío, pues la carencia de un "sistema racional consolidado y estable es adecuado para dejar espacio a la evolución de los criterios de valoración de las pruebas, en correspondencia con las distintas situaciones culturales que se producen en lugares y momentos históricos diversos. Así pues, el vacío puede resultar positivo porque en cada caso se llena con […], con criterios de valoración de las pruebas correspondientes a la ética y al sentido de racionalidad del ambiente en el que tiene lugar el proceso" Taruffo, *La prueba de los hechos*, 397.

53 La libertad de convicción resulta entonces sinónima de discrecionalidad descontrolada y, la falta de criterios racionales abre el camino al subjetivismo de la intuición irracional […] En consecuencia, la valoración de las pruebas es sustraída al dominio de cualquier racionalidad, lógica, científica o de sentido común, y se sitúa en un espacio ideal en el que el único criterio de juicio es la falta de criterios". Ibíd., 397-398. En la misma dirección; véase: Taruffo, "Algunos comentarios sobre la valoración de la prueba", 24-27.

54 Taruffo, *Verdad, prueba y motivación*, 93-95. Sostiene el maestro Taruffo, que un ordenamiento que contenga normas de prueba legal o el que contenga numerosas o significativas reglas de exclusión de medios de prueba que serían

los de naturaleza normativa— sobre el uso de la pruebas por parte del juzgador. Lo anterior, con el objeto de evitar que la discrecionalidad se convierta en arbitrariedad[55], entre los que encontramos el principio de contradicción entre las partes.

Como sostuvimos con anterioridad, el principio de contradicción entre las partes es un control de tipo procedimental y preventivo de la actividad del juzgador, en la medida que, por un lado, recae sobre la actividad de las partes en el desarrollo del proceso, particularmente aquella dirigida a determinar los hechos y, por otro, debido a que opera previo o con anterioridad a que el juzgador adopte una decisión en las distintas etapas del proceso, en este caso en lo concerniente a la actividad probatoria de las partes.

En ese sentido, el principio de contradicción entre las partes, permite a estas en las distintas etapas de proceso, controlar la actividad del juez previo a que este adopte una decisión en torno a la identificación del material probatorio, a la formación del mismo y a su valoración. Ello, de forma tal que antes de que aquel se pronuncie sobre cada uno dichos aspectos de relevancia probatoria, deberá conceder a las partes la oportunidad de pronunciarse al respecto y, posteriormente a que lo hayan hecho, adoptar una decisión motivada, en la que uno de los aspectos que deberá valorar son las intervenciones de aquellas.

No obstante la palmaria vinculación del contradictorio entre las partes con una dimensión subjetiva en tanto mecanismos que posibilita a estas ejercer sus derechos de audiencia y defensa, también es posible visualizar una función de tipo objetiva dirigida a controlar al juzgador respecto al uso de la prueba dentro del proceso, dado que el contenido de las intervenciones de las partes vinculan al juzgador. Este último, al adoptar la decisión que estime procedente, tiene la obligación de pronunciarse motivadamente sobre las mismas[56].

Ahora bien, a pesar de que existe claridad sobre los alcances del principio de contradicción, poco han sido abordados y definidos los contornos del mismo en lo concerniente a la utilización de la prueba y la valoración de la misma. Es por ello que el maestro de Pavía se encarga de precisar las proyecciones de dicho principio, particularmente, como garantía procedimental de naturaleza preventiva, dado que la misma, por su esencia, supone la implementación de controles desde el momento mismo en que se decide sobre la admisibilidad y relevancia de la prueba, durante su formación e, incluso, hasta antes de que sea valorada por el juez.

---

relevantes, no se inspira en una concepción racional de la decisión, puesto que las primeras, apuntan a constituir "ex ante una suerte de certeza puramente formal que no tiene nada que ver con la verdad" y, las segundas, porque cierran "el paso al ingreso en el proceso a pruebas que serían útiles para una corroboración racional de la verdad de los hechos". Taruffo, *Verdad, prueba y motivación*, 93-95

55 Taruffo, *La prueba de los hechos*, 421.

56 Sobre los alcances y función de la motivación, véase: Taruffo, "Algunos comentarios sobre la valoración", 90-92.

En fin, se trata de una garantía de indiscutible importancia de cara a la decisión sobre los hechos por parte del juzgador. Empero, las modalidades en las que el principio de contradicción puede funcionar como mecanismo de control preventivo tanto en la utilización de las pruebas por parte del juez, como su valoración, no son del todo claras. Por ello, el maestro Taruffo se encarga de precisar sus alcances.

Como hemos adelantado, el principio de contradicción puede funcionar a través de tres modalidades concretas, que operan, en virtud de su naturaleza de control de tipo procedimental, de forma diferente según la etapa en que el proceso se encuentre, tal como lo precisaremos continuación.

> (a) Como mecanismo de control en la identificación del material probatorio destinado a constituir la base para la decisión, la cual es el fundamento de dos actividades "que implican otras tantas formas de control sobre la fase en que se perfila el área de los medios de prueba que serán adquiridos en el proceso"[57]:

En primer lugar, al momento en que el juzgador realiza el juicio de admisibilidad y relevancia de la prueba propuesta por la parte contraria u ordenada oficiosamente —hipótesis que no está prevista en el PrCM salvadoreño[58]—, de forma tal que, previo a que se pronuncie al respecto, posibilita que la parte haga sus alegaciones sobre la admisibilidad y relevancia de la prueba. Esto, a su vez, le confiere mayores elementos de juicio al momento de aplicar las reglas lógicas y jurídicas que regulan la admisibilidad de la prueba, lo cual —sin duda alguna— le permitirá hacer una correcta determinación de los hechos.

Es decir, desde esta perspectiva, el principio de contradicción no solo posibilita la introducción al proceso de elementos de juicio que sirvan para la defensa de una determinada posición procesal, sino que también coadyuva en la función del juzgador. Esto, debido a que le permite obtener mayores elementos de juicio para pronunciarse respecto a la admisibilidad y relevancia de las pruebas, lo cual incide, en forma directa, al momento en que realice la determinación de la verdad de los hechos[59].

En el PrCM salvadoreño, encontramos una regulación que permite a las partes realizar este tipo de control tanto en la fase de alegaciones iniciales como en la audiencia preparatoria.

---

57 Taruffo, *La prueba de los hechos*, 428.

58 El PrCM salvadoreño excluye cualquier posibilidad de que el juez ordena diligencias probatorias oficiosamente, dado que la carga de aportar pruebas corresponde exclusivamente a las partes, de forma tal que el juez solo puede ordenar diligencias para mejor proveer con el fin de esclarecer algún punto oscuro o contradictorio respecto de prueba que ya fue debida y oportunamente aportada y controvertida por las partes (arts. 7, 321 PrCM). En ese contexto, podemos advertir que una de las facultades que posee el juez al respecto, es realizar preguntas aclaratorias "con las limitaciones que el deber de imparcialidad les impone" (art. 369 PrCM), potestad que puede ser objeta por las partes.

59 Ibíd., 429.

El demandante, además, debe ofrecer y determinar la prueba (art. 276.2 ord. 9º PrCM), debe aportar los documentos o dictámenes que comprueben el valor de la cosa litigiosa —a efectos de competencia y procedimiento—, así como los documentos probatorios en que fundamente su derecho, incluidos los dictámenes periciales (art. 288 PrCM).

Similar carga tiene el demandado, al contestar la demanda, quien, además de proponer prueba, tiene la oportunidad de pronunciarse en este momento sobre la admisibilidad relevancia de la prueba ofrecida por el actor (art. 288 PrCM).

Ahora, si bien hay un alegato respecto a la prueba ofrecida, tanto en la demanda como en la contestación, esto solo es hasta la audiencia preparatoria en que el juez decide, entre otros, sobre la admisibilidad y relevancia de la prueba ofrecida por las partes (art. 292 PrCM). Esto lo hace previo a que las partes, entre otros, hayan definido con precisión, la pretensión, los términos del debate, fijado el objeto de la prueba (arts. 293-306 PrCM) y, sobre todo, haberles conferido a las partes una nueva oportunidad de singularizar la prueba, especificar su contenido y la finalidad (arts. 310, 317, 318, 319 y 320 PrCM).

De esa forma, vemos como las partes, a través de sus alegaciones respecto a la prueba —proposición y pronunciamiento sobre la misma— realizan un control respecto a la identificación del material probatorio destinado a constituir la base para la decisión, amén de que las mismas —a la vez— constituyen oportunidades de ejercer su derecho de defensa.

Dicho control, como lo hemos precisado anteriormente, opera básicamente respecto a las pruebas propuestas por la parte contraria, no así —o muy excepcionalmente— a la ordenada oficiosamente por el juez. Ello, dado que el juez, en el PrCM, carece de la potestad de ordenar oficiosamente prueba, salvo en los caso en que sea para mejor proveer —hipótesis en la que es la misma normativa la que impone una serie de límites— amén de la carga de las partes de objetar, por ejemplo, las preguntas aclaratorias ordenadas por el juez en los interrogatorios de propia parte, parte contraria, testigos o peritos, según el caso.

En segundo lugar, le permite a la parte, una vez propuesto un determinado medio probatorio —o admitido, en algunos ordenamientos—, proponer pruebas contrarias a las ofrecidas por la otra parte o dispuestas por el juez de oficio, lo cual supone un control en la medida en que, a través de la confrontación, se puede realizar una verdadera verificación sobre la aceptabilidad de la prueba, pues la mejor forma de verificar es a través de la confrontación con la prueba contraria[60].

Pero, además, la incorporación de prueba contraria, al igual como lo indicamos anteriormente, le permite al juzgador obtener mayores elementos de juicio que le permitirá hacer una mejor determinación de la verdad de los hechos. Por tanto, además de una vertiente

[60] Ibíd., 429.

vinculada con el ejercicio del derecho de defensa, encontramos otra unida inescindiblemente con la función del juez en la determinación de los hechos.

Este tipo de control, en el caso del PrCM salvadoreño, se posibilita una vez que la prueba es ofrecida por la parte actora en la demanda (arts. 286.2 ord. 9º y 288 PrCM), respecto a la cual —al contestar la demanda— el demandado tiene la oportunidad para pronunciarse sobre su admisibilidad y relevancia (art. 288 PrCM). La misma oportunidad se les confiere en el desarrollo de la audiencia preparatoria previo a que el juez decida sobre su admisibilidad (arts. 310, 318, 319, 320 PrCM)

> (b) Ayuda a evitar interferencias indebidas, particularmente del juez, en la formación de las pruebas. Precisamente, a través de la intervención activa de las partes, estas pueden coadyuvar en la formación[61] y el control de las pruebas para verificar su aceptabilidad o autenticidad con el objeto de lograr que se creen pruebas aceptables y, además evitar la introducción de no aptas para fundar una decisión sobre los hechos correcta[62]. En virtud de lo anterior, el principio de contradicción no solo debe visualizarse como un instrumento únicamente vinculado con la defensa[63] de una determinada posición dentro del proceso, sino también como un mecanismo para verificar, en la prosecución de este, la calidad de la prueba.

En ese sentido, el principio de contradicción, como se indicó con anterioridad, es un mecanismo de estricta naturaleza procesal: es predicable respecto a pruebas que se forman y controlan dentro de un proceso. No es el caso en relación con aquellas de origen extraprocesal, en el que las partes o, una de ellas, no participa en su formación. Empero, lo anterior no obsta a que aquellas intervengan al momento de su control de aceptabilidad o autenticidad[64].

---

61 El procedimiento de formación de las pruebas está referido a las "modalidades mediante las cuales la estas se constituyen como elemento utilizable para la determinación judicial del hecho. Se trata normalmente de procedimientos, en el sentido de que la prueba se crea por parte de sujetos particulares, según secuencias preordenadas de actos o comportamientos cuyo objetivo es esa creación y que pueden ser más o menos complejas en función de los casos. Pueden distinguirse entre procedimientos procesales en los que las pruebas se forman en el ámbito del proceso […] y procedimientos extraprocesales cuando las pruebas se crean fuera del proceso […]. Desde esa perspectiva, se puede distinguir entre la verdadera y estricta *formación* de la prueba, cuando el procedimiento sirve para crear un elemento de prueba". Ibíd., 378.

62 El *control* sobre la prueba se produce "cuando un elemento de prueba ya existe, pero se trata de verificar su aceptabilidad o autenticidad. Puede ocurrir que el control sea contextual a la formación […], pero puede ocurrir también que las dos fases sean distintas e incluso que solo el control se produzca en proceso" Ibíd., 378-379.

63 Ibíd., 384.

64 "Por otro parte, el hecho de que esos elementos se formen fuera del proceso sin el contradictorio de las partes no puede ser evidentemente, una razón para excluir su utilización […]. El problema del principio contradictorio, en estos casos, se posterga y se plantea únicamente en la fase procesal de empleo de las pruebas que se han formado fuera del proceso. En otros términos, el principio del contradictorio no puede ser una modalidad necesaria de formación de la prueba (excepto para las pruebas que se forman en el proceso), pero debe ser implementado cuando las pruebas son controladas

Concretamente, en este caso el principio de contradicción funciona como una garantía procedimental previa a la decisión, de forma tal que le permite a las partes intervenir y defenderse preventivamente sobre todos los aspectos relevantes de la formación y control de la prueba antes de que esta se constituya como elemento utilizable para la determinación judicial de los hechos. Es decir que el principio de contradicción permite a las partes intervenir y discutir antes de que el juzgador declare si un elemento es utilizable y es aceptable o auténtico para efectuar la determinación judicial de los hechos.

Este tipo de control, en el PrCM salvadoreño, se desarrolla, por regla general, en la audiencia probatoria, respecto a todos y cada unos de los medios probatorios propuestos —no circunscritos a un *numerus clausus*—, respecto a los cuales la parte contraria tiene la oportunidad, a modo de ejemplo, formular objeciones, (arts. 349, 407, 408, 409, 410 PrCM), interrogar y contrainterrogar (arts. 366, 367, 368, 369 y 387 PrCM) —tanto en el caso de la declaración de parte, parte contraria, testigos o peritos—, alegar el rompimiento de la cadena de custodia (art. 322 PrCM), objetar descripciones en el caso del reconocimiento judicial (arts. 392 y 393 PrCM), entre otros.

Lo mismo sucede respecto a la prueba que se forman extraprocesalmente, por ejemplo, la prueba documental, respecto a la cual la parte contraria tiene la oportunidad de impugnar su autenticidad en el desarrollo del proceso (arts. 338-343 PrCM).

> (c) Sirve como mecanismo de control respecto a la labor de valoración de la prueba por parte del juez, en la medida que le permite hacer alusión a los criterios que deben utilizarse para ello y —a la vez— hacer las argumentaciones pertinentes de cara al caso concreto.

Así, considera el profesor de la Universidad de Pavía, que el principio de contradicción constituye una herramienta que le confiere razonabilidad al ejercicio de las potestades discrecionales que tiene el juzgador, específicamente, en el momento en que este selecciona, entre el material probatorio adquirido en el proceso, los elementos que considera relevantes para la decisión, ya sea que se trate de prueba que haya sido sometida a la contradicción entre las partes en el momento de su formación o admisión, o de elementos que se forman en el momento mismo de la decisión, como sucede con las presunciones.

Precisamente, el principio de contradicción en este caso actúa como medio de control previo a la valoración de las pruebas, puesto que permite a las partes expresar los criterios que deben ser utilizados por el juez al realizar dicha función e incluso, oponerse a los fijados por el juzgador en casos similares; amén de efectuar las argumentaciones que respecto a la prueba estimen pertinentes.

(si esto se realiza en el ámbito del proceso) o, al menos, cuando se usan en el proceso para la determinación de los hechos". Ibíd., 384-385.

De esa forma, vemos una función de la contradicción íntimamente vinculada con la búsqueda de la racionalidad del juez en la valoración discrecional de la prueba, en la medida que le puede aportar criterios que pueden "influir en las elecciones del juez, dirigiéndola sobre los caminos de la racionalidad y no sobre los del subjetivismo incontrolado"[65]. Se trata de una actividad que aporta el juez criterios de valoración de las pruebas que constan en el proceso, los cuales, si bien no vinculan al juez, es necesario que sea atendidos.

Pero, además, visualizamos una dimensión subjetiva en la medida que permite a las partes defenderse previo a que el juez valore la prueba, en este caso, introduciendo al proceso argumentaciones o criterios racionales alternativos que deben ser utilizados por el juez.

En el vigente PrCM este tipo de control de las partes se realiza sobre todo en la etapa probatoria, en el momento reservado para los alegatos finales (art. 412), como parte del cual, entre otros, las partes podrán indicarán "los hechos que consideran probados con indicación de las pruebas que los acreditan", así como "argumentar sobre la falta o la insuficiencia de prueba respecto de los hechos aducidos por la parte contraria; así como sobre lo que a su criterio resulten inciertos" [66].

De esa forma, en esta etapa de la audiencia probatoria, es necesario que las partes precisen los hechos que han pretendido probar, con indicación de las pruebas al efecto aportadas. Para esto, deben indicar su pertinencia respecto a aquellos y la utilidad mismas para su establecimiento en un alto grado de probabilidad. Asimismo, en sentido contrario, podrá entrar a indicar qué hechos no fueron probados por la parte contraria, debido a que no se aportó prueba o, debido a que la que sí se aportó, confiere una probabilidad negativa de que el hecho ha acaecido.

7. Conclusiones

Una de las condiciones para que exista una protección efectiva de los derechos de las personas (arts. 2 Cn. y 1 PrCM), indispensable para encontrarnos en presencia de un verdadero estado constitucional de derecho, es que las decisiones que se provean en los procesos judiciales sean justas, de calidad. Esta condición, en el caso de la legislación procesal civil salvadoreña, no

---

65 Ibíd., 434

66 "**Contenido y forma de los alegatos finales**. Art. 412.- Los alegatos se expondrán en forma oral, para fijar, concretar y ajustar definitivamente **tanto los hechos alegados como la pretensión, a la vista del resultado de la práctica de las pruebas**. No se admitirán en ningún caso alegatos que supongan cambio de la pretensión, tal como quedó fijada en la audiencia preparatoria; pero sí las precisiones, modificaciones o rectificaciones no esenciales, que se razonen como derivadas lógicamente del resultado de la audiencia probatoria. Las partes, al exponer sus alegatos, **relatarán en forma clara y ordenada los hechos que consideran probados, con indicación de las pruebas que los acreditan. También podrán argumentar sobre la falta o la insuficiencia de prueba respecto de los hechos aducidos por la parte contraria; así como sobre lo que a su criterio resulten inciertos**. […]". Resaltado es nuestro.

concurre, puesto que el juzgador no tiene las herramientas procesales para hacer una verdadera determinación de los hechos adecuados —es decir, establecer la verdad o falsedad de los respectivos enunciados a partir de las pruebas disponibles—, debido a que el rol atribuido a este, en virtud de su diseño adversarial, es el de un árbitro pasivo en el debate de las partes, limitado a ordenar diligencias para mejor proveer con fines meramente aclaratorios.

Para que exista una protección jurisdiccional efectiva de los derechos es indispensable que esta se realice dentro de un plazo razonable, es por ello por lo que es indispensable diseñar procesos judiciales o implementar reformas que posibiliten ese fin. Empero, ese proceso no puede desconocer el contenido de los principios constitucionales del proceso justo, dado que sin su concurrencia no estaríamos en presencia de una verdadera tutela judicial.

El principio de contradicción es un tipo de control de tipo procedimental y de naturaleza esencialmente preventiva, que, además de poseer una marcada dimensión subjetiva —en la medida que posibilita el ejercicio del derecho de defensa— tiene una dimensión objetiva, vinculada inescindiblemente con el control de la calidad de la decisión, que confiere a las partes la posibilidad de intervenir y pronunciarse en el desarrollo del proceso respecto todo aquello que pueda incidir en el contenido de la decisión sobre la controversia incoada, entre otros, las pruebas y, particularmente, aquellas de formación extraprocesal, como sucede con la documental y la anticipada en algunas hipótesis.

Bibliografía

Damaška, Mirjan R. *Las caras de la justicia y el poder del estado: análisis comparado del proceso legal.* Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2000.

Taruffo, Michele. "Algunos comentarios sobre la valoración de la prueba". Traducción de Daniel Gonzalez Lagier. *Discusiones no.* 3 (2003): 81-97. http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcmc9m3

Taruffo, Michele. "Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad". En *La prueba: artículos y conferencias,* 41-72. Santiago de Chile: Metropolitana, 2003 https://letrujil.files.wordpress.com/2012/01/la-prueba-michele-taruffo.pdf

Taruffo, Michele. *Cinco lecciones mexicanas: memoria del taller de derecho procesal*. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2003.

Taruffo, Michele. Consideraciones sobre prueba y motivación *mexicanas: memoria del taller de derecho procesal*. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2003.

Taruffo, Michele. "Conocimiento científico y estándares de prueba judicial". En *La prueba: artículos y conferencias,* 41-72. Santiago de Chile: Metropolitana, 2003b https://letrujil.files.wordpress.com/2012/01/la-prueba-michele-taruffo.pdf

Taruffo, Michele. "Consideraciones sobre prueba y motivación". En *Consideraciones sobre la prueba judicial*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.

Taruffo, Michele. "Investigación judicial y producción de pruebas por las partes", En *La prueba: artículos y conferencias,* 41-72. Santiago de Chile: Metropolitana, 2009. https://letrujil.files.wordpress.com/2012/01/la-prueba-michele-taruffo.pdf

Taruffo, Michele. *La prueba de los hechos*, traducción de Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Trotta, 2002.

Taruffo, Michele, *Simplemente la verdad.* Traducción de Daniel Accatino. Barcelona: Marcial Ponds, 2010.

Taruffo, Michele. *Sobre las fronteras, escritos sobre la justicia civil*. Bogotá: Editorial Temis, 2008.

Taruffo, Michele. *Verdad, prueba y motivación en la decisión sobre los hechos.* Mexico: Coordinación de Comunicación Social, 2013.

Taruffo, Michele. *Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad,* 26. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2008. http://www.cervantesvirtual.com/obra/algunas-consideraciones-sobre-la-relacion-entre-prueba-y-verdad/

Taruffo, Michele. "Verificación de los hechos y contradictorio en la tutela sumaria". *Advocatus,* no. 18 (agosto 2008). https://revistas.ulima.edu.pe/index.php/Advocatus/issue/view/215

Decretos Legislativos

Código Procesal Civil y Mercantil (El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador, 2008), https://imprentanacional.gob.sv/servicios/archivo-digital-del-diario oficial/. y en https://www.asamblea.gob.sv/sites/default/files/documents/decretos/171117_072931136_archivo_documento_legislativo.pdf

Ley Especial para la Garantía de la Propiedad o Posesión Regular de Inmuebles (El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador, 2009), https://www.asamblea.gob.sv/sites/default/files/documents/decretos/171117_072941489_archivo_documento_legislativo.pdf

Resoluciones judiciales

Sentencias pronunciadas por la Sala de lo Constitucional de El Salvador

Inconstitucionalidades 40-2009/41-2009, el 12 de noviembre de 2010. https://www.jurisprudencia.gob.sv/DocumentosBoveda/D/1/2010-2019/2010/11/89834.PDF

Amparo 519-2014, de 15 de marzo de 2016. https://www.jurisprudencia.gob.sv/DocumentosBoveda/D/1/2010-2019/2016/03/B8078.PDF

Amparo 862-2014, 10 de marzo de 2017. https://www.jurisprudencia.gob.sv/DocumentosBoveda/D/1/2010-2019/2017/03/C2B26.PDF

Amparo 161-2016, de 20 de diciembre de 2017. https://www.jurisprudencia.gob.sv/DocumentosBoveda/D/1/2010-2019/2017/12/CA613.PDF y

Controversia entre los órganos Legislativo y Ejecutivo 4-2020, de 21 de agosto de 2020. https://www.jurisprudencia.gob.sv/busqueda/showFile.php?bd=1&data=DocumentosBoveda%2FD%2F1%2F2020-2029%2F2020%2F08%2FDF49D.PDF&number=914589&fecha=21/08/2020&numero=4-2020&cesta=0&singlePage=false%27

CAPÍTULO XIII

Violencia de genero: vías procesales para mitigar sus efectos en Argentina (instrumentos para evitar la revictimización)

Eduardo Oteiza y
María Victoria Mosmann

1. Introducción

El presente ensayo parte de un análisis contextual de la violencia de género en Argentina que muestra que los derechos sustanciales establecidos a favor de las víctimas no están adecuadamente protegidos. El diseño de jurisdicciones separadas en materia civil y penal provoca una revictimización de quienes requieren la protección de la justicia. Un tribunal único podría ser más efectivo para tratar las diversas consecuencias que tienen la violencia contra las mujeres como denominador común. Las diferentes aproximaciones al tema aquí tratado subrayan la importancia de pensar el acceso a la justicia poniendo el acento en las víctimas de las violaciones, como sostenía Michele Taruffo.

2. Leyendo a Taruffo: más allá de la retórica

El último libro de Michele Taruffo, *Verso la decisione giusta*[1], comienza con un sugerente capítulo sobre "L'Acceso allá giusticia. Considerazioni critiche". Hay una variedad de aportes de Taruffo sobre el acceso a la justicia, como por ejemplo el desarrollado en *Páginas sobre la Justicia Civil*[2], pero en su libro del 2020 formula dos interrogantes fundamentales con respecto al derecho a la protección jurisdiccional: "*Acceso per chi? Per i poveri?*"

[1] Michele Taruffo, *Verso la decisione giusta* (Torino: G. Giappicheli Editore, 2020).

[2] Michele Taruffo. *Páginas sobre Justicia Civil* (Madrid: Marcial Pons, 2009), capítulos 1 y 2.

Esas preguntas rescatan los desarrollos de Vittorio Denti, su mentor, y de Mauro Cappelletti, en las décadas del sesenta y del setenta, que consolidaron al acceso a la justicia como una noción clave para el Estado de derecho. Resulta indiscutible la dimensión constitucional y supranacional del derecho de acceso a la justicia. Una prueba evidente de su significación es que el acceso igualitario a la justicia fue incorporado como la meta dieciséis de la Agenda 2030, para el Desarrollo Sostenible, de la ONU, al acordar los Estados sobre los objetivos que se debían alcanzar para satisfacer la necesidad de consolidar sociedades pacíficas, justas e inclusivas.

La propuesta teórica de Taruffo consiste en analizar si el reconocimiento normativo a nivel constitucional y supranacional opera efectivamente. En su ensayo, brinda una variedad de ejemplos sobre las diversas barreras que limitan, a vastos sectores sociales, la tutela judicial efectiva de sus derechos. Epistémicamente nos propone evitar las generalizaciones para intentar lograr concretas y específicas respuestas que procuren superar esas restricciones. Las dos preguntas que formula invitan a evitar la falsamente seductora tentación de especular con meras abstracciones, sin atender a las características de los problemas que impactan sobre nuestras sociedades.

Tomando esa perspectiva nos referiremos a la revictimización provocada por estructuras jurisdiccionales que bajo el argumento de la especialización y división del trabajo judicial diseñan respuestas que terminan por limitar el acceso y provocan un pernicioso impacto social. La opción de tratar separadamente, por la justicia penal, por una parte, y civil o familiar, por la otra, los hechos de violencia intrafamiliar, es analizada aquí atendiendo a la pregunta: *Acceso per chi?* Lo cual pone de relieve que resulta imperioso desarrollar respuestas y ofrecer alternativas que tengan en cuenta la situación de la víctima de hechos cuyas dimensiones interconectan problemas penales, familiares y patrimoniales y evite la revictimización provocada por el tratamiento en distintas sedes de conflictos que tienen una singularidad propia. Desde ese punto de partida proponemos indagar sobre cómo en ese tema singular, de múltiples facetas, es factible imaginar soluciones para el segundo interrogante: *Per i poveri?,* dado que la revictimización es particularmente acuciante para las personas vulnerables.

3. Aproximaciones sobre la vulnerabilidad de las víctimas. El contexto normativo

Del Informe sobre femicidios en Argentina 2020 realizado por Mumala[3] surge que 320 mujeres fueron víctimas de muertes violentas, de las cuales 270 fueron femicidios; en el 40 % de

[3] Telam, Agencia Nacional de Noticias, acceso el 12 de junio de 2021, https://www.telam.com.ar/notas/202101/540487-segun-la-organizacion-mumala-hubo-329-muertes-violentas-de-mujeres-en-2020-en-el-pais.html

los casos víctima y victimario convivían, el 13 % de las víctimas estuvo desaparecida, el 7 % fue abusada sexualmente y el 4 % ejercía la prostitución. La Corte Suprema de Justicia de la Nación para el mismo período informa 287 víctimas letales de violencia de género, de ellas 251 fueron víctimas directas de femicidio[4]. En el año 2019, el Observatorio de Femicidios "Adriana Marisel Zambrano", dirigido por la Asociación Civil La Casa del Encuentro[5], hizo públicos los datos referidos al período que abarca desde el 1° de enero al 31 de diciembre de 2019, en el que se registró un femicidio cada 29 horas. La investigación aporta otros datos relevantes: 299 de los casos son muertes de mujeres y niñas. Asimismo, el informe cita que 341 hijas e hijos quedaron sin madre como consecuencia de esta forma de violencia, mientras que más del 60 % son menores de edad. El 52 % fueron asesinadas en sus hogares. En estos informes resulta elocuente el alto número de muertes en contextos de violencia intrafamiliar.

En el año 2019 CEPAL informó que la tasa de muertes registradas cada 100.000 mujeres en la República Argentina es del 1,1 %[6].

El recurso de acudir a los "números" estadísticos muestra que resulta imprescindible afrontar el problema como una indispensable política pública que evite tanto la pérdida de vidas, así como los padecimientos a ellas asociados. Los datos exhiben la urgencia de tomar medidas legales en el campo tanto sustantivo como procesal a los efectos de contener un fenómeno inaceptable de cara a una realidad que demuestra la falta de efectividad de los abordajes que el sistema procesal le ha dado al conflicto generado en un contexto de violencia. La criticidad de las cifras resulta indiscutible si se toma en cuenta que corresponden a los años 2019 y 2020 cuando nuestro país contaba ya con la vigencia de un contexto convencional y normativo que exigía una respuesta eficaz del sistema[7], acorde con la debida diligencia que estos instrumentos le exigen a los Estados.

---

4 Corte Suprema de Justicia de la Nación, acceso el 12 de junio de 2021, https://www.csjn.gov.ar/omrecopilacion/docs/resumenfemicidios2020.pdf

5 La Casa del Encuentro, acceso el 12 de junio de 2021, http://www.lacasadelencuentro.org/index.html

6 Comisión Económica para América Latina y el Caribe, Naciones Unidas, acceso el 12 de junio de 2021, https://oig.cepal.org/es/indicadores/feminicidio, tasa que lamentablemente se mantuvo en relación a la publicación del mismo organismo en el año 2018. https://oig.cepal.org/sites/default/files/femicidio_web.pdf. Ver también los estudios realizados por el mismo organismo respecto a la incidencia de la pandemia en el año 2020 respecto a la violencia de género https://oig.cepal.org/sites/default/files/c2000875_web.pdf

7 Aída Kemelmajer de Carlucci, "Estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre derechos de las mujeres", *Journal international de bioéthique et d'éthique des sciences*, vol. 30, no. 1 (2019), "la ineficacia judicial frente a casos individuales de violencia contra las mujeres propicia un ambiente de impunidad que facilita y promueve la repetición de los hechos de violencia en general y envía un mensaje según el cual la violencia contra las mujeres puede ser tolerada y aceptada, lo que favorece su perpetuación y la aceptación social del fenómeno, el sentimiento y la sensación de inseguridad de las mujeres, así como una persistente desconfianza de estas en el sistema de administración de justicia".

La situación crítica en la que se encuentra la Argentina en relación a las cifras fatales que son consecuencia de la violencia de género, discurre en un marco jurídico que se encuentra conformado por la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), aprobada por la ley 23.179 (también su Protocolo Facultativo fue aprobado por ley 26.171) y, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, adoptada en Belém do Pará, que fue aprobada por la ley 24.632.

El artículo 7[8] de la Convención de Belém do Pará impone al Estado el deber de actuar con la debida diligencia para investigar y sancionar, adoptar medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer de cualquier forma que atente contra su integridad o perjudique su propiedad; tomar todas las medidas apropiadas, para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer; establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos; establecer los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces.

El Estado Argentino en el año 2009 dictó la Ley de Protección Integral a las Mujeres[9], la que, entre sus objetivos, enumera el acceso a la justicia de las mujeres que padecen violencia y, en el Capítulo II del Título III, dispone normas de procedimiento, previendo que el

---

8 Texto íntegro del artículo 7: "Los Estados Partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente: a. abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer y velar por que las autoridades, sus funcionarios, personal y agentes e instituciones se comporten de conformidad con esta obligación; b. actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer; c. incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso; d. adoptar medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer de cualquier forma que atente contra su integridad o perjudique su propiedad; e. tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer; f. establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos; g. establecer los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces, y h. adoptar las disposiciones legislativas o de otra índole que sean necesarias para hacer efectiva esta Convención".

9 Ley N° 26.485 "Ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales", publicada en el Boletín Oficial el 14 de abril de 2009, reglamentada por Decreto 1011/2010.

proceso sea gratuito y sumarísimo, predominantemente oral y con inmediación, habilitando el dictado de medidas preventivas urgentes, asignando el apoyo de un equipo interdisciplinario, y amplias facultades judiciales de dirección del proceso. En el artículo 19, la misma ley prevé que las jurisdicciones locales podrán dictar sus normas de procedimiento y adherir el régimen de esta ley. Luego por ley 27.210 se creó el Cuerpo de Abogadas y Abogados para Víctimas de Violencia de Genero a fin de garantizar el acceso a la justicia de las personas víctimas de violencia de género de conformidad a las prescripciones de la ley 26.485.

4. La debida diligencia del Estado frente a la violencia de género

La violencia contra las mujeres, producto de la sórdida acción de los victimarios, con respecto a la cual el Estado y la sociedad no terminan de reaccionar, coloca a las víctimas ante un sistema de justicia que, lejos de dar soluciones, les enrostra que su última posibilidad de detener y sancionar al violento se verá diluida en una superposición de trámites que provocará un estado de revictimización, provocada por la variedad de vías procesales de protección desarticuladas. La división actual del trabajo judicial frente a la violencia de género es inadecuada, ya que ella tiene manifestaciones penales, familiares y patrimoniales de distinto tipo, no obstante tratarse de un problema que gira en torno de un denominador común, que luego precipita diversos efectos que requieren un tratamiento único por parte de las autoridades judiciales.

La impotencia ante el mal sufrido y la ineficacia del sistema desalienta la interposición de denuncias y pedidos de protección. De allí que debería buscarse una solución real y efectiva, que dé cumplimiento a la obligación de obrar con diligencia que tiene el Estado Argentino, según el compromiso asumido al suscribir la Convención de Belén do Para.

La Corte Interamericana (Corte IDH) ha interpretado esta obligación en dos momentos, el de prevenir y el de sancionar. Por primera vez, aplicó esta Convención en el caso *Maria Da Penha Maia Fernandes vs Brasil* en el que una víctima de violencia doméstica quedó parapléjica en 1985 como consecuencia del abuso físico y los atentados de homicidio perpetrados por su esposo, pese a varias denuncias que había realizado y determinó que el Estado había incumplido su obligación de ejercer la debida diligencia al no condenar y sancionar al victimario durante 15 años[10].

En el caso *González y otras (Campo Algodonero) vs. México*[11] la Corte IDH resolvió que la obligación del Estado de investigar debe cumplirse diligentemente y a la luz de ese deber,

[10] CIDH, 2007, párr. 35.

[11] CIDH, 2009, párrs. 289- 291.

una vez que las autoridades estatales tengan conocimiento del hecho, deben iniciar de oficio y sin dilación, una investigación seria, imparcial y efectiva por todos los medios legales disponibles y orientada a la determinación de la verdad y a la persecución, captura, enjuiciamiento y eventual castigo de todos los autores de los hechos, especialmente cuando están o puedan estar involucrados agentes estatales.

En nuestro país, las provincias de Buenos Aires, Catamarca, Córdoba, Jujuy, Santiago del Estero, Chubut, Salta, han creado fueros especializados para la atención de los casos de violencia, sin haber logrado los resultados esperados conforme surge de las estadísticas relevadas por la Oficina de la Mujer de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el año 2017, que revelan que las provincias de Salta, Jujuy y Santiago del Estero, fueron las provincias con las tasas más altas de femicidios en ese año[12]. Las estadísticas del 2019 revelan que Catamarca, Chubut, Formosa y Salta fueron las provincias con tasas de femicidios más elevadas en relación a la cantidad de habitantes[13], a pesar de la implementación de estos juzgados con competencia especializada, y en el año 2020 las provincias de Jujuy (2,82); Tucumán (2,10); Chaco (1,97); Salta (1,53); Misiones (1,43); Santa Fe (1,38); y Corrientes (1,23), tuvieron una tasa mayor a la media nacional del 1,09.

Los obstáculos para el acceso a la justicia en casos de violencia pueden presentarse básicamente de dos maneras: impidiendo la denuncia por parte de la víctima, circunstancia en la cual el sistema judicial no llegaría a intervenir, o imposibilitando su intervención eficaz. El equipo conformado por el Ministerio de Justicia de la Nación[14] para la redacción de una ley modelo para atender los casos de violencia doméstica, sexual e institucional, en el dossier publicado en el año 2018, enuncia dos ejes de barreras para el acceso a la justicia de las víctimas, las referidas al diseño institucional tales como la falta de patrocinio jurídico gratuito, la multiplicidad de fueros y fragmentación del proceso judicial, como también la ausencia de registros de información unificados y, por otro lado, las practicas judiciales como el proceder burocrático, maltrato, descrédito, victimización secundaria y deficiencias en las medidas de protección.

Las regulaciones procesales deben ser entendidas como manifestaciones del derecho de acceso a la justicia, en su significado más amplio, el cual exige que la tutela resulte efectiva, en el estricto sentido y alcance de la idea de efectividad, que supone la superación de los

---

12 https://ssl.cij.gov.ar/nota-30470-La-Oficina-de-la-Mujer-de-la-Corte-Suprema-presenta-el-Registro-de-Femicidios-de-la-Justicia-Argentina.html

13 La Casa del Encuentro, acceso el 12 de junio de 2021, http://www.lacasadelencuentro.org/index.html, también coincide el informe de la Oficina Mujer de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, acceso el 12 de junio de 2021, en https://www.csjn.gov.ar/omrecopilacion/docs/informefemicidios2019.pdf

14 Portal oficial del Estado Argentino, acceso el 12 de junio de 2021, https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/dossier_ley_modelo_equipo_judicial_especializado.pdf

obstáculos que la limitan e impiden lograr su cometido. El proceso observado desde un punto de vista material y sustantivo debe ser apto para satisfacer los objetivos jurídicos, sociales y políticos, expresados a nivel constitucional y convencional. Los actos procesales tienen una función ante el proceso y este tiene una función ante el derecho sustancial, la sociedad y el Estado[15]. Por ello, el debate sobre la respuesta del poder judicial frente a los casos de violencia debe centrarse en las necesidades que la realidad plantea, a fin de dar una respuesta eficaz a una problemática ante la cual el sistema de justicia se ha mostrado estéril a pesar de los aportes legislativos y orgánicos de las provincias argentinas a los que nos hemos referido.

5. La víctima y el proceso

La aptitud de un sistema procesal, desde la perspectiva de su función constitucional y convencional, que exigen el respeto del derecho humano de acceso a la justicia, debe analizarse a partir de los recaudos que lo vinculan con las especiales necesidades del sujeto que reclama el restablecimiento de sus derechos[16].

Las "100 Reglas de Brasilia Sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad"[17], aprobadas por la Asamblea Plenaria de la XVI Edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana, a las que adhirió la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) por Acordada Nº 5/2009, contienen un catálogo de situaciones en las cuales se considera al sujeto en situación de vulnerabilidad como susceptible de ser asistido por reglas especiales en el trámite del proceso jurisdiccional. Allí, se enumeran entre las personas vulnerables a las víctimas, considerando como tal toda persona física o grupo de personas que hayan sufrido un daño ocasionado por una infracción del ordenamiento jurídico, incluida tanto la lesión física o psíquica, daños emocionales, sufrimiento moral y el perjuicio económico.Y a los fines del acceso a la tutela judicial efectiva "se considera en condición de vulnerabilidad aquella víctima que, por el resultadode la infracción del ordenamiento jurídico, tenga una relevante limitación para prevenir, evitar o mitigar los daños y perjuicios

---

15 Cándido Dinamarco, *La Instrumentalidad del Proceso*, 14 edición (San Pablo: Malheiros Editores, 2009), 318.

16 Mosmann, "Instrumentalidad subjetiva del proceso", *Revista de la Asociación Argentina de Derecho Procesal*, vol. 8, no. 10 (2014), 197; Maria Victoria Mosmann, "Processo e sujeitos vulneraveis. Instrumentalidade procesual de equiparacao subjetiva", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, vol. 1. no. 2. (2015), 119; Maria Victoria Mosmann, "Ejecución de Sentencia y Plazo Razonable, Ejecución Anticipada de Sentencia", *Revista de Derecho Procesal*, no. 2 (2013); Maria Victoria Mosmann, "Requerimientos que llegan a la justicia civil. Los procesos judiciales a casi 20 años de la última reforma constitucional", *Revista Voces en el Fénix*, vol. 4, no. 30 (2013). https://www.vocesenelfenix.com/sites/default/files/numero_pdf/fenix30%20baja.pdf; Mosmann, "Instrumentalidad del Proceso", 875.

17 Cumbre Judicial Iberoamericana, acceso el 12 de junio de 2021, http://www.cumbrejudicial.org/comision-de-seguimiento-de-las-reglas-de-brasilia/documentos-comision-de-seguimiento-de-las-reglas-de-brasilia/item/817-cien-reglas-de-brasilia-actualizadas-version-abril-2018-xix-cumbre-judicial-asamblea-plenaria-san-francisco-de-quito

derivados de dicha infracción o de su contacto con el sistema de justicia, o para afrontar los riesgos de sufrir una nueva victimización. La vulnerabilidad puede proceder de sus propias características personales o bien de las circunstancias de la infracción"[18].

La CSJN, en diversos antecedentes, hizo hincapié en los deberes reforzados de protección del acceso a la justicia de las personas en situación de vulnerabilidad. Se ha referido a ello al tratar temas tales como nulidades procesales diciendo que "es criterio reiterado del Tribunal que el respeto de la regla del debido proceso debe ser observado con mayor razón en el caso de quienes padecen un sufrimiento mental debido al estado de vulnerabilidad, fragilidad, impotencia y abandono en el que se encuentran frecuentemente estas personas, lo que reafirma el principio constitucional a una tutela judicial efectiva (conf. arg. Fallos: 328:4832; 331:1859)"[19]; se refiere a la prueba advirtiendo que "no pudo pasar desapercibido que las circunstancias señaladas adquirían especial consideración en razón de la índole del asunto planteado que afectaba hondamente los derechos de dos personas particularmente vulnerables, el de identidad de la nieta de la actora y los derivados de la condición de su hija discapacitada y presunta víctima de un acto de violencia sexual, aspectos que necesariamente exigían de los jueces un deber de tutela reforzado (Fallos: 328: 4832; 331: 1859)"[20]; también a las medidas cautelares poniendo vigor en una concepción moderna del proceso la que afirma "exige poner el acento en el valor "eficacia" de la función jurisdiccional y en el carácter instrumental de las normas procesales, en el sentido de que su finalidad radica en hacer efectivos los derechos sustanciales cuya protección [en el caso una medida anticipatoria] se presentan como una de las vías aptas, durante el trámite del juicio, para asegurar el adecuado servicio de justicia y evitar el riesgo de una sentencia favorable pero ineficaz por tardía"[21].

La mera instrumentalidad objetiva del proceso resultará estéril dado que resulta imprescindible lograr una vinculación estrecha entre el propósito perseguido por las vías diseñadas y la realidad extraprocesal a la que se aplica. Para lograr la eficacia del proceso no puede dejarse al margen de las formas que habrá de tomar el trámite frente a las necesidades del sujeto que reclama el restablecimiento de sus derechos.

La eficacia del proceso requiere poner la mirada fuera de los límites de las meras formas y tomar un rumbo que lleve al cumplimiento de sus fines. Ya que la tutela judicial tiene su eje en la protección de las personas y sus derechos, la jurisdicción tiene directas implicancias sociales. Es en gran medida el reconocimiento de su utilidad por los miembros de la sociedad lo que la legitima en el contexto de las instituciones políticas del Estado.

---

18 Regla N°11.

19 "Terruli - Ejecución Hipotecaria" CSJN 2015.

20 "G., A. N. e/ S., R. s/ filiación" CSJN 2016.

21 "Pardo" CSJN 2011, considerando 12.

Un antecedente reciente y de notable relevancia en este sentido, es la presentación del Proyecto de Código Procesal Civil y Comercial de la Nación redactado por la Comisión Especial conformada en el Programa Justicia 2020[22] del Ministerio de Justicia de la Nación, el que en su artículo primero, titulado Tutela Judicial Efectiva dice "las normas procesales se interpretarán con el objeto de lograr la efectividad de los derechos sustanciales, observando los fines sociales del proceso, las exigencias del bien común, la eficiencia, la legalidad, la proporcionalidad y la razonabilidad, procurando afianzar la tutela judicial efectiva, en especial para los casos de personas en situación de vulnerabilidad. Se asegurará a las partes la igualdad real de oportunidades para la defensa de sus derechos, removiendo los obstáculos que impidan o dificulten su ejercicio o coloquen a una de ellas en condición de inferioridad jurídica".

Este artículo se refiere, en primer lugar, a la instrumentalidad del proceso respecto de los derechos y, luego, respecto de las personas, lo que nos permite emplear una taxonomía a la que ya nos hemos referido en investigaciones anteriores[23], sobre el principio de instrumentalidad procesal, clasificándolo en objetivo y subjetivo.

La forma subjetiva de realización del principio de instrumentalidad aparece en el texto citado al decir que, las normas procesales se interpretarán con el objeto de lograr la efectividad de los derechos sustanciales procurando afianzar la tutela judicial efectiva en especial para los casos de personas en situación de vulnerabilidad, asegurándose a las partes la igualdad real de oportunidades para la defensa de sus derechos.

Entendemos que la posición de la víctima de violencia debe marcar de modo definitorio la conformación del proceso judicial, el que deberá adoptar las formas necesarias para lograr su plena efectividad en relación al reclamo de la persona en situación de vulnerabilidad.

El eje se centra entonces en la necesidad de evitar que el daño sufrido por la víctima no se vea incrementado como consecuencia de su contacto con el sistema de justicia (victimización secundaria)[24].

---

22 Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de a Nación, acceso el 12 de junio de 2021, http://www.bibliotecadigital.gob.ar/items/show/2661

23 Ver nota anterior con bibliografía de Maria Victoria Mosmann.

24 Daniel Mitidiero, *La Justicia Civil en el Estado Constitucional, Diálogos para un diagnóstico* (Lima: Palestra, 2016), 205: "La colocación de la tutela de los derechos como finalidad del proceso corresponde, en la dogmática procesal civil, a la preeminencia reconocida a la persona humana ante el Estado en el plano constitucional".

6. La justicia penal y la justicia civil, dos caras de una misma situación

Es de una notable ineficacia, y genera situaciones de revictimización, que las consecuencias sobre los derechos de los problemas de violencia de género sean examinadas por diversas jurisdicciones y en procesos independientes. La división de competencias en civil y penal ha sido pensada en función de la especialidad del órgano, pero no atiende los intereses de quien es víctima de hechos violentos. Generar diversos procesos judiciales en fueros distintos, unos —divorcio, alimentos, reparaciones, entre otros posibles— que tramitarán ante un juez civil —o en el fuero especializado en violencia de género en el caso de las provincias que cuentan con estos juzgados— y otros que tendrá radicación ante un juez penal, implica para la víctima, tener que enfrentar la reiteración de declaraciones en procesos distintos, la fragmentación del conflicto y, en la mayoría de los casos, una actuación judicial descoordinada.

Esta enumeración meramente ejemplificativa de supuestos de victimización secundaria muestra que la situación de vulnerabilidad de la víctima necesita otra respuesta y que no puede supeditarse a los intereses corporativos o de organización del trabajo judicial, por sobre las afecciones concretas de valores de mayor significación, privilegiando las estructuras y luego los problemas y las personas que los sufren. Este contexto requiere una redefinición de las soluciones, por lo que corresponde contar con un solo proceso para un único conflicto, finalidad que desde la concepción de la unidad funcional del derecho procesal se muestra posible y, para este conflicto, también deseable.

Si bien desbordaría el cometido del presente analizar diferencias y especificidades teóricas entre el proceso civil y el penal, es evidente que ambos responden, en lo esencial, a la exigencia que enfrenta el órgano jurisdiccional de dictar la mejor decisión posible en relación con una controversia al término de una sucesión jurídicamente reglada de actuaciones[25].

Las comparaciones entre el proceso penal y el proceso civil en los últimos tiempos han mostrado como ambos han mudado su posición extrema del proceso penal inquisitivo al acusatorio y del proceso civil dispositivo a su publicización. Así los extremos parecen haberse acercado, morigerando algunos poderes y vigorizando otros, con la finalidad de obtener resultados útiles y efectivos, sin descuidar la vigencia de las garantías que en ambos rigen[26].

---

[25] Fernando Gascon Inchausti, "Metodología comparada y Derecho Procesal: Algunas consideraciones y propuestas", en *Derecho y Proceso. Liberamicorum del profesor Francisco Ramos Mendez*, 999-1028. (Barcelona: Atelier, 2018), vol. II, 1004 y siguientes.

[26] Joan Pico Junoy, "El Derecho Procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal planteado", *Cuestiones Jurídidas*, vol. 6, no. 1 (2012). http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/13126/13737

En los procesos originados por un conflicto de violencia, el conflicto es único, y la víctima de violencia al emprender su reclamo judicial resulta afectada volviéndose nuevamente víctima al ser recibida por un sistema judicial que fragmenta su problemática con las ya mencionadas consecuencias negativas que ello conlleva.

Las distintas sedes con competencia para analizar los mismos hechos desde diversos derechos sustanciales no logran atender a las necesidades del propio conflicto, ni tampoco —ni mucho menos— las necesidades que la víctima enfrenta en ese contexto que le toca transitar, lo que requiere de una solución procesal distinta que atienda a su verdadero rol de medio para satisfacer su fin[27]. La irreductible separación de los procesos civiles y penales en los casos de violencia no puede ser sostenida sino afectando las previsiones convencionales de debida diligencia para investigar y sancionar. Esta mirada debe ser acompañada de las previsiones presupuestarias que se requieren, ya que podríamos hacer aportes a un modelo ideal de juzgado que se muestre absolutamente impotente si no se cuentan con los recursos humanos y materiales suficientes[28].

En el año 2016, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, en el marco del Programa Justicia 2020, convocó a una mesa de expertos para discutir y elaborar una ley modelo para la creación del Equipo Judicial Especializado, que concluyó su trabajo con la presentación de un anteproyecto de ley de "Creación del Equipo Judicial Especializado en Violencia Doméstica, Sexual e Institucional"[29].

Este modelo toma como antecedente, entre otros[30], el caso español, que, a través de la Ley Orgánica 1/2004, creo tribunales especializados en violencia contra las mujeres con

---

27 Marinoni entiende que el derecho fundamental de acción es el hilo conductor entre las tutelas prometidas por el derecho material y las técnicas procesales. La falta de adecuación entre las técnicas procesales y las tutelas de los derechos pone el derecho fundamental de acción en peligro, pues pone en riesgo la obtención de la tutela efectiva del derecho mediante el ejercicio de la acción. Luiz Guilherme Marinoni, *El Derecho de Acción como Derecho Fundamental* (Bogota: Temis, 2015), 47.

28 Julio C. Baez, "Juzgados de género y políticas públicas". *Jurisprudencia Argentina*, no. 1 (2019): "Estamos persuadidos que debe ponerse en funcionamiento juzgados con competencia múltiple en materia de género que abarque la prolífica familia de conflictos que se ha podido verificar en la materia. Es cierto que la mera inauguración de un órgano no aleja la bruma oscura que alcanza a la problemática que se viene despuntando; además de la instalación del órgano, insistimos a fuerza de aburrir, que la dotación debe estar enmarcada en una verdadera política de estado con recursos materiales, edilicios y humanos para llevar adelante su cometido"

29 Portal oficial del Estado Argentino, acceso el 12 de junio de 2021, https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/dossier_ley_modelo_equipo_judicial_especializado.pdf

30 Cita como antecedentes analizados los siguientes: Estados Unidos (Nueva York, Massachusetts, Florida, Carolina del Sur); México (Baja California Sur y a nivel nacional); Reino Unido (Inglaterra); Canadá; Nicaragua y República Dominicana

competencia penal y civil, política que se planifica continuar profundizando y extendiendo a la mayor cantidad de lugares de España[31].

El Anteproyecto enumera entre sus objetivos evitar la victimización secundaria[32], trabajar con perspectivas de género e interseccionalidad[33], con procesos con actividad concentrada, orales, flexibles, eficientes, con inmediación, con un órgano jurisdiccional con competencia civil y penal unificada con un modelo de juzgado pluripersonal que atiende de modo integral el conflicto y con especial énfasis en la protección de la víctima.

Para ello propone principios generales, define la competencia del equipo judicial especializado, las medidas de protección que podrán ordenarse y su trámite, las formas que habrán de darse a las denuncias, legitimación activa, la forma en que habrán de conjugarse las pretensiones civiles en este proceso integral, para luego disponer el diseño institucional y de gestión judicial que estos tribunales especializados tendrán.

La iniciativa pone el foco en la víctima y en su derecho de acceso a la justicia. De ese modo se aparta de la corriente de la especialidad en materia de competencia que al subdividir los foros de análisis de los hechos y sus consecuencias deja en penumbra y desatiende a la persona que debe ser objeto de protección[34].

---

31 Pilar Alvarez, "El Poder Judicial estudia cómo extender los juzgados de violencia de género", El Pais, 25 de julio de 2019, https://elpais.com/sociedad/2019/07/24/actualidad/1563978659_884829.html

32 El mismo Anteproyecto define en el Titulo VI a la victimización secundaria como: el sometimiento de la persona agredida a demoras, derivaciones, consultas inconducentes o innecesarias, como así también a realizar declaraciones reiteradas, responder sobre cuestiones referidas a sus antecedentes o conductas no vinculadas al hecho denunciado y que excedan el ejercicio del derecho de defensa de parte; a tener que acreditar extremos no previstos normativamente, ser objeto de exámenes médicos repetidos, superfluos o excesivos y a toda práctica, proceso, medida, acto u omisión que implique un trato inadecuado, sea en el ámbito policial, judicial, de las salud o cualquier otro y cita el artículo 3 inciso k del Decreto 1011/2010.

33 Kimberlé Crenshaw, "Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics", *University of Chicago, Legal Forum*, no. 1 (1989). http://chicagounbound.uchicago.edu/uclf/vol1989/iss1/8

34 La Corte Suprema de Justicia de la la Nación Argentina ha dicho en reiteradas oportunidades en contiendas de competencia negativa en materia penal originadas en procesos por violencia de género, que estos litigios deben ser resueltos teniendo en consideración que se trata de un conflicto único (CSJN Competencia N° 475. XLVIII. C., A. C. s/ art. 149 bis, del 27/12/2012; Competencia CSJ 1720/2018/CSJ R., R. A. s/ coacción (art. 149 bis del C.P. del 03/09/2019). El dictamen fiscal al que adhirió la Corte en el precedente "G., C. L. s/ lesiones agravadas y amenazas", Fallos: 339:652dijo "En consonancia con el derecho internacional de los derechos humanos y con la ley 26.485, los actos de violencia denunciados por M S G deben ser investigados y juzgados en forma conjunta a fin de cumplir, con determinación y eficacia, el deber del Estado de investigar, sancionar, reparar y prevenir la violencia de género contra las mujeres, así como a fin de procurar un adecuado acceso a la justicia por parte de las víctimas. En efecto, los hechos, según los cuales M S habría sido agredida en forma verbal y física y de modo reiterado por C: L G en el marco de una relación de pareja –finalizada–, conforman un mismo conflicto de violencia de género. Ese conjunto de actos debe ser investigados y juzgados en forma conjunta, aun cuando alguno de ellos habría ocurrido en una jurisdicción distinta, en aras de procurar una respuesta judicial efectiva a la situación de violencia de género. La fragmentación de los hechos

7. Conclusiones: el proceso único para un conflicto único

Los casos de violencia de género, y de femicidios en particular, relevados en los últimos años, evidencian la ineficacia de su actual abordaje jurisdiccional.

Los compromisos del Estado de prevenir y sancionar la violencia contra las mujeres, que surgen de las Convenciones, la Constitución Nacional y demás leyes nacionales, exigen una real comprensión del conflicto, tanto como suceso particular como social[35]. La Corte IDH en esa dirección sostuvo que las reparaciones en casos de violencia contra la mujer deben tener una vocación transformadora de dicha situación, de tal forma que las mismas tengan un efecto no solo restitutivo sino también correctivo[36].

Los cambios para atender el acceso a la justicia de las víctimas de violencia urgen, y por ello debe el derecho procesal brindar soluciones y mantener su rol de ciencia al servicio de la sociedad[37], para modificar conductas que se mantienen impunes por la ineficacia del proceso que debería juzgarlas y sancionarlas.

La naturaleza del conflicto de violencia contra la mujer, y la especial vulnerabilidad de las víctimas, interpelan a rediseñar un modelo de proceso con garantías plenas de acceso

---

obstaculiza la eficacia de la investigación al impedir que los operadores de justicia tomen en cuenta el contexto de la violencia, y revictimiza a la damnificada, que debería declarar en numerosas oportunidades y ante tribunales distintos sobre hechos que forman parte de un mismo conflicto".

35 Mitidero sostiene que la colocación de la dignidad de la persona humana y de la seguridad jurídica como fundamentos del Estado Constitucional, apunta a la necesidad de que veamos en el proceso civil un medio para la tutela de los derechos. Y ello no apenas en una dimensión particular, como tradicionalmente se entiende, sino también en una dimensión general, vinculada a la producción de un discurso para la sociedad civil a partir del caso concreto enfrentado en el proceso. Midero, *La Justicia Civil en el Estado Constitucional*, 218.

36 Corte IDH, 2009, párr. 450.

37 Debería recordarse a Couture, Eduardo, Fundamentos del Derecho Procesal Civil (Buenos Aires: Depalma, 1958), 484, cuando señalaba que "la ciencia del proceso no tiene como objeto de conocimiento tan solo los actos procesales: las demandas, las pruebas, las apelaciones, las ejecuciones las formas y los plazos. Esta concepción errónea ha hecho pensar a algún filósofo que sobre esa base no se puede construir una ciencia de conocimiento de lo real con validez universal. La ciencia del proceso se asienta sobre sustancias menos frágiles. Es probable que, mediante un esfuerzo de abstracción, sea posible señalar algunas proposiciones relativas a la esencia misma del proceso, no a su exterioridad. Esas proposiciones deben establecer el enlace riguroso del proceso con el derecho. Deben, asimismo, señalar de qué modo el proceso, en tanto tal, es un conjunto de reglas técnicas, en necesaria conexión con el derecho. Las formas surgen de esas reglas técnicas. Su contenido constituye una ciencia. Las reglas técnicas son solo medios para la realización de un fin. La ciencia procura el conocimiento de lo que una cosa es, ordenándola universal y ciertamente en el mundo conocido. Las reglas técnicas, en cambio, dicen cuáles son los medios a los que se debe necesariamente acudir para lograr ciertos fines. La ciencia no encara un hacer sino un ser. La ciencia aplicada es una suma de conocimientos científicos y técnicos adaptados a un objeto útil. El derecho procesal es, en este sentido, ciencia aplicada.", y concluye este párrafo diciendo "solo en este campo, muy restringido, del conocimiento y manejo de las reglas técnicas y el aseguramiento de sus fines sociológicos, parece aceptable la aseveración, más metafórica que jurídica, de que el jurista es un ingeniero social".

a la justicia, tanto de inicio del proceso (denuncia o demanda), como de desarrollo (trámite, cumplimiento y ejecución), evitando su victimización secundaria.

Los modelos de juzgamiento integral o de unificación de tratamiento del conflicto de violencia de género superan las barreras de distinción entre el proceso civil y el penal, en atención a la función que ambos tienen, priorizando las particularidades objetivas y subjetivas del contexto de violencia, con un proceso único para un único conflicto.

Bibliografía

Alvarez, Pilar. "El Poder Judicial estudia cómo extender los juzgados de violencia de género". *El Pais*, 25 de julio de 2019. https://elpais.com/sociedad/2019/07/24/actualidad/1563978659_884829.html

Baez, Julio C. "Juzgados de género y políticas públicas". *Jurisprudencia argentina,* no. 1 (2019): 3-29.

Couture, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil.* Buenos Aires: Depalma, 1958.

Crenshaw, Kimberlé. "Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics". *University of Chicago, Legal Forum*, no. 1 (1989): 139-167. http://chicagounbound.uchicago.edu/uclf/vol1989/iss1/8

Dinamarco, Cándido. *La Instrumentalidad del Proceso*, 14 edición. San Pablo: Malheiros Editores, 2009.

Gascon Inchausti, Fernando. "Metodología comparada y Derecho Procesal: Algunas consideraciones y propuestas". En *Derecho y Proceso. Liberamicorum del profesor Francisco Ramos Mendez*, 999-1028. *(*Barcelona: Atelier, 2018).

Kemelmajer de Carlucci, Aída. "Estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre derechos de las mujeres". *Journal international de bioéthique et d'éthique des sciences,* vol. 30, no. 1 (2019): 17-60.

Marinoni, Luiz Guilherme. *El Derecho de Acción como Derecho Fundamental.* Bogota: Temis, 2015.

Mitidiero, Daniel. *La Justicia Civil en el Estado Constitucional, Diálogos para un diagnóstico.* Lima: Palestra, 2016.

Mosmann, Maria Victoria. "Instrumentalidad subjetiva del proceso". *Revista de la Asociación Argentina de Derecho Procesal*, vol. 8, no. 10 (2014).

Mosmann, Maria Victoria. "Processo e sujeitos vulneraveis. Instrumentalidade procesual de equiparacao subjetiva". *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal,* vol. 1. No. 2. (2015).

Mosmann, Maria Victoria. "Ejecución de Sentencia y Plazo Razonable, Ejecución Anticipada de Sentencia". *Revista de Derecho Procesal,* no. 2 (2013).

Mosmann, Maria Victoria. "Requerimientos que llegan a la justicia civil. Los procesos judiciales a casi 20 años de la última reforma constitucional" *Revista Voces en el Fénix,* vol. 4, no. 30 (2013). https://www.vocesenelfenix.com/sites/default/files/numero_pdf/fenix30%20baja.pdf

Mosmann, Maria Victoria. "Instrumentalidad del Proceso". *Estudios de Derecho Procesal en homenaje a Eduardo J. Couture*. Montevideo: La ley, 2017.

Mosmann, Maria Victoria. "Instrumentalidad Subjetiva del Proceso, Argentina y el Contexto de América Latina". *Motivacao* no.15 (2017).

Oteiza, Eduardo. "Derecho Procesal Comparado. Perspectivas desde América Latina, Lima". En *Memorias del IX Seminario Internacional sobre Proceso & Constitución, de la Pontificia Universidad de Lima*. Lima: Editores, 2019.

Pico Junoy, Joan. "El Derecho Procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal planteado". *Cuestiones Jurídidas,* vol. 6, no. 1 (2012): 11-31. http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/13126/13737

Taruffo, Michele. *Páginas sobre Justicia Civil.* Madrid: Marcial Pons, 2009.

Taruffo, Michele. *Verso la decisione giusta.* Torino: G. Giappicheli Editore, 2020.

CAPÍTULO XIV

Verdad, indicios y valoración probatoria

María Cristina Chen

1. Introducción

Corresponde, en este momento, rendir un sincero homenaje a la vida y obra del profesor y maestro Michele Taruffo, con quien tuve la dicha de colaborar, de la mano de nuestra querida amiga Diana Ramírez Carvajal, en varios de sus proyectos académicos y, además, de compartir sus agradables conversaciones, con la jocosidad y alegría espontánea que caracterizaban a Taruffo como persona.

Alguien que, con la sabiduría de lo vivido y experimentado a lo largo de sus años, era capaz de mirar el mundo con ojos distintos y de no tomarse la vida y las circunstancias tan en serio. Siempre recordaré con cariño los momentos felices entre amigos que compartimos a propósito de la celebración de los cien años de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, organizada por nuestro amigo Giovanni Priori. Recordando que la academia te regala otra familia, la de los descubrimientos intelectuales y de las grandes enseñanzas cognitivas. Pasarán muchos años, para que terminemos de aprender de las valiosas enseñanzas del maestro Taruffo.

En todo proceso, la prueba juega un papel fundamental, para obtener una respuesta positiva de la administración de justicia. Básicamente, en el proceso, existen dos hipótesis encontradas, en donde generalmente, las dos hipótesis que contraponen las partes tienen argumentos de validez y constituyen tanto hechos positivos como negativos, que el juez tendrá que sopesar, para inclinar la balanza de la justicia, en favor de una de las partes.

Muchas son las teorías que se tienen acerca de la naturaleza o la finalidad de la prueba, que no vamos a discurrir. Sin embargo, la más aceptada en el foro y con la cual trabajaremos, es aquella que supone que la prueba tiene por objeto, lograr el convencimiento del juez, acerca de la probanza de los hechos que le son favorables a las partes. Y es que los litigantes sabemos que, en un proceso, las oportunidades que tiene el juez de encontrar la verdad de

los hechos se encuentran significativamente limitadas a una verdad parcial, a esa verdad que las partes le hacen conocer al juez, a través de la probanza de los hechos que le favorecen. Es decir, al amparo de las pretensiones que invocan en un juicio.

Por lo tanto, es necesario señalar que la debida valoración de la prueba tiene como propósito luchar contra la arbitrariedad judicial. De modo que administrar justicia no implicará la aplicación mecánica de normas, sino de que los jueces sean capaces de determinar sobre la base de qué medios de prueba se dan por probados los hechos; establezcan la relación con el derecho invocado y lo contrasten con las pretensiones de las partes, para que, en el caso concreto, administren justicia en favor de una de las partes.

En Panamá, el sistema de valoración de las pruebas sigue siendo el de la sana crítica, que como sabemos se presenta como una alternativa intermedia, entre la prueba tasada y el sistema de libre valoración de la prueba. Por lo que corresponde, para iniciar este análisis, algunas reflexiones sobre la valoración de la prueba en los procesos y su relación con la inmediación, la sana crítica y aquel convencimiento del juez, que no le exonera de exteriorizar y racionalizar la valoración probatoria realizada y que se constituye en la base de su decisión, en aras de garantizar el debido proceso.

2. Valoración de la prueba y su relación con la inmediación

Reza el artículo 781 del Código Judicial de Panamá:

> 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.

Por lo que queda claro que el sistema de la sana crítica es el sigue nuestra legislación y que guía la labor del juez, en cuanto a la valoración de todos los medios de prueba.

Ello no significa en ningún caso, que esta libertad de valoración que se le otorga al juez esté exenta de un ejercicio serio, razonado y lógico, en donde el juez explica sus conclusiones.

Zubiri De Salinas, a propósito, nos recuerda que:

> La valoración de la prueba ha de hacerse conforme a las reglas de la lógica, sin que los razonamientos del tribunal sean arbitrarios, incoherentes o contradictorios, o lleven al absurdo. En este punto diversas sentencias del Tribunal Supremo han efectuado consideraciones, en la mayor parte de los casos genéricas, para sustentar el criterio de la libre

> valoración, de la no reversibilidad en casación, dada la naturaleza extraordinaria de este recurso, pero manteniendo la posibilidad de esta revisión en caso de arbitrariedad de la decisión: STS de 13 de julio de 1995, 13 de noviembre de 2001 y 25 de junio de 2002, entre muchas otras.[1]

De allí la importancia de que las altas Cortes, fijen criterios que lleven al juzgador a un entendimiento más razonado de lo que es la sana crítica y de que estos criterios se desarrollen, para cada medio de prueba, pues como sostiene el autor en comento, al no hacerlo, deja abierta la puerta para decisiones judiciales arbitrarias, incorrectamente razonadas o sin motivación suficiente, tan frecuentes en nuestros países.

En nuestro país, el sistema imperante de valoración de la prueba, basado en la sana crítica, que como todos sabemos, se sustenta en las leyes de la lógica, del correcto entendimiento humano, como lo diría el maestro Eduardo Couture, y de la experiencia. Lo que nos lleva a preguntarnos necesariamente, si ¿las reglas de la sana crítica han propiciado un ejercicio razonado de la prueba en Panamá? O, por el contrario, ¿la jurisprudencia ha demostrado que existe un deficiente ejercicio de razonabilidad, en lo que respecta a la valoración de la prueba? ¿Existe la posibilidad de que los jueces cometan errores de valoración probatoria, escudándose en la inmediación? Más aun nos preguntamos si todas las pruebas disponibles son valoradas en su conjunto, atendiendo a los hechos que evidencian y no, a la categoría que le han asignado, bien sea la doctrina o la ley.

El ejercicio valorativo que realiza el juez, de las pruebas que constan en el proceso, pasa primero por la determinación de cuáles son los hechos probados y sobre la base de estos hechos que se consideran probados, la aplicación del derecho, que, de acuerdo con las pruebas, le asiste a la parte, que ha logrado probar su pretensión o desvirtuar la contraria.

No debemos olvidar que el ejercicio de la jurisdicción comporta la determinación de cuál es el derecho para el caso concreto, en cuanto que los hechos que lo constituyen, en tanto que son relevantes, están en el proceso aceptados o acreditados. Por ello, la función jurisdiccional es, antes que la de llevar a cabo una exégesis de la norma jurídica, la de fijar los hechos comprobados. Dicha fijación, en la medida en que proviene de un debate y de la resultancia de unas pruebas practicadas en el proceso, comporta la necesidad de un análisis valorativo de tales probanzas.

Importa destacar, que la inmediación se encuentra ligada a la idea de un juez activo, que partícipe de la actividad probatoria, solo en estas circunstancias la inmediación adquirirá relevancia. Sin que ello signifique que la inmediación, sea sinónimo de intuición o

---

[1] Fernando Zubiri de Salinas, "¿Qué es la sana crítica? La valoración judicial del dictamen experto", Jueces para la democracia, no. 50 (2004), 54. http://www.juecesdemocracia.es/publicaciones/revista/articulosinteres/ZUBIRI.pdf

pretexto para la irracionalidad. Si el juez valora racionalmente la prueba, la inmediación pasará a un plano complementario de la actividad probatoria, en sede judicial. Trayendo como consecuencia, que todos los juicios de valoración probatoria son revisables e impugnables.

Vale recordar aquí lo que Nieva Fenoll, dice al respecto:

> […] La actividad valorativa se puede subsumir en esquemas auténticamente racionales, huyendo de la intuición. Y que justamente por ello esos esquemas racionales son revisables, lo que equivale a decir que son rebatibles y, por tanto, impugnables a través de un recurso. Nada hay en ellos que impida a un juez diferente al que realizó la valoración en primera instancia, revisar la lógica del razonamiento judicial empleado en esa primera instancia. Ni tampoco debe haber nada en ese razonamiento que no pueda ser explicado en la motivación, por lo que ninguna parte de dicho razonamiento puede escapar al control de una ulterior instancia. De hecho, si el juez de primera instancia tuviera que expresar una conclusión probatoria que no fuera explicable, es decir, motivable, dicha conclusión debe ser expulsada de la sentencia, simplemente porque no es racional.[2]

En palabras de Nieva Fenoll, la actividad valorativa, se puede asumir desde esquemas auténticamente racionales, huyendo de la intuición. Lo contrario, es encubrir una ausencia de motivación en las decisiones judiciales, dañina para el Estado de derecho e inexcusable, desde la óptica del derecho procesal actual.

Por lo que queda claro que la actividad racional que realiza el juez, al establecer los hechos probados es altamente compleja y en ocasiones, alcanzar la verdad en el proceso se torna difícil, puesto que existe complejidad en cuanto a la probanza de los hechos, por la complejidad de la situación jurídica y por lo que la misma ley ha establecido como contenido esencial de la institución. Lo que hace que la verdad sea muy difícil de acercar al proceso

---

[2] Jordi Nieva Fenoll, "Inmediación y valoración de la prueba: el retorno de la irracionalidad", Memorias del XI Congreso Internacional de Derecho Procesal, Colombia, 31 de julio-1 de agosto de 2015, 13. Este autor señala acerca de los errores de valoración que suelen cometer los jueces que: "Es muy frecuente en este contexto hacerse asistir por una prueba pericial, pero, sobre todo, de lo que tiene que cuidar el juez es que sus sentidos no le engañen, es decir, que no crea ver lo que en realidad solamente está intuyendo, como le sucedería, por ejemplo, si tuviera que valorar la estabilidad de un edificio en ruinas. Probablemente concluiría que debe ser inmediatamente demolido porque el inmueble está destrozado. Y, sin embargo, la ayuda de un perito le haría ver que la estructura está perfectamente conservada y que, por tanto, el edificio puede ser regenerado, ahorrando los costes derivados de la demolición y la reconstrucción de la estructura que, pese a las apariencias, estaba en perfectas condiciones.

Todo lo anterior ha sido muy poco utilizado hasta el momento en los procesos. Aunque parezca mentira, se le ha dado la espalda a toda esa realidad. Se ha valorado y se valora, salvo excepciones, la credibilidad de un declarante a través de la simple intuición del juez, normalmente inmotivada. Se han dado por buenas sin más trámites las conclusiones de un perito, sin mucho más esfuerzo, dado que se ha pensado sistemáticamente que, en realidad, era imposible entender por qué concluyó lo que concluyó ese perito, al desconocer su ciencia. Y por supuesto, también se han pasado por alto importantes aspectos de muchos documentos cuyas conclusiones hubieran sido otras muy distintas de las que, probablemente, se acabaron reflejando en la sentencia." Nieva Fenoll, "Inmediación y valoración de la prueba", 10.

por parte de los litigantes, y es la misma ley la que muchas veces se constituye en un impedimento para ese acercamiento de la verdad en el proceso. Tomando en cuenta que, en líneas generales, la verdad alcanzada en el proceso es la percepción de la realidad a la que llega el juez, como sujeto principal en la toma de decisiones en el proceso.

Por tanto, no podríamos decir que los hechos probados corresponden, en todos los procesos, a los hechos verdaderos, sino más bien a la conducción que el intelecto humano le ha dado a los hechos, interpretándolos de forma tal que se alcance un grado de confirmación de unos supuestos de hecho, sobre la base de la prueba ofrecida por las partes y no necesariamente, la verdad o la falsedad de esos hechos que da por probado el juzgador.

Con claridad meridiana Tartufo señala que:

> Los juristas habitualmente intentan escapar de este problema recurriendo a una distinción: habría, por un lado, una verdad Formal (o judicial o procesal) que sería establecido en el proceso por medio de las pruebas y de los procedimientos probatorios; y, por otro lado, habría una verdad material (o histórica, empírica, o simplemente, verdad) referida al mundo de los fenómenos reales o, en todo caso, a sectores de experiencia distintos del proceso que se obtendría mediante instrumentos cognoscitivos distintos de las pruebas judiciales.
>
> Es habitual también distinguir entre una verdad relativa, que es típica del proceso, y una verdad absoluta, que existiría en algún lugar fuera del proceso.[3]

Uno de estos escenarios complejos lo constituye la probanza de la acción pauliana, puesto que los tribunales de justicia valoran los hechos apegados a la tradición de inicios de siglo pasado, por la cual se entendía que el elemento predominante se encontraba en la probanza de la intención fraudulenta del tercero, alcanzando incluso ese tercero en la legislación panameña, una protección de ley, que le amparan más allá de la probanza de la constitución del fraude por parte del propio deudor, puesto que además de probar la intención fraudulenta del deudor, hay que probar la intención fraudulenta del tercero, para despojarlo de la condición de tercero adquiriente de buena fe que le otorga la ley. En estos escenarios, resulta claro que la prueba directa resulta no adecuada o insuficiente para brindarle a las partes la flexibilidad que requiere la probanza de los hechos, y es entonces en donde entran a jugar un papel fundamental los indicios.[4]

---

3 Michele Taruffo, *La prueba de los hechos.* 4.a Edición (España: Editorial Trotta, 2011), 24.

4 Sentencia de 18 de octubre de 1983, de la Corte Suprema de Justicia de Panamá, Sala de lo Civil: "Es menester que el acto haya sido ejecutado con dolo, tanto por el deudor como por el tercero". En igual sentido, las Sentencias de 13 de noviembre de 1992 y de 5 de enero de 2001, de esta misma Sala.

Con propósitos académicos, vamos a utilizar un caso concreto de acción Paulina, para estudiar su conceptualización, los requisitos que se requieren para su probanza y los medios de prueba disponibles de acuerdo con la ley panameña.

El caso práctico a continuación, se trata de la situación de una acreedora que tiene un crédito legítimamente constituido y exigible y una deudora que se encuentra en estado de incumplimiento de las obligaciones adquiridas con su acreedora. Al establecerse el reclamo judicial de la acreedora para la satisfacción de la obligación, la deudora traspasa el único bien que posee a un tercero, con la intención de ampararse en la buena fe del tercero registral.

En el proceso, se encuentran acreditados los hechos siguientes:

- La interposición de un juicio ejecutivo en contra de la deudora por parte de la acreedora y la transacción judicial realizada en el proceso ejecutivo para el traspaso del bien a la acreedora que, luego, la deudora desconoce.
- El traspaso inmediato de la propiedad a un tercero, luego de que se retractara de la transacción extrajudicial.
- El precio irrisorio de la venta, puesto que fue vendida por una fracción ínfima de su valor en el mercado, en menos de un veinte por ciento de su valor. Nótese que en Panamá no existe la lesión enorme.
- No existe evidencia de pago alguno por parte de la supuesta tercera de buena fe a la deudora, en su condición de vendedora.
- El estado de abandono de la propiedad por parte de la supuesta tercera de buena fe registral.
- Actos de simulación tales como contratos y promesas de venta realizadas con posterioridad al traspaso de la propiedad a la supuesta tercera de buena fe registral.

El tribunal de primera instancia reconoce todos estos hechos probados. Sin embargo, concluye que no son suficientes para acreditar la mala fe del tercero adquiriente, ni el *concilium fraudis* entre la deudora y la tercera, a quien considera adquiriente de buena fe. Por lo que se tuvo que impugnar la decisión de primera instancia e invocar la prueba indirecta para la probanza del fraude con la tercera adquiriente del bien inmueble.

Como quiera que se trata del estudio de un instituto específico, como lo es la acción pauliana, conviene un recorrido por su regulación en Panamá.

3. La acción paulina en Panamá

La acción pauliana, se remonta al derecho romano y tiene como propósito evitar que el deudor en complicidad con un tercero realice maniobras fraudulentas para ponerse en estado de

insolvencia y burlar el crédito legítimo de su acreedor. Por esta razón, desde el derecho romano, la acción paulina viene dada como una vía que concede la ley, para revocar los actos por los cuales un deudor de forma fraudulenta se despoja de su patrimonio.

Al respecto, Arroyo Camacho afirma que:

> Para que sea posible el ejercicio de la acción Paulina es preciso que el acto verse sobre un valor embargable por los acreedores y que esté comprendido en la prenda general del deudor que los garantiza. Se entiende que todos los actos celebrados por un deudor en perjuicio del acreedor pueden ser impugnados por éste, siempre que originen o agraven la insolvencia del primero.[5]

Esta acción se encuentra consagrada en el artículo 996 del Código Civil patrio, que sostiene:

> Los acreedores, después de haber perseguido los bienes de que esté en posesión el deudor para realizar cuanto se les debe, pueden ejercitar o los derechos y acciones de éste con el mismo fin, exceptuando los que sean inherentes a su persona; pueden impugnar los actos que el deudor haya realizado en fraude de su derecho.

Nuestro Máximo Tribunal de Justicia ha señalado que la acción pauliana o revocatoria es una acción de carácter subsidiario, cuyo ejercicio:

> Queda supeditado a que el acreedor no pueda de otro modo, cobrar lo que se le debe, de donde es justo que la ley ponga en manos de este otra alternativa para cobrar su acreencia deshaciendo o revocando aquellos actos que de manera fraudulenta tienden a impedir el cumplimiento de una obligación.[6]

Y en otra jurisprudencia esta misma Corte Suprema, con respecto a la acción pauliana, señaló que:

> […] Es preciso aclarar que para la Sala, la interpretación anterior parece ser un tanto restrictiva ya que de acuerdo a la finalidad perseguida por la norma no es absolutamente necesario un proceso previo para determinar la ausencia de bienes del deudor, es decir, su insolvencia, sino únicamente que el acreedor burlado demuestre, en cualquier forma, en el mismo proceso de la acción pauliana, que no es posible obtener el cumplimiento de su crédito por otro medio por existir en el deudor un estado de insolvencia, lo que lo ha llevado a solicitar la revocatoria del acto fraudulento… La Sala, en total acuerdo con la doctrina expuesta, considera que demostrada la imposibilidad de pago y el acto

---

5 Dulio Arroyo Camacho, *Estudios jurídicos* (Panamá: Litho Impresora, 1992), 200.

6 Sentencia de 26 de junio de 2013, Corte Suprema de Justicia de Panamá. Sala de lo Civil.

> fraudulento tendiente a disminuir el patrimonio del deudor, hace procedente la Acción Pauliana o Revocatoria, sin necesidad de tener que probarse que mediante un proceso previo fueron perseguidos sus bienes. No podía ser otra nuestra posición cuando de lo que se trata es de un acto fraudulento que de por sí es considerado un acto delictuoso, es decir, contrario a derecho, situación que justifica que existan mecanismos para que la ley se imponga, lo que hace necesario que el acreedor a quien se pretende burlar cuente con medios efectivos y directos, que coadyuven a la realización de su derecho, que es precisamente el fin perseguido por la Ley.[7]

En la referida sentencia, la Corte Suprema consideró que, para el ejercicio de la acción Pauliana de forma fructífera, se requiere la concurrencia de las siguientes condiciones:

> 1) Que la persona que la ejerza debe ser acreedor del demandado; 2) Dicho acreedor tiene el deber de demostrar que antes de la interposición de la Acción Pauliana, persiguió los bienes que estuviesen en posesión de su deudor para así comprobar la insolvencia de este último; y, 3) Que el acto jurídico que se impugna lo haya llevado a cabo el deudor con el propósito de burlar su obligación con el acreedor.

A pesar de que la línea jurisprudencial observada, es la de considerar que la probanza de la intención fraudulenta del tercero adquiriente debe darse a través de pruebas directas en el proceso[8], la Corte Suprema de Justicia ha reconocido a los indicios como medios idóneos de prueba de la acción pauliana y muestra de ello, es la sentencia que a continuación citamos:

> Requisito para que el acreedor pueda atacar un acto del deudor, para así satisfacer su derecho, es que el deudor carezca de bienes que sirvan para cobrarse el acreedor sobre ellos, es decir, que carezca de otros medios de cobro. También es menester que el acto haya sido ejecutado con dolo, tanto por el deudor como por el tercero. En alguna forma la insolvencia del deudor y el dolo se deberán acreditar para que la Acción Pauliana sea exitosa.[9]

---

7 Sentencia de 5 de enero de 2001, Corte Suprema de Justicia de Panamá. Sala de lo Civil.

8 Véase Sentencia de 27 de junio de 2001, Corte Suprema de Justicia de Panamá. Sala de lo Civil: "Requisito para que el acreedor pueda atacar un acto del deudor, para así satisfacer su derecho, es el deudor carezca de bienes que sirvan para cobrarse el acreedor sobre ellos, es decir, que carezca de otros medios de cobro…No basta que el acto del deudor cause un perjuicio los acreedores, sino que el mismo se haya realizado además en fraude de los acreedores, porque así lo dispone la norma legal citada. Ahora bien: ¿qué se entiende por fraude de los acreedores? Nuestro código civil no lo dicen y tampoco lo que debe entenderse por "fraude", como si ocurre en algunas legislaciones de otros países, en los que se asimila al concepto de mala fe. Por tanto, corresponde al acreedor probar esos dos elementos esenciales de la acción paulina, o sea, el perjuicio y el fraude.

Este último debe derivarse, por deducción lógica, de hechos o actos jurídicos que el deudor realiza, ya sea a título gratuito y oneroso con la concurrencia de un tercero cómplice y con la conciencia del perjuicio que el enriquecimiento real o fingido del deudor causa al acreedor, o sea con la intención de que no pudiese hacer efectivo el crédito que tenía contra el deudor.

9 Sentencia de 27 de junio de 2001, Corte Suprema de Justicia de Panamá. Sala de lo Civil.

Obsérvese que la Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Civil, no señala que la única manera de probar el dolo en la acción pauliana sea a través de la prueba directa, sino que al utilizar la frase en alguna forma acreditar la insolvencia del deudor y el dolo, no solamente se está refiriendo a la libertad probatoria de nuestro sistema de administración de justicia, sino también a la inclusión por supuesto, de la prueba indiciaria. Y es que las máximas de la experiencia y las reglas de la sana crítica han de guiar al juez al entendimiento de que, muy difícilmente el demandante tendrá acceso en una acción Pauliana a pruebas directas del dolo o fraude y es que el juez debe deducir de los hechos probados en el proceso, como en este caso, y de las pruebas directas coincidentes en modo, tiempo y lugar evidencias de que los terceros actuaron de forma cómplice con la deudora.

Asimismo, el Primer Tribunal Superior del Primer Distrito Judicial de Panamá, se refiere al concepto de lo que se puede entender por fraude en la acción Pauliana, asimilándola a la probanza de la mala fe y señalando por supuesto, que el medio idóneo para la probanza de la mala fe, o del fraude en el proceso por parte del tercero cómplice, debe derivarse por deducción lógica de los hechos o actos jurídicos que ese deudor realiza con la complicidad de los terceros, para provocar el empobrecimiento del deudor y burlar de esa manera al acreedor y en ese sentido dispone que:

> […] No basta que el acto del deudor causa un perjuicio a los acreedores, sino que el mismo se haya realizado además en fraude de los acreedores, porque así lo dispone la norma legal citada. Ahora bien: ¿qué se entiende por fraude de los acreedores? Nuestro código civil no lo dicen y tampoco lo que debe entenderse por "fraude", como sí ocurre en algunas legislaciones de otros países, en los que se asimila al concepto de mala fe. Por tanto, corresponde al acreedor probar esos dos elementos esenciales de la acción Paulina, o sea, el perjuicio y el fraude.
>
> Este último debe derivarse, por deducción lógica, de hechos o actos jurídicos que el deudor realiza, ya sea a título gratuito y oneroso con la concurrencia de un tercero cómplice y con la conciencia del perjuicio que el enriquecimiento real o fingido del deudor causa al acreedor, o sea con la intención de que no pudiese hacer efectivo el crédito que tenía contra el deudor.[10]

En otro caso, en donde el acreedor recurre en casación, debido a que el Tribunal Superior consideró que, a pesar de que estaba probada la mala fe del demandado deudor, no se encontraba probada la mala fe del adquiriente del bien y en ese sentido la Corte Suprema le señala al Tribunal Superior, que prueba de la mala fe de la tercera compradora del único bien que tenía el deudor, no podía ser acreditada únicamente de manera directa y que en estos

[10] Sentencia de 13 de noviembre de 1992, Primer Tribunal Superior del Primer Distrito Judicial de Panamá.

casos, para medir la mala fe del tercero adquiriente, el juez debe concurrir a otros elementos de convicción tales como: los de tipo indirecto o de indicios que constituyen medio de prueba reconocidos en el ordenamiento procesal civil y que de acuerdo con las reglas de la sana crítica, le permiten concluir la mala fe del demandado:

> Desde esa vertiente, la Sala reconoce que si bien no se encuentra en el expediente prueba alguna que de manera directa y fehaciente acredite la mala fe de la demandada como tercera compradora del único bien conocido que tenía su esposo, el otro codemandado, precisamente la misma dificultad que representa probar la mala fe del tercero adquirente en las ventas o transacciones que se imputan hechas en fraude de acreedores tampoco autoriza descartar este aspecto que es fundamental para que prospere la acción pauliana, sin agotar el análisis inherente a la posible concurrencia de otros elementos de convicción, en este caso de tipo indirecto o de indicios, que en definitiva constituyen también medios de prueba reconocidos en nuestro ordenamiento procesal civil.
>
> Las reglas de la sana crítica, que no son otras que las reglas de la lógica que dan cimiento al derecho y que como tales integran la formación académica del Juez, además de las máximas de la experiencia, que lo hacen portador de conocimientos emanados de aquellas diversas circunstancias o situaciones acumuladas en su diario vivir, ya no tanto como dirimente de conflictos sino más bien como ser humano, llevan a ese Juzgador a través de su propia operación intelectiva o de apreciación probatoria a deducir consecuentes conclusiones, permitiéndole un razonamiento más atinado.
>
> Son estas mismas reglas, fundadas pues en una base lógico-empírica, las que deben orientar al juez al ponderar las pruebas, y en el caso particular que se analiza, a sopesar las relaciones de necesidad o causalidad de los indicios[11].

De manera acertada, señala la Corte Suprema que, aunque la buena fe se presume y la mala fe debe probarse, esa acreditación de la mala fe, admite todos los medios de convicción permitidos por la ley, incluyendo los indicios y en el caso particular de la participación consciente de los demandados, que son terceros adquirientes, los indicios de precio irrisorio y no prueba del pago de la obligación, dan cuenta de que la venta realizada fue en fraude de la acreedora demandante y que dichos elementos son indicios suficientes que así lo acreditan y en su lugar, casa la sentencia.

Otro elemento importante de análisis es la protección que tradicionalmente se le ha dado en Panamá, al tercero adquiriente de buena fe.

---

[11] Sentencia de 2 de septiembre de 2009. Corte Suprema de Justicia de Panamá. Sala de lo Civil.

4. Del tercero adquiriente de buena en la legislación panameña

Nuevamente otro problema de fondo. Tradicionalmente, en nuestro país, la línea jurisprudencial, salvo contadas excepciones, tiende a la protección del tercero adquirente de buena fe, a menos de que existan pruebas contundentes en su contra, que demuestren la intención fraudulenta.[12] Sobre el particular, es importante resaltar que las normas de protección al tercero de buena fe registral, lejos de ser una patente de corso que ampara los actos fraudulentos en perjuicio de los derechos legítimos de los acreedores, no se agota con el hecho de pensar que la mera formalidad registral es suficiente para que la persona que actuó de mala fe no sea alcanzada por las consecuencias de los actos fraudulentos cometidos. Ello es así porque el Estado moderno brinda el servicio de la registral de los derechos reales, tratando de cumplir con ello y dar respuesta a múltiples necesidades de la vida moderna, tales como: combatir los latifundios y minifundios, respetar la propiedad privada y la función social de la tierra, pero también establecer un régimen de publicidad, que permita a los terceros adquirientes de buena fe de derechos reales, conocer el estado en que se encuentran esos bienes y brindar seguridad jurídica a los propietarios.

En cuanto al tercero registral, cabe entonces un repaso por la doctrina autorizada, a fin de determinar quién es el tercero de buena fe, que no es cualquier tercero, sino que en palabras de Diez-Picazo y Gullón, es: "[a]quel adquiriente a título oneroso y de buena fe que adquiere un derecho real de un titular registral y que a su vez inscribe en el Registro su título de adquisición"[13].

Parafraseando a Alterini, este nos manifiesta que es necesario buscar cuál es el sentido de la buena fe al que se alude cuando en los ordenamientos jurídicos se consagra la denominada e hipotética fe pública registral. Puesto que ella exige que ese tercero esté de buena fe, lo que, a su juicio, no se encuentra relacionado con el mero cumplimiento de la inscripción en la oficina respectiva, es decir, con la mal entendida fe pública registral[14].

Acertadamente, el autor argentino Vélez Sarsfield, al comentar el artículo 3136 del derogado Código Civil argentino, reflexionaba acerca del abuso que se le ha pretendido dar a la

---

12 Anteriormente, en nuestra legislación era común que la línea jurisprudencial amparara en virtud del principio de la buena fe pública registral, al tercero que se suponía era adquiriente de buena fe, el cual no era afectado por cualquier declaratoria posterior de nulidad de acto de disposición por el cual adquiere el bien, a menos que se hubiese como probado que el tercero actuó con mala fe o dolo. En tal sentido, véase la Sentencia de 28 de mayo de 1998, Corte Suprema de Justicia de Panamá. Sala de lo Civil y en igual sentido, las Sentencias de 18 de febrero de 2000 y de 14 de noviembre de 2014, entre otras.

13 Luis Diez-Picazo y Antonio Gullón, Sistema de derecho civil. 9.a Edición (Madrid: Editorial Tecnos, 1997), 365.

14 Jorge Alterini, *Código civil y Comercial comentado. Tratado exegético* (Argentina: Editorial La Ley, 2015), 705.

protección del tercero registral, argumentando que necesariamente este debe estar de buena fe para poder acceder a la protección de la ley puesto que en su opinión: "sería un deshonor de la ley que los jueces cerrasen sus ojos ante una conducta fraudulenta y permitieran que ésta triunfara".[15]

Es importante señalar que la línea tradicional de pensamiento, que existió hasta hace poco más de veinte años, que, por el solo hecho de haberse perfeccionado la inscripción registral, amparaba en favor de ese tercero y lo protegía en su propiedad, sobre la base del principio de la seguridad registral, ha sido superada no solo por la doctrina, sino también por la jurisprudencia patria, para no amparar en la buena fe registral, actos fraudulentos y en contra de la ley. Es así como a propósito del artículo 1762 del Código Civil, la jurisprudencia ha permitido una interpretación armoniosa con los principios de justicia y con los requerimientos actuales del quehacer nacional, en el sentido de no permitir una interpretación restrictiva del acatamiento absoluto del principio del denominado buena fe registral, cuando las evidencias demuestran que los terceros han actuado de mala fe. Es así como la Corte Suprema de Justicia, en los últimos años, viene interpretando el contenido del artículo 1762 del Código Civil en los siguientes términos:

> Observa esta Colegiatura, que la norma contenida en el artículo 1762 de nuestro Código Civil, no regula lo relativo al supuesto en que la invalidación de tales "actos o contratos", realizado por quien en el Registro aparezca con derecho para ello, sean consecuencia de un acto ilícito u ocurrido a causa de actos fraudulentos o ejecutados en fraude de acreedores, tal como sucedió en la situación que se analiza en este litigio...
>
> Ante tales circunstancias, debe la Sala observar el texto de cualesquiera otras disposiciones legales de nuestro Código Civil, que sean pertinentes y que permitan a esta Colegiatura adoptar con seguridad la decisión más justa posible...
>
> Es por ello, que esta Colegiatura, con plena conciencia de su misión juzgadora y en miras a mantener vigentes los principios de una Justicia responsable y seria, tal como debe corresponder en esta especial situación, estima necesario aplicar los postulados esenciales de la hermenéutica legal existente en los Capítulos II y III del Título Preliminar de la normativa aplicable, en especial, los presentes en los artículos 5, 10 y 13 del Código Civil, que sea compatible con los acontecimientos sucedidos y los requerimientos actuales del quehacer nacional… Por lo tanto, ante el silencio del artículo 1762 del Código Civil, en cuanto a excluir la aplicación del "principio de buena fe registral", cuando concurran acciones fraudulentas de formación del acto jurídico de traspaso de bienes inmuebles... Se concluye que es evidente la nulidad de los actos que permitieron la transferencia ilegal

[15] José Machado, Exposición y comentario del Código Civil Argentino. Biblioteca Digital. 3 de junio de 2021. http://www.bibliotecadigital.gob.ar/items/show/1075

> de los referidos inmuebles… Hay que aceptar, asimismo, que el sentido natural y obvio del referido artículo 1762 del Código Civil no permite una interpretación que pregone el acatamiento absoluto de tal principio, ni la prevalencia del título posterior fundido al amparo en un acto doloso, fraudulento o extraño a la moral y a la Ley.[16]

La doctrina y nuestros tribunales han comprendido que, en estos casos, la existencia de un hecho cometido en fraude del acreedor genera la nulidad del acto y no puede amparar a los terceros que han consentido tal acto fraudulento, puesto que sería contrario al querer y sentido del ordenamiento jurídico, cuyo propósito es proteger los derechos substanciales de las partes y no prestarse para que, al amparo de la ley, se protejan actuaciones fraudulentas. Es por ello que en la doctrina se establece que la prueba de la participación fraudulenta de los deudores o el denominado *consilium fraudis*, esta se acredita en los procesos a través de la prueba indirecta, pues, de lo contrario, sería someter al actor a las dificultades de transitar por la mente humana, para poder de alguna manera, probar la intención de fraude, en la cual los participantes del fraude, que han consentido el acto en contravención de los derechos del acreedor, no tienen intención en colaborar, a través de la prueba directa para la demostración de sus intenciones fraudulentas.

El fraude y, por ende, la mala fe del tercero adquiriente se debe demostrar a través de los indicios, que de acuerdo con el artículo 780 del Código Judicial panameño, constituyen un medio de prueba idóneo. Los que deben analizados con el resto de la prueba directas, tales como: testimonio, documentales y la pericial, entre otros, en el sentido de que son pruebas que brindan la certeza al juzgador sobre la existencia de hechos, de manera directa e instantánea y, en general, no transitan o se someten a las dificultades cognitivas y deductivas de las inferencias.

En cuanto a la prueba indirecta, se encuentra superada actualmente la doctrina que la rechazaba como idónea para la probanza de los hechos, o le concedía un valor menor el que proporcionaban los otros medios de prueba. Hoy se reconoce sin problemas, que la prueba indiciaria, tiene el mismo valor que el resto de las pruebas, puesto que como lo dice Gascón Abellán, en las decisiones judiciales se prueban los enunciados sobre los hechos, de forma tal que: "la expresión 'probar un hecho', no es más que una elipsis, una forma de decir 'probar la hipótesis' de que los hechos han sucedido […] con la distinción prueba directa/prueba indirecta parece que se indica, pues, la ausencia o presencia de razonamientos e inferencias, según la prueba verse o no sobre el hecho que se pretende probar."[17]

---

16 Sentencia 28 de agosto de 2013. Corte Suprema de Justicia de Panamá, Sala de lo Civil.

17 Marina Gascón Abellán, *Cuestiones probatorias*. (Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2014), 47.

De forma tal que la prueba indirecta, se encuentra íntimamente ligada con las denominadas reglas o máximas de la experiencia, que invitan al juez entrelazar su pensamiento jurídico y contrastarlo con el conocimiento adquirido a partir de la vivencia de los hechos que acontecen en la vida diaria.

Somos conscientes de la discusión en la doctrina se establece sobre si los indicios son un medio de prueba o si en realidad son fuentes de presunciones. En el ordenamiento jurídico panameño, se establece claramente que los indicios son un medio de prueba. Pero sabemos que, en el proceso, lo que se van a probar son los hechos indicativos y de allí que exista la obligación del juzgador de valorar racionalmente estos hechos, para entonces considerarlos probados.

5. Consideraciones en torno a la probanza del indicio

Acerca de la probanza del indicio, Ramírez nos señala que:

> En el derecho español se considera que el indicio es similar a la presunción. En el derecho colombiano la presunción tiene una configuración lógica diferente al indicio, porque desde un hecho que se considera cierto y probado por acto de ley, se define una consecuencia. No hay lugar para la construcción de inferencias.[18]

Lo que indudablemente se identifica con la situación del indicio en Panamá. Ello afirmamos así puesto que no solamente se desprende del texto del artículo 781 del Código Judicial, que consagra los medios de prueba en Panamá, sino también de su configuración en la estructura misma y desarrollo de los medios de prueba. A tal punto que se estudian y consagran por separado. Diferenciando así en nuestro ordenamiento, el indicio de la presunción.

La configuración del indicio en Panamá se encuentra en el apartado de las pruebas, Capítulo X, denominado Indicios. El cual se define en el artículo 982 del Código Judicial:

> Se llama indicio cierto hecho que indica la existencia de otro. Para que un hecho pueda considerarse como indicio, deberá estar plenamente probado en el proceso.

Es decir, a pesar de que lo considera un medio de prueba por sí mismo de forma independiente, no es menos cierto que depende en nuestro ordenamiento de las pruebas directas para, sobre la base de ellos, construir los hechos indicadores de otras circunstancias que las partes quieren probar en el proceso. De allí que el artículo 983 del Código Judicial, permita

[18] Diana Ramírez Carvajal, *La prueba en el proceso. Una aventura intelectual*. 2.a Edición. (Colombia: Librería Jurídica Sánchez, 2017), 167-168.

que estos hechos indicativos tengan mayor o menor valor, dependiendo de la relación que exista entre los hechos probados y las conclusiones que se quieren obtener de estos.

En cuanto a su valoración, los artículos 985 y 986 del Código Judicial establecen los parámetros de valoración de la prueba indiciaria:

Artículo 985 del Código Judicial:

> El juez apreciará los indicios teniendo en cuenta su gravedad, concordancia y convergencia y las demás pruebas que obren en el proceso.

Artículo 986 del Código Judicial:

> El juez apreciará los indicios en conjunto, con arreglo a las reglas de la sana crítica.

En cuanto a las presunciones, se encuentran consagradas en el artículo 785 del Código Judicial, que señala:

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

Fácilmente, se puede observar que en Panamá al igual que en Colombia, las presunciones difieren de los indicios, puesto que, una vez probado un hecho, la ley inmediatamente define una consecuencia y, por lo tanto, se escapan de la construcción lógico-deductiva y del razonamiento del juzgador, que acompaña la construcción del indicio mediante la inferencia.

Al respecto, Ramírez señala lo siguiente:

> Esto indica que el indicio lo construye el juez cuando elabora las inferencias y será "muy libre", como lo indica la Corte, en tanto esa configuración se entienda, sea lo más universalmente aceptada y pueda tener contradicción como lo ordena el debido proceso.
>
> En tanto, la presunción de experiencia por observación generalizada en la sociedad. Podría ser plausible sostener que la presunción nace de la regla de la experiencia o en el argumento de sentido común, a diferencia del indicio que nace en los hechos indicadores. Por ello la presunción no tiene categoría probatoria, se ataca con el caudal probatorio, pero ella misma no se prueba; el indicio, en algunos casos, se comporta como un medio de prueba en toda su plenitud y en otros, como en el caso de las conductas, "invierte la carga de la prueba".[19]

[19] Ramírez Carvajal, *La prueba en el proceso*, 168.

Los indicios requieren de un proceso de reflexión interna y de una operación mental que realiza el juzgador; este hará dar por establecido en la ocurrencia de un hecho y al declararlo probado, a través de una valoración racional de sus elementos, dar por sentado a través de la inferencia, la ocurrencia del hecho. Este razonamiento de tipo crítico presuntivo tiene sus peligros y de ellos nos advertía Taruffo, cuando sostiene que:

> Una vez que se admite la posibilidad de inferencias basadas en criterios no generales, surgen algunos problemas que cabe destacar.
>
> Un primer problema concierne al uso, como criterio de inferencia, de generalizaciones empíricas, de background knowleges o de máximas de experiencia, es decir, de reglas que, se presume, están fundadas en el sentido común o en la cultura promedio de cierto lugar en un momento dado.
>
> Estas reglas son de uso frecuente en la praxis judiciaria (además, en la vida cotidiana), Y son, más bien, indispensables en cierto sentido [...]. El problema nace del hecho de que estas reglas o nociones tienen un estatus lógico o cognoscitivo absolutamente incierto; no solo varían en cada lugar y en el tiempo, sino que a menudo están también en contradicción con otras que pertenecen al mismo contexto cultural.
>
> Además, por lo general, no se sabe cómo o por quien hayan sido formuladas y, por ende, si tienen y cuál es una base inductiva o un cimiento empírico. De allí la necesidad de que el juez, cuando recurre a estas reglas o máximas para construir sus inferencias, verifique su solidez y valor cognoscitivo, ya que es evidente que las conclusiones que él saca de ellas no podrán tener un grado de confianza superior al del criterio que utilizó para formularlas.[20]

Lo que sin duda, entonces, plantea el debate de valoración racional del indicio y de cómo lo armonizamos con la valoración racional de la prueba, en aras de garantizar el debido proceso.

Hoy aceptamos, desde el derecho procesal, que el fin del proceso no es dirimir el conflicto, aunque sí una consecuencia práctica de ello, sino la búsqueda de la verdad. Verdad que impone que el reconocimiento de un hecho como probado en el proceso, se lleve a cabo a través de ejercicios razonados de la prueba. Pues no debemos olvidar, que los hechos deben ser reconstruidos en el proceso y que la prueba tiene como fin, ya no dirimir el conflicto, sino ahora con mayor fuerza, la búsqueda de la verdad, aunque solo sea parcial. Pues como sociedad, no nos basta con simplemente solucionar un conflicto, sino que aspiramos a decisiones judiciales justas.

---

[20] Michele Taruffo, *Verdad, prueba y motivación en la decisión sobre los hechos* (Mexico: Coordinación de Comunicación Social, 2013), 55.

Las sociedades pluralistas reclaman una valoración racional de la prueba por parte del juez. Ligar la racionalidad con la valoración de la prueba es una exigencia del deber ser de la administración de justicia en el Estado constitucional de derecho y como consecuencia de ello, el ejercicio de la facultad de administrar justicia otorgada por el Estado le impone al juez el deber justificar su decisión. Es decir, es un ejercicio razonado que lleva al juez, a establecer los hechos concretos que considera probados en el proceso y a partir de los cuales, adopta una determinada hipótesis como verdadera en el proceso:

Nuevamente retomando las enseñanzas de Taruffo, lo que se refiere a la valoración de las pruebas, la adopción de la perspectiva racionalista que aquí se sigue, no implica la negación de la libertad y de la discrecionalidad en la valoración del juez, que representa el núcleo del principio de la libre convicción, pero implica que el juez efectúe sus valoraciones según una discrecionalidad guiada por las reglas de la ciencia, de la lógica y de la argumentación racional. Por decirlo así, el principio de la libre convicción ha liberado al juez de las reglas de la prueba legal, pero no lo ha desvinculado de las reglas de la razón. Por lo demás, en la mayor parte de los sistemas procesales modernos el juez está obligado a justificar racionalmente sus propias valoraciones y elabora argumentos lógicamente válidos para sostener su decisión en hechos.

Este ejercicio de razonabilidad en el proceso no solamente debe hacerse como una exigencia de las sociedades democráticas, que le exigen a sus jueces, que justifiquen sus decisiones, más allá del argumento de autoridad; sino que, además, es necesario puntualizar que el ejercicio de la razonabilidad por parte del juzgador no solamente garantiza el derecho de defensa, al conocer los argumentos de confirmación de la hipótesis que ofrece el juzgador en la motivación de la sentencia, al tiempo que también permite a los estudiosos del derecho, y a la administración de justicia, poder medir los errores en los que incurran los jueces, producto de su valoración probatoria.

Se trata, como dice Taruffo, de preguntarnos como sociedad, que tanto margen de error estamos dispuestos a aceptar, en la valoración probatoria en materia civil que, muy seguramente, será mayor el porcentaje de error que estamos dispuestos a tolerar que en materia penal.

De allí, que las categorías cuantitativas de la probabilidad obligan al juez a un ejercicio razonado de la prueba, a la vez que evalúa el grado de probabilidad que alcanza una hipótesis en el proceso, o que debe alcanzar una hipótesis en el proceso, para ser considerada como verdadera. Es, sin duda alguna, en este nuevo escenario del derecho procesal, es decir, desde las categorías cuantitativas de la probabilidad, que se abre un horizonte no abordado por muestra jurisprudencia, pero necesario para la legitimidad de las decisiones judiciales y de la pertinencia misma del derecho en el Estado democrático, como lo son el establecimiento

de los estándares de prueba, que, en materia civil, tienen un estándar común a todos los procesos y, por ende, a todos los medios de prueba, que la doctrina ha denominado de la probabilidad prevalente y en materia penal, el estándar que todos conocemos, de más allá de toda duda razonable.

En materia civil, el estándar de la probabilidad prevalente debe entenderse como:

> El estándar de la probabilidad prevalente nos otorga el criterio de decisión racional para la elección de la juez fundada en estas premisas, en la medida en la que nos ayuda a determinar cuál es la decisión, de entre las alternativas posibles, que es racional…En términos generales, el criterio de la probabilidad prevalente implica que, entre las diversas hipótesis posibles en torno a un mismo hecho, deba preferirse aquella que cuenta con un grado relativamente más elevado de probabilidad.[21]

Al respecto, el maestro Taruffo ilustra y sostiene que:

> Sí, como hemos visto, con base en las pruebas, una hipótesis de hecho adquiere un grado de probabilidad del 75%, ello constituye una razón válida para asumir esta hipótesis como confirmada; sin embargo, sigue existiendo una probabilidad de error del 25%. El problema es particularmente evidente si se considera el caso límite en el que la probabilidad positiva es del 51% mientras que la negativa (la probabilidad de error) es del 49%.
>
> En este caso, el problema se expresa como la cantidad de errores que estamos dispuestos a tolerar en un determinado sistema, ante la exigencia contraria —afirmada anteriormente— de no elevar excesivamente los estándares de prueba de los hechos para no hacer demasiado difícil o imposible la tutela de los derechos. Sin embargo, no podemos excluir a priori la eventualidad de que también en el proceso civil se exijan, como en la experiencia alemana, estándares de prueba más elevados que la probabilidad prevalente.[22]

Concluye el autor señalando que, para que una hipótesis se considere probada, esta debe superar el margen de probabilidad de 55 por ciento:

> Surge, de esta manera, un criterio que proviene de la correcta interpretación de la regla de la probabilidad prevalente, que puede definirse como el estándar del grado mínimo necesario de confirmación probatoria, necesaria para que un enunciado pueda ser considerado "verdadero"…Así las cosas, una situación verdaderamente clara solo se tiene con

---

21 Michele Taruffo, "Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad". En La prueba: artículos y conferencias, 41-72. (Santiago de Chile: Metropolitana, 2003), 105 https://letrujil.files.wordpress.com/2012/01/la-prueba-michele-taruffo.pdf

22 Taruffo, "Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad", 111.

valores de probabilidad que oscilan entre el 55-60% y valores superiores, con grado medio del range de alrededor del 70%.[23]

Al respecto Nieva Fenoll comenta que distinguir entre los niveles de probabilidad, en realidad, no es una cuestión moderna sino bastante antigua, ya que en 1880 Von Canstein diferenciaba entre los niveles de realidad, distinguiendo entre la certeza, la convicción, la creencia y la presunción, lo que modernamente recuperó Taruffo, realizando el esfuerzo académico de distinguir entre la verosimilitud de la probabilidad, siguiendo a Calamandrei. Es así como:

> A decir de Taruffo, un hecho sería probable cuando existían elementos objetivos para probarlo. Y, sin embargo, un hecho sería verosímil si las máximas de experiencia-el id quod plenumque accidit-no me enseñan que verdaderamente pudo haber ocurrido.
>
> La distinción ha tenido, por el momento, aceptación en la práctica, pero a pesar de ello es útil para pasar a un estadio diferente de la valoración probatoria. Valorar la prueba ya no es solamente buscar "aquello que normalmente sucede", sino que consiste también en buscar elementos para corroborar la conclusión probatoria…[24]

Posición que comparte Ferrer Beltrán, cuando sostiene que:

> La mayoría de los teóricos de la prueba en el contexto del proceso judicial consideran que la probabilidad frecuentista o estadística no es adecuada para dar cuenta del razonamiento probatorio en el derecho porque no dice nada acerca de lo que importa de forma general al proceso: los hechos individuales.[25]

6. Conclusión

Somos conscientes de que quizás la propuesta de alcanzar un grado matemático de probabilidad para efectos de lograr la certeza o la convicción en los juzgadores puede resultar extraña o impropia de la misma naturaleza de la valoración probatoria e incluso, puede pensarse que no tiene validez o que implica un retorno a la prueba tasada. Sin embargo, la realidad que viven nuestros países, en los que precisamente la sana crítica se convierte en una íntima convicción del juez, en cubierta por una supuesta valoración que muchas veces no se encuentra presente en las sentencias y se acompaña también de una deficiente motivación de la decisión judicial. La propuesta de Taruffo no solamente es adecuada, sino que intenta dotar

---

23 Taruffo, "Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad", 106-112

24 Jordi Nieva Fenoll, La valoración de la prueba (Madrid: Editorial Marcial Pons, 2010), 92-93.

25 Jordi Ferrer Beltrán, *Prueba sin convicción. Estándares de prueba y debido proceso* (Madrid: Marcial Pons, 2021), 66.

de un grado de justificación de la decisión judicial, que no solo es razonable, sino necesaria y pertinente en nuestras realidades.

Bibliografía

Alterini, Jorge. *Código civil y Comercial comentado. Tratado exegético*. Argentina: Editorial La Ley, 2015.

Arroyo Camacho, Dulio. *Estudios jurídicos*. Panamá: Litho Impresora, 1992.

Código Judicial de la República de Panamá. Panamá: Sistemas Jurídicos, 2018.

Código Civil de la República de Panamá. Panamá: Sistemas Jurídicos, 2018.

Diez-Picazo, Luis, y Antonio Gullón. Sistema de derecho civil. 9.ª Edición. Madrid: Editorial Tecnos, 1997.

Ferrer Beltrán, Jordi. *Prueba sin convicción. Estándares de prueba y debido proceso*. España: Marcial Pons, 2021.

Gascón Abellán, Marina. *Cuestiones probatorias*. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2014.

Machado, José. *Exposición y comentario del Código Civil Argentino*. Biblioteca Digital. 3 de junio de 2021. http://www.bibliotecadigital.gob.ar/items/show/1075.

Nieva Fenoll, Jordi. *La valoración de la prueba*. España: Editorial Marcial Pons, 2010.

Nieva Fenoll, Jordi. "Inmediación y valoración de la prueba: el retorno de la irracionalidad". Memorias del XI Congreso Internacional de Derecho Procesal, Colombia, 31 de julio-1 de agosto de 2015.

Ramírez Carvajal, Diana María. *La prueba en el proceso. Una aventura intelectual*. 2.ª Edición. Colombia: Librería Jurídica Sánchez, 2017.

Taruffo, Michele. *La prueba. Artículos y conferencias*. Chile: Editorial Metropolitana, 2009.

Taruffo, Michele. *La prueba de los hechos*. 4.ª Edición. España: Editorial Trotta, 2011.

Taruffo, Michele. *Verdad, prueba y motivación en la decisión sobre los hechos*. México: Tribunal Electoral del poder Judicial de la Federación, 2013.

Zubiri de Salinas, Fernando. "¿Qué es la sana crítica? La valoración judicial del dictamen experto". *Jueces para la democracia*, nº 50 (2004): 52-62. http://www.juecesdemocracia.es/publicaciones/revista/articulosinteres/ZUBIRI.pdf

Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Panamá de 18 de octubre de 1983. Sala de lo Civil.

Sentencia del Primer Tribunal Superior del Primer Distrito Judicial de Panamá de 13 de noviembre de 1992.

Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Panamá de 28 de mayo de 1998. Sala de lo Civil.

Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Panamá de 18 de febrero de 2000. Sala de lo Civil.

Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Panamá de 5 de enero de 2001. Sala de lo Civil.

Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Panamá de 27 de junio de 2001. Sala de lo Civil.

Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Panamá de 2 de septiembre de 2009. Sala de lo Civil.

Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Panamá de 26 de junio de 2013. Sala de lo Civil.

Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Panamá de 28 de agosto de 2013. Sala de lo Civil.

Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Panamá de 14 de noviembre de 2014. Sala de lo Civil.

CAPÍTULO XV

La carga de la prueba y sus enemigos[1]

Daniel Mitidiero

En homenaje a Michele Taruffo, amigo y maestro inolvidable.

Introducción

La carga de la prueba —un tema clásico, cuyos trabajos más influyentes se remontana principios del siglo XX[2]— ha tomado nuevos aires. En el derecho brasileño, la introducción legislativa de la distribución dinámica de la carga de la prueba[3] y la crítica al concepto de carga tradicionalmente adoptado[4], además de la discusión sobre su exacta configuración[5] y sobre

[1] Aunque es habitual en otros países, aun no hemos establecido la práctica de discutir los trabajos académicos antes de su publicación. Sin embargo, he hecho circular una versión anterior de este ensayo entre algunos colegas que se ocupan de las pruebas ex professo en sus trabajos. Recibí con alegría las críticas y las contribuciones de Artur Carpes, Flávio Yarshell, Otávio Domit, Otávio Motta, Paulo Mendes de Oliveira, Rodrigo Baraldo Mendonça, Sérgio Cruz Arenhart, Vitor de Paula Ramos y William Santos Ferreira. Les agradezco mucho —y esta vez públicamente— el diálogo tan enriquecedor para mí.

Traducción de Christian Delgado, a quien agradezco profundamente su atención.

[2] Leo Rosenberg (1879 -1963), *Die Beweislat* (1900), 3. Ed. München: C. H. Beck, 1953 (traducción al español Ernesto Krotoschin: *La Carga de la Prueba*. Buenos Aires: EJEA, 1956), y Gian Antonio Micheli (1913-1980), *L'Onere della Prova*. Padova: Cedam, 1942 (traducción al español de Santiago Sentís Melendo: *La Carga de la Prueba*. Buenos Aires: EJEA, 1961).

[3] Como el art. 373, §§ 1 y 2, CPC de 2015 (cuyas condiciones materiales y procesales adoptadas en el Código, cabe decir de paso, ya se pueden encontrar en nuestra Colaboração no Processo Civil – do Modelo ao Princípio (2009), 4. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais (2009), 4. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, 139-145). Para todos, monográficamente, con las debidas indicaciones bibliográficas, Artur Carpes, Ônus Dinâmico da Prova. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010; Id. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. Sobre el orígen de la teoría en el pensamiento de Jorge Peyrano en la doctrina argentina, por todos, Jorge Peyrano e Inés Lépori White (coords.), *Cargas Probatorias Dinámicas*. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni, 2008; para un debate crítico, Augusto Morello (coord.), *Los Hechos en el Proceso*. Buenos Aires: La Ley, 2003; Eduardo Oteiza (coord.), *La Prueba en el Proceso Judicial*. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni, 2009.

[4] La crítica se desarrolló a partir de la obra de Giacomo Gavazzi (1932-2006), *L'Onere - Tra la Libertà e l'Obbligo*. Torino: Giappichelli, 1970, por Vitor de Paula Ramos, Ônus da Prova no Processo Civil - do Ônus ao Dever de Provar (2015), 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, pp 57-81.

[5] Aludiendo a la existencia de un deber de probar, Sérgio Cruz Arenhart, "Ônus da Prova e sua Modificação no Processo Civil Brasileiro", Revista Jurídica. Porto Alegre: Notadez, 2006, n. 34; Luiz Guilherme Marinoni y Sérgio Cruz Aren-

su valor epistémico[6], han ganado las páginas de la doctrina. Importantes sectores de la[7] doctrina extranjera —atentos[8], incluso, al debate en nuestra doctrina— también han estado revisando el tema. A veces repitiendo críticas de finales del siglo XIX, a veces formulando nuevos argumentos, la doctrina se ha lanzado a una cruzada contra la *carga de la* prueba: no por casualidad, se ha publicado recientemente un libro cuyo nombre es precisamente *Contra la Carga de la Prueba,* que reúne trabajos de Michele Taruffo, Jordi Nieva Fenoll, Jordi Ferrer Beltrán y Leandro Giannini[9].

Nuestro objetivo con este ensayo es presentar las críticas formuladas por la doctrina contra la carga de la prueba y responderlas con la mayor franqueza posible. En definitiva, emprender un diálogo —*amistoso*— con los *enemigos* de la carga de la prueba.

2. La crítica

En este punto, nos interesa presentar las críticas más recientes a la carga de la prueba. Para circunscribir el debate[10], nos proponemos presentar los principales argumentos formulados

---

hart, Prova e Convicção (2009), 4. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018; Vitor de Paula Ramos, Ônus da Prova no Processo Civil - do Ônus ao Dever de Provar (2015), 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

6 Vitor de Paula Ramos, Ônus da Prova no Processo Civil - do Ônus ao Dever de Provar (2015), 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, 101 y ss.

7 Por ejemplo, Michele Taruffo, "*L'Onere come Figura Processuale*". En: Mazzarese, Tecla (coord.), *Teoria del Diritto e Filosofia Analitica - Studi in Ricordo di Giacomo Gavazzi*. Turín: Giappicheli, 2012 (también publicado en Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Milano: Giuffrè, 2012); Id., "*Casi una Introducción*", Jordi Nieva Fenoll, "*La Carga de la Prueba: una Reliquia Histórica que Debiera ser Abolida*", Jordi Ferrer Beltrán, "*La Carga Dinámica de la Prueba. Entre la Confusión y lo Innecesario*", Leandro Giannini, "*Revisitando la Doctrina de la 'Carga Dinámica de la Prueba'. Aportes para Esclarecer sus Principales Problemas Conceptuales*", todo ello publicado en *Contra la Carga de la Prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2019.

8 Por ejemplo, recordando el debate brasileño sobre la distribución dinámica de la carga de la prueba: Angelo Dondi, Vincenzo Ansanelli y Paolo Comoglio, *Processi Civili in Evoluzione - una Prospettiva Comparata*. Milano: Giuffrè, 2015, 244 (con citas de Artur Carpes, Daniel Mitidiero y Luiz Guilherme Marinoni - hay traducción al portugués, Processo Civil Comparado - Uma Perspectiva Evolutiva, varios traductores. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017), Jordi Ferrer Beltrán, "*La Carga Dinámica de la Prueba. Entre la Confusión y lo Innecesario*", 55, 67, 78 y 81 (con citas de Artur Carpes y Vitor de Paula Ramos), Michele Taruffo, "*La Valutazione delle Prove*". En: Taruffo, Michele (coord.), La Prova nel Processo Civile. Milano: Giuffrè, 2012, 255 (con una cita de Artur Carpes), Id. "Casi una Introducción", 12 (con citas de la obra colectiva coordinada por Marco Jobim y William Santos Ferreira, Direito Probatório, Salvador: JusPodium, 2018) y Leandro Giannini, "*Revisitando la Doctrina de la 'Carga Dinámica de la Prueba'. Aportes para Esclarecer sus Principales Problemas Conceptuales*", 90 (con citas de Artur Carpes, Daniel Mitidiero y Vitor de Paula Ramos).

9 *Contra la Carga de la Prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2019.

10 El debate sobre la carga de la prueba, como es sabido, tiene un importante volumen bibliográfico. Sin embargo, no es nuestro objetivo en este momento hacer un inventario de la doctrina brasileña, indicando lo que sostienen los autores que tratan el tema en nuestro país. Hay varias críticas actuales a la carga de la prueba en la doctrina brasileña - por ejemplo, la relacionada con el aspecto subjetivo de la carga de la prueba frente a la comunión de la prueba (según José Carlos Barbosa Moreira (1931 - 2017), "Julgamento de ônus da prova" (1979), Temas de Direito Processual (1980), 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 1988, 75, Segunda Serie, Luís Alberto Reichelt, A Prova no Direito Processual Civil. Porto

por Jordi Ferrer Beltrán, Jordi Nieva Fenoll, Leandro Giannini,Michele Taruffo y Vitor de Paula Ramos sobre el tema.

Hay cuatro flancos. Uno, el concepto de carga. Dos, su aspecto subjetivo en general. Tres, su distribución en particular. Cuatro, la regla de juzgamiento según la carga de la prueba.

La primera crítica se refiere al *concepto de* carga adoptado por la doctrina.

Sin negarlo[11], Vitor de Paula Ramos defiende, basándose en Giacomo Gavazzi[12], que la carga constituiría una "situación subjetiva pasiva con sujeción suave", atribuida por una "norma jurídica imperativa", que "describe un comportamiento 'apreciado' por la Ley, pero no categóricamente exigido", cuyo incumplimiento no configuraría un acto "ilícito", siendo inaplicable y cuya consecuencia estaría en obtener o no el "resultado 'prometido'" por la norma[12]. El deber constituiría una situación subjetiva pasiva con sujeción radical, atribuida por una norma jurídica imperativa, que describe un comportamiento categóricamente exigido por el derecho, cuya violación constituiría un acto ilícito, sentido susceptible de exigibilidad y cuya consecuencia estaría en el resultado previsto por la norma[13].

En esta línea, la carga obedecería no solo al interés de quien tuviere la carga, sino también a la realización de intereses manifestados en sus normas por el propio ordenamiento jurídico, con la diferencia de que, en el caso de la carga, esta se situaría en el ámbito[14] de la *libertad* del que tiene la carga para realizarla o no[15]. La carga constituiría un "empujón", un estímulo para la práctica o la abstención de un determinado acto[16].

Alegre: Livraria do Advogado, 2009, 337, y William Santos Ferreira, Princípios Fundamentais da Prova Cível. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, 253) y la que considera "extremadamente peligrosa" la dinamización de la carga de la prueba (según Danilo Knijnik, A Prova nos Juízos Civil, Penal e Tributário. Río de Janeiro: Forense, 2007, 186). Sin embargo, para concentrar el texto, limitaremos el debate a los autores implicados —directa o indirectamente— en el libro *Contra la Carta de la Prueba*.

11 Como, por ejemplo, intentó hacer Eduardo Henrik Aubert, Impugnação Especificada dos Fatos no Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020 (en prensa).

12 Según *L'Onere - tra la Libertà e l'Obbligo*. Turín: Giappichelli, 1970.

13 Conforme a Ônus da Prova no Processo Civil - do Ônus ao Dever de Provar. A propósito, el concepto de carga propuesto por Gavazzi es también adoptado por Michele Taruffo, "*L'onere come figura processuale*", 61 y 63.

14 Conforme Ônus da Prova no Processo Civil - do Ônus ao Dever de Provar, 70-71.

15 Giacomo Gavazzi, *L'Onere - tra la Libertà e l'Obbligo*. Turín: Giappichelli, 1970, 68-69.

16 Según Rafael Abreu, Incentivos procesuais – economía comportamental e nudges no processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020 (en prensa), utilizando la terminología de Richard Thaler y Cass Sunstein, *Nudge - Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness*. New Haven: Yale University Press, 2008 (existe una traducción al portugués: Nudge - Como Tomar as Melhores Decisões sobre Saúde, Dinheiro e Felicidade, traducido por Ângelo Lessa. Río de Janeiro: Objetiva, 2019).

La segunda crítica se refiere al llamado *aspecto subjetivo de* la carga de la prueba en general, articulándose en dos grandes frentes.

En primer lugar, según Jordi Ferrer Beltrán[17], Jordi Nieva Fenoll[18], Michele Taruffo[19] y Vitor de Paula Ramos[20], el concepto de carga de la prueba como norma de instrucción sería *innecesario* a la vista de la comunidad probatoria. Dos, según Jordi Ferrer Beltrán[21], Michele Taruffo[22] y Vitor de Paula Ramos[23], la previsión de una carga de la prueba sería menos eficiente, desde el punto de vista de la *exhaustividad del material probatorio*, que la previsión de un *deber* de producción de la prueba, siendo epistemológicamente injustificable la opción legislativa de disciplinar al sujeto desde la figura de la carga.

La tercera crítica se refiere al llamado aspecto subjetivo de la carga de la prueba en particular, concretamente a la llamada *distribución dinámica de la carga de la prueba*, articulándose en cuatro grandes frentes.

En primer lugar, según Jordi Ferrer Beltrán[24], Jordi Nieva Fenoll[25] y Vitor de Paula Ramos[26], la distribución dinámica sería innecesaria porque no añadiría nada al material probatorio. Dos, según Jordi Ferrer Beltrán[27] y Michele Taruffo[28], la distribución dinámica vulneraría la norma que distribuye la carga de la prueba de forma fija, manifestando una tendencia particularista en la aplicación de la ley. Tres, según Jordi Ferrer Beltrán[29], la distribución dinámica tendría la facultad de modificar el derecho sustantivo alegado en los tribunales. Cuatro, según Leandro Giannini[30], la distribución dinámica, al menos en su primera formulación, estaría conceptualmente vinculada al principio de colaboración, lo que llevaría a la confusión en su aplicación.

Por último, la cuarta crítica se refiere al llamado *aspecto objetivo* de la carga de la prueba, también articulado en cuatro grandes frentes.

---

17 Según "*La Carga Dinámica de la Prueba. Entre la Confusión y lo Innecesario*", 71-72.

18 Según "*La Carga de la Prueba: una Reliquia Histórica que Debiera ser Abolida*", 35.

19 Según "*La Valutazione delle Prove*", 249; Id., "*Casi una Introducción*", 17.

20 As Ônus da Prova no Processo Civil - do Ônus ao Dever de Provar, 88.

21 Según "*La Carga Dinámica de la Prueba. Entre la Confusión y lo Innecesario*", 80-84.

22 Según "*La Valutazione delle Prove*", 256-258, Id., "*Casi una introducción*", 15.

23 As Ônus da Prova no Processo Civil - do Ônus ao Dever de Provar, 102.

24 Según "*La Carga Dinámica de la Prueba. Entre la Confusión y lo Innecesario*", 75-76.

25 Según "*La Carga de la Prueba: una Reliquia Histórica que Debiera ser Abolida*", 46.

26 As Ônus da Prova no Processo Civil - do Ônus ao Dever de Provar, 92-100.

27 Según "*La Carga Dinámica de la Prueba. Entre la Confusión y lo Innecesario*", 55.

28 Según "*La Valutazione delle Prove*", cita, 255-257; Id, "*Casi una introducción*", 13.

29 Según "*La Carga Dinámica de la Prueba. Entre la Confusión y lo Innecesario*", 78.

30 Según "*Revisitando la Doctrina de la 'Carga Dinámica de la Prueba'. Aportes para esclarecer sus principales problemas conceptuales*", 99-104.

En primer lugar, según Jordi Nieva Fenoll[31] y Vitor de Paula Ramos[32], el aspecto objetivo constituiría un *deber,* no una carga. En segundo lugar, según Jordi Nieva Fenoll[33] llevaría a dictar una *resolución injusta, ya que se apartaría* de la verdad de los hechos. En tercer lugar, según Jordi Nieva Fenoll[34], el aspecto objetivo sería *innecesario*, ya que la misma consecuencia se consigue con la aplicación pura y dura del derecho sustantivo. En cuarto lugar, según Jordi Nieva Fenoll[35], sería la cosa *juzgada* —y no el aspecto objetivo de la carga de la prueba— la que resolvería el problema de la sentencia en ausencia de prueba.

Una vez resumidos los frentes, deben ser detallados y confrontados.

3. La crítica de la crítica

Las críticas formuladas por la doctrina pueden pensarse desde una incursión *conceptual* en la figura de la carga de la prueba en general y de la carga de la prueba en particular, *teleológica,* en cuanto a los fines del proceso, *epistémica,* en relación con el interés en la producción de la prueba y *racional,* en cuanto a la decisión de la causa en caso de incertidumbre de las alegaciones fácticas. Hay, por tanto, cuatro frentes de batalla.

3.1 Cargas

La doctrina brasileña dominante sobre la figura de la carga está anclada esencialmente en la conocida lección de Francesco Carnelutti[36], cuyo origen está probablemente en James Goldschmidt[37]. Aunque existe cierta confusión entre carga y deber en la prueba[38], lo cierto

---

31 Según "*La Carga de la Prueba: una Reliquia Histórica que Debiera ser Abolida*", 43-44.

32 Conforme Ônus da Prova no Processo Civil - do Ônus ao Dever de Provar, 91-92.

33 Según "La Carga de la Prueba: una Reliquia Histórica que Debiera ser Abolida", 23, 42-43.

34 Según "La Carga de la Prueba: una Reliquia Histórica que Debiera ser Abolida", 44.

35 Según "La Carga de la Prueba: una Reliquia Histórica que Debiera ser Abolida", 44.

36 Francesco Carnelutti (1879 - 1965), *Sistema di Diritto Processuale Civile*. Padua: Cedam, 1936, 56-58, vol. I. Para un análisis histórico del concepto de carga, véase Vitor de Paula Ramos, Ônus da Prova no Processo Civil - do Ônus ao Dever de Provar, 57-71. Para un análisis crítico del concepto de carga propuesto por Carnelutti, Giacomo Gavazzi, *L'Onere - tra la Libertà e l'Obbligo*, 39-69.

37 Al menos en lo que respecta al énfasis en el interés propio y la ausencia de perjuicio como consecuencia de su incumplimiento, según James Goldschmidt (1874 - 1940), *Der Prozess als Rechtslage*. Berlín: Springer, 1925, 335-336 (existe una traducción al español: *El Proceso como Situación Jurídica*, traducido por Barja de Quiroga, Ferrer Baquero y García-Comendador Alonso. Madrid: Marcial Pons, 2015), como ya hemos señalado en nuestro Curso de Processo Civil (2015), 4. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, 33, nota al pie n. 26, vol. I, en coautoría con Luiz Guilherme Marinoni y Sérgio Cruz Arenhart.

38 Para todos, Moacyr Amaral Santos (1902 - 1983), Prova Judiciária no Cível e Comercial (1949), 3. Ed. São Paulo: Max Limonad, 1961, 94, vol. I; Id., Comentários ao Código de Processo Civil (1976), 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977, 29, vol. IV.

es que el concepto de carga como "*dover fare*" en el "*proper*[39] *interest*" —como "*Gebot des eigenen Interesses*[40]"— ha hecho fortuna entre nosotros[41].

Incluso frente a las críticas[42], el núcleo duro del concepto de carga como conducta que debe adoptarse en interés propio resistió hasta la publicación del trabajo de Vitor de Paula sobre el onus de la prueba.[43] Por recomendación de Michele Taruffo, Vitor leyó la obra clásica de Giacomo Gavazzi sobre el concepto de carga[44], introduciéndolo por primera vez en la doctrina brasileña[45]. Se trata de una aportación relevante para nuestra doctrina.

Desde luego, no es el momento de repasar las diferentes teorías sobre la carga. Es útil, sin embargo, resaltar algunos aspectos del concepto propuesto por Gavazzi: la carga deriva de una *norma técnica*, que pretende promover un *fin considerado valioso para el derecho y para el titular de la carga*, cuya realización depende, sin embargo, de su *elección*[46]. En esta línea, la carga constituye una posición jurídica que, una vez ejercida libremente, promueve el resultado pretendido por el ordenamiento jurídico y el que tiene la carga[47].

Sin embargo, es necesario problematizar un poco más el concepto propuesto, concretamente en lo que se refiere a la relación de medios y fines que se encuentra en la base de

---

39 Francesco Carnelutti, *Sistema di Diritto Processuale Civile*, 56-57, vol. I.

40 James Goldschmidt, *Der Prozess als Rechtslage*, 336.

41 Entre otros, en obras generales, Araken de Assis, Processo Civil Brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, 262, vol. II, tomo I; Arruda Alvim, Manual de Direito Processual Civil (1977), 18. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, 917; Cândido Rangel Dinamarco, Instituições de Direito Processual Civil (2001), 3. Ed. São Paulo: Malheiros, 2003, 204, vol. II; Fredie Didier Júnior, Paula Sarno Braga y Rafael Alexandria de Oliveira, Curso de Direito Processual Civil (2007), 11. Ed. Salvador: JusPodium, 2016, 110, vol. II; en las obras de carácter monográfico sobre pruebas, Eduardo Cambi, A Prova Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, 315; Marinoni y Arenhart, Prova e Convicção, 201.

42 Entre outros, Flávio Yarshell, Antecipação da Prova sem o Requisito da Urgência e o Direito Autônomo à Prova. São Paulo: Malheiros, 2009, 50; Lucas Buril de Macedo e Ravi Peixoto, Ônus da Prova e sua Dinamização (2013), 2. Ed. Salvador: JusPodium, 2016, 81-82; Luiz Eduardo Boaventura Pacífico, O Ônus da Prova no Direito Processual Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, 28-37.

43 As Ônus da Prova no Processo Civil - do Ônus ao Dever de Provar, 57-71.

44 Giacomo Gavazzi, *L'Onere - tra la Libertà e l'Obbligo.*

45 Posteriormente también adoptamos en lo sustancial el concepto propuesto por Gavazzi y difundido entre nosotros por Vitor en nuestro Curso de Processo Civil, 33, vol. I en coautoría con Marinoni y Arenhart. También lo adopta Artur Carpes, Ônus da prova no Novo CPC – do estático ao dinâmico, 32.

46 De ahí los tres aspectos que Gavazzi considera esenciales para la caracterización de la carga: su fuente (la norma jurídica, concretamente la regla técnica), su estructura (el interés que promueve, concretamente el del gravado y el del derecho) y su función (el resultado promovido apreciado por el derecho, cumpliendo así su función promocional), según *L'Onere - tra la Libertà e l'Obbligo*, 164-165. Por cierto, este mismo énfasis en la *libertad* de elección en la adopción de conductas normativas marca la especie de regla jurídica llamada "*instruction*" por Frederick Schauer, *Playing by the Rules* (1991). Oxford: Oxford University Press, 2002, 3-4.

47 Así, igualmente, Vitor de Paula Ramos, Ônus da Prova no Processo Civil - do Ônus ao Dever de Provar, 70.

las normas técnicas y, por tanto, del concepto de carga[48]. Aunque Vitor toma como punto de apoyo de su concepto la existencia de una relación *necesaria* entre la adopción de la conducta y la consecución del resultado[49], el propio Gavazzi ya había sugerido la posibilidad de que el resultado prometido por la carga se obtuviera por otros medios *distintos* a la adopción de la conducta prevista en la norma técnica[50].

Es precisamente en la exploración de esta veta donde se insertan los trabajos posteriores de los teóricos del derecho sobre las normas técnicas. Giampaolo Azzoni[51] y Gianmarco Gometz[52], por ejemplo, tratan de destacar precisamente el hecho de que las normas técnicas constituyen prescripciones que funcionan como *causa* o *coeficiente* que contribuye en mayor o menor medida a la *probable* consecución de un resultado[53].

Para la caracterización de la figura de la carga procesal estos debates son fundamentales. Tanto para explicar el hecho de que el proceso se ocupe de la expectativa de las partes de obtener decisiones favorables y la necesidad de que el juez dicte una decisión justa[54], como para explicar el hecho de que el proceso esté marcado por la incertidumbre sobre sus resultados[55], es esencial que la figura de la carga contemple, en primer lugar, un fin valioso para las partes y el propio sistema jurídico, y, en segundo lugar, una relación *contingente* entre medios y fin.

De ahí la necesidad de combinar el concepto propuesto por Gavazzi, difundido entre nosotros por Vitor, con la aportación ofrecida por Azzoni y Gometz. La carga, por tanto, constituye una posición jurídica que, una vez ejercida libremente, es *susceptible* de promover

---

48 Subrayando correctamente este carácter instrumental de la carga, para todos, Paula Costa e Silva, Acto e Processo - Regressando ao Dogma da Irrelevância da Vontade na Interpretação e nos Vícios do Acto Postulativo (2003). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, 123.

49 As Ônus da Prova no Processo Civil - do Ônus ao Dever de Provar, 72 y 74. Por cierto, en la doctrina portuguesa, negando el carácter de carga a la carga de la prueba por la ausencia de implicación entre la conducta y el resultado, Pedro Ferreira Múrias, Por uma Distribuição Fundamentada do Ônus da Prova. Lisboa: Lex, 2000, 27.

50 Según *L'Onere - tra la Libertà e l'Obbligo*, 136-137.

51 Conforme a *Cognitivo e normativo – il paradosso delle regole tecniche*. Milano: Franco Angeli, 1991, 42-45.

52 Según Le Regole Tecniche - una Guida Refutabile. Pisa: ETS, 2008, 44.

53 También subraya este componente -por así decirlo- aleatorio en relación con la consecución del resultado pretendido por la "*instrucción*", Frederick Schauer, *Playing by the Rules*, 3-6.

54 Observado por Flávio Yarshell precisamente en relación con la carga de la prueba, problematizándola a partir de su rasgo privatista propuesto por Francesco Carnelutti y James Goldschmidt (como Anticipación de la prueba sin el requisito de la urgencia y el derecho independiente a la prueba, 50). Subrayando justamente la conjugación del interés de la parte (obtener una decisión favorable) con el interés estimulado por el sistema jurídico (enriquecimiento del material probatorio) respecto a la carga de la prueba, por todos, Michele Taruffo, "*L'Onere come Figura Processuale*", 64.

55 Según la clásica lección de James Goldschmidt ya en el prefacio de su *Der Prozess als Rechtslage*, VI, recordada entre nosotros por Álvaro de Oliveira (1942-2013), Teoria e Prática da Tutela Jurisdicional. Río de Janeiro: Forense, 2008, 50, y Ovídio Baptista da Silva (1929-2009), Jurisdição, Direito Material e Processo. Río de Janeiro: Forense, 2008, 7.

el resultado pretendido por el ordenamiento jurídico y por el titular de la carga. En términos teóricos, esto significa que los rasgos que autorizan la distinción entre carga perfecta y carga imperfecta que realiza la doctrina[56] están presentes no solo en el ámbito del proceso, sino en los propios dominios de la teoría general del derecho.

3.2 La carga de la prueba: su valor conceptual

La distinción doctrinal entre los aspectos subjetivos y objetivos de la carga de la prueba desciende de la división esbozada entre sus aspectos formales y materiales propuesta por Julius Glaser[57]. Hasta entonces, como señala la doctrina[58], el tratamiento de la carga de la prueba se centraba en su aspecto subjetivo, como lo demuestra, por ejemplo, el título de la obra alemana más conocida del siglo XIX sobre el tema, escrita por Adolph Weber[59].

A partir de estos dos conceptos, Leo Rosenberg estableció la distinción entre *Beweisführungslat* y *Feststellungslast*. La primera corresponde a la carga subjetiva, también conocida como carga formal, mientras que la segunda corresponde a la carga objetiva, también conocida como carga material[60].

Esta es una distinción ampliamente conocida y trabajada en la doctrina[61]. El aspecto subjetivo de la carga de la prueba prescribe una regla de *instrucción*, distribuyendo entre las partes la carga de aportar pruebas sobre sus propias alegaciones (*onus probandi incumbit cui dicit*), mientras que su aspecto objetivo prescribe una *regla de juicio*, determinando que el juez —en caso de duda sobre la veracidad de las alegaciones de hecho— decida lo contrario a la parte cargada (*interest reipublicae ut sit finis litium*)[62].

Sin embargo, para demostrar la ausencia de su aspecto subjetivo, parte de la doctrina recuerda tanto la regla de la comunión de la prueba como la que otorga la potestad de ins-

---

56 Para todos, Artur Carpes, Ônus da Prova no Novo CPC - do Estatico ao Dinâmico, 33-34.

57 Julius Glaser (1831 - 1885), *Beiträge zur Lehre vom Beweis im Strafprozess. Leipzig*: Duncker & Humblot, 1883, citado por Leo Rosenberg, Die Beweislast, 18.

58 Leo Rosenberg, *Die Beweislast,* 18; Gian Antonio Micheli, *L'Onere della Prova*, 92.

59 Adolph Weber (1753 - 1817), *Über die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Zivilprozess*. Halle: Renger, 1804, citado por Leo Rosenberg, *Die Beweislast*, 18.

60 La traducción de los términos propuestos por Rosenberg, especialmente *Feststellungslast*, se examinará más adelante (*infra*, n. 3).

61 Para la doctrina alemana, Hans-Joachim Musielak, *Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozess*. Berlín: Gruyter, 1975, 32-50; para la doctrina italiana, Gian Antonio Micheli, L'Onere della Prova, 91-97; para la doctrina portuguesa, Rui Angel, O Ônus da Prova no Processo Civil (2000), 2. Ed. Coimbra: Almedina, 2002, 125-137; para la doctrina brasilera, Marinoni y Arenhart, Prova e Convicção, 191 y siguientes; Flávio Yarshell, Antecipação da Prova sem Requisito da Urgência e Direito Autônomo à Prova, 56-71.

62 Según nuestra Colaboración en el Procedimiento Civil.

trucción al juez[63], tratando incluso de vincular históricamente "carga subjetiva y valoración jurídica" y "carga objetiva y valoración libre"[64]. En otras palabras, esto significa que la valoración de la prueba no está subordinada al interés de la parte que la produce, incluso porque es posible determinar su producción de oficio[65].

Sin embargo, no es posible prescindir del aspecto subjetivo por el carácter común de la prueba[66]. Tal desprecio conduce a una disminución indebida del papel de las partes en el proceso[67]. Para un tratamiento adecuado del problema, es necesario tener en cuenta no solo el carácter dinámico del derecho de acción y del derecho de defensa, sino también la necesidad de buscar un equilibrio en la relación entre el juez y las partes en el proceso civil.

Por un lado, el derecho de acción y el derecho de defensa no presentan solo un carácter estático, identificado con la solicitud de tutela judicial. La acción y la defensa constituyen posiciones jurídicas complejas y dinámicas: complejas, porque comprenden diferentes posiciones de las partes, y dinámicas, porque evolucionan según el desarrollo del procedimiento[68]. Siendo la acción y la defensa posiciones compuestas, entonces es innegable que, entre

---

63 Según Jordi Ferrer Beltrán, "*La Carga Dinámica de la Prueba. Entre la Confusión y lo Innecesario*", 71-72; Jordi Nieva Fenoll, "*La Carga de la Prueba: una Reliquia Histórica que Debiera ser Abolida*", 35, Michele Taruffo, "*La valutazione delle Prove*", 249, Id; "*Casi una Introducción*", 17; Vitor de Paula Ramos, Ônus da Prova no Processo Civil - do Ônus ao Dever de Provar, 88. Como es sabido, la crítica al aspecto subjetivo ante la comunión de la prueba se remonta a la segunda mitad de los años ochenta (según Carl Ludwig von Bar (1836 - 1913), *Recht und Beweis in Zivilprozess*. Leipzig: Tauchnitz, 1867) y a principios de los años noventa (Josef Kohler (1849 - 1919), *Enzyklopädie der Rechtswissenschaft*. Leipzig: Duncker & Humblot, 1904, vol. III), según Leo Rosenberg, Die Beweislast, . 62 – los mismos autores son recordados igualmente por Gian Antonio Micheli, L'Onere della Prova, 92 y Jordi Nieva Fenoll, "*La Carga de la Prueba: una Reliquia Histórica que Debiera ser Abolida*", 35.

64 Conforme Jordi Nieva Fenoll, "*La Carga de la Prueba: una Reliquia Histórica que Debiera ser Abolida*", 25-40.

65 Para el examen histórico de la relación entre las partes y el juez en relación con la prueba desde una perspectiva histórica, Knut Wolfgang Nörr, *Zur Stellung des Richters im gelehrten Prozess der Frühzeit - Iudex Secundum Allegata non Secundum Conscientiam Iudicat*. München: C. H. Beck, 1967; Joan Picó i Junoy, El Juez y la Prueba - *Estudio de la Errónea Recepción del Brocardo Iudex Iudicare Debet Secundum Allegata et Probata, non Secundum Conscientiam y su Repercusión Actual*. Barcelona: Bosch, 2007 (existe una traducción al portugués: O Juiz e a Prova - Estudo da Errônea Recepção do Brocardo *Iudex Iudicare Secundum Allegata et Probata, non Secundum Conscientiam* e sua Repercussão Atual (2015), traducido por Darci Guimarães Ribeiro, 2. ed.) Para un examen comparativo del problema, Michele Taruffo, "*Poteri Probatori delle Parti e del Giudice in Europa*", *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè, 2006, 451-482 (existe una traducción al portugués: "Poderes Probatorios das Partes e do Juiz na Europa", Processo Civil Comparado - Ensaios, traducido por Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013). Para un examen dogmático del problema en el derecho brasileño, Sérgio Mattos, Da Iniciativa Probatória do Juiz no Processo Civil. Río de Janeiro: Forense, 2001.

66 Según Leo Rosenberg, *Die Beweislast*, 21-23; Gian Antonio Micheli, *L'Onere della Prova*, 95; Rita Lynce de Faria, A Inversão do Ônus da Prova no Direito Civil Português (2001). Lisboa: Universidade Católica Editora, 2018, 11.

67 En esta línea, Artur Carpes, Ônus Dinâmico da Prova no Novo CPC - do Estático ao Dinâmico; Flávio Yarshell, Antecipação da Prova sem o Requisito da Urgência e Direito Autônomo à Prova, 56-60.

68 Según Luigi Paolo Comoglio, *La Garanzia Costituzionale dell'Azione ed il Processo Civile*. Padova: Cedam, 1970, 69-70; Id., "*Note Riepilogative su Azione e Forme di Tutela, nell'Ottica della Domanda Giudiziale*", Rivista di Diritto Processuale. Padova:

las posiciones asignadas a las partes en el proceso, está la de producir pruebas y persuadir al juez sobre su contenido[69]. En otras palabras: son reconducibles a la acción y a la defensa.

De ahí que negar el aspecto subjetivo —en esencia, negar la existencia misma de la carga de la prueba, pues es evidentemente una posición subjetiva— supone borrar del contenido del derecho de acción y del derecho de defensa el valor estratégico que la prueba tiene en la configuración del proceso: desde luego, las partes adoptan determinadas conductas proyectando las posibles consecuencias futuras previstas en la ley[70]. En otras palabras, negar el aspecto subjetivo significa ignorar la perspectiva de la parte frente a la prueba e ignorar la prescripción conductual resultante dirigida a las partes[71].

Por otro lado, la necesidad de buscar un proceso capaz de equilibrar la relación entre el juez y las partes constituye uno de los compromisos más fructíferos del procedimiento civil[72]. En el ámbito de la prueba, esto significa dar la debida importancia a la libertad de las partes en cuanto a la configuración de su actividad probatoria y distinguir la tarea de producir y valorar las pruebas.

Aunque no podamos reconocer la adopción plena del principio dispositivo en Brasil[73], ya que la dirección del proceso se confía al juez (art. 139, CPC) y existe la posibilidad de

---

Cedam, 1993, páginas 465-490; Alvaro de Oliveira, Teoría y práctica de la protección jurisdiccional, 71; Marinoni, Arenhart. y Mitidiero, Curso de Processo Civil, 280, vol. I.

69 Por cierto, el hecho de que una de las posiciones de las partes sea la de persuadir al juez sobre el contenido de la prueba no significa que su valoración deba ser vista desde un punto de vista subjetivo por el procedimiento civil. La valoración de la prueba debe ser lo más objetiva posible (según, entre otros, Jordi Ferrer Beltrán, *La Valoración Racional de la Prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007; Vitor de Paula Ramos, Prova Testemunhal - do Subjetivismo ao Objetivismo, do Isolamento Científico ao Diálogo com a Psicologia e a Epistemologia. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018). La búsqueda de la verdad constituye una de las tareas *institucionales del proceso*, que realiza el juez. Esta perspectiva institucional, sin embargo, convive bien con la perspectiva de las partes: que es la de convencer al juez sobre el contenido de las pruebas aportadas. Son perspectivas diferentes: la parte quiere persuadir (provocar un estado subjetivo de certeza), mientras que el juez quiere buscar la verdad (objetiva y siempre relativa) (sobre la diferencia entre verdad y certeza, según Michele Taruffo, La Semplice Verità, 85-88) Como estas dos perspectivas se refieren a diferentes participantes en el proceso, pueden coexistir sin mayor problema.

70 Como, en la doctrina italiana, Vittorio Denti (1919 - 2001), *La Giustizia Civile - Lezioni Introduttive* (1989), 2. Ed. Bolonia: Il Mulino, 2004, 144; en la doctrina brasileña, como Marinoni y Arenhart, Prova e Convicção, 215-216; Artur Carpes, Ônus Dinâmico da Prova no Novo CPC - do Estático ao Dinâmico, 65-71.

71 Sobre el tema, Michele Taruffo, *La Semplice Verità - il Giudice e la Costruzione dei Fatti*. Bari: Laterza, 2009, 168-172 (existe una traducción al portugués: Uma Simples Verdade - O Juiz e a Construção dos Fatos, traducido por Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012).

72 Como se indica ampliamente en Alvaro de Oliveira, Do Formalismo no Processo Civil - Proposta de um Formalismo-Valorativo (1997), 4. Ed.

73 Según Alvaro de Oliveira, Do Formalismo no Processo Civil, 202-121 Sérgio Mattos, Da Iniciativa Probatória do Juiz no Processo Civil, 53. Por cierto, la solución es la misma en relación con el derecho portugués, según José Lebre de Freitas, Introdução ao Processo Civil (1996), 2. Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, 155.

determinar la producción de la prueba de oficio (art. 370, CPC)[74], es innegable que las partes tienen un papel fundamental en relación con la prueba (arts. 369 y 373, CPC). De ahí que el aspecto subjetivo de la carga de la prueba se reconduce habitualmente al ámbito de la libertad de las partes, cuya expresión en el procedimiento civil se encuentra precisamente en el principio dispositivo[75]. Acentuar el aspecto subjetivo significa, por tanto, destacar el interés y la actividad de las partes en el ámbito de la prueba.

Además, como es evidente, no debe confundirse la producción de pruebas (actividad de las partes) con la valoración de las mismas (actividad del juez). Saber cuáles son las alegaciones de hecho que deben ser probadas y tener en cuenta sus riesgos no contradice, obviamente, que el juez pueda valorar la prueba teniendo en cuenta todo el conjunto probatorio: son dos prescripciones distintas, con destinatarios distintos, que reflejan los diferentes roles que desempeñan estos participantes del proceso. La existencia de un desarrollo histórico que asocie "carga subjetiva y valoración jurídica" y "carga objetiva y valoración libre" en la tradición romano-canónica constituye solo una contingencia.

Una consideración del procedimiento civil americano puede quizás ilustrar adecuadamente esto. La doctrina reconoce pacíficamente la existencia de una *burden of production* (también conocida como *burden of going forward with the evidence*) y una *burden of persuasion*. Mientras que la *burden of persuasion* se refiere a la libre valoración de la prueba por parte del *juzgador* (hasta el punto de que está estrechamente vinculada a los *estándares* de prueba y a la importancia social asociada al derecho material debatido en el tribunal), la *burden of production* se refiere a la actividad probatoria que deben realizar las partes[76].

---

74 Respondiendo precisamente a la crítica sobre la conexión entre la carga subjetiva y la iniciativa probatoria judicial, Flávio Yarshell, Antecipação da Prova sem o Requisito da Urgência e Direito Autônomo à Prova, 60-65.

75 Evidentemente, nos referimos al principio dispositivo en sentido procesal - *Verhandlungsmaxime* (según la expresión propuesta por Nikolaus Thaddäus Gönner (1764 - 1827), *Handbuch des deutschen gemeinen Prozess*. Erlangen: Johann Jakob Palm, 1801, 259-262, vol. I), *principio dispositivo in senso processuale, también conocido como principio della trattazione* (según Mauro Cappelletti (1927 - 2004), La Testimonianza della Parte nel Sistema dell'Oralità. Milano: Giuffrè, 1962, 357-358, vol. I), la presentación de las partes (Robert Wyness Millar (1876 - 1959), *The Formative Principles of Civil Procedure* (1923), *History of Continental Civil Procedure*, varios autores, traducido por Robert Wyness Millar. Boston: Little, Brown, and Company, 1927, 12). Para un análisis del principio dispositivo en el derecho brasileño, Otávio Domit, Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 2017, 66-81, vol. I (varios autores). Para una conexión entre el aspecto subjetivo de la carga de la prueba y el principio dispositivo, Adolf Wach (1843 - 1926), *Vorträge über die Reichs-Civilprocessordnung* (1879), Ed. Bonn: Adolph Marcus, 1896, 202-204 (existe una traducción al español: *Conferencias sobre la Ordenanza Procesal Civil Alemana*, traducción de Ernesto Krotoschin, 1958); Leo Rosenberg, Die Beweislast, 21; Giuseppe Chiovenda (1872 - 1937), *Principii di Diritto Processuale Civile* (1906). Napoli: Jovene, 1965, 787; Miguel Teixeira de Sousa, Introdução ao Processo Civil. Lisboa: Lex, 1993, 49; Ovídio Baptista da Silva, Curso de Processo Civil (1987), 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, 63-64, vol. I.

76 Aunque está más allá del alcance de este ensayo y del argumento que pretendemos presentar en este momento, es importante señalar que el procedimiento civil estadounidense funciona tanto con la categoría de deberes probatorios (en la *fase previa al juicio, la proposición de pruebas* prevé un verdadero *deber* probatorio: hay una "*revelación obligatoria*" efectiva)

No se trata solo de una distinción terminológica: mientras que la *burden of production* puede ser modificada por el juez, la carga de la persuasión no[77]. Además, la carga de la persuasión también sirve para garantizar que, en el juicio, el jurado pueda basar racionalmente su decisión: si el juez considera que las pruebas no son suficientes, puede aceptar la petición de la parte de desestimar el caso por falta de pruebas (*motion to dismiss the case for failure of proof*)[78]. En este caso, el juicio no se celebrará. Al aceptar esta *moción*, el juez resume formalmente el procedimiento, gestionando procesalmente el caso, y nada de esto, como puede verse, depende de la existencia de pruebas legalmente valoradas[79].

Además de demostrar una clara disociación entre estas dos posiciones desde el punto de vista subjetivo, esta distinción muestra la coexistencia pacífica entre la *burden of production*, la *burden of persuasion* y la libre valoración. En otras palabras, el hecho de que exista una norma clara dirigida a las partes no implica la adopción de una prueba legal en relación con la decisión judicial.

En resumen, nos parece que el aspecto subjetivo es fundamental para resaltar la perspectiva de las partes en relación con la actividad probatoria —reducirla a una mera presión "psicológica[80]" significa desconocer el carácter dinámico del derecho de acción y del derecho de defensa. Además, también nos parece que no existe una relación necesaria entre la carga subjetiva y la valoración jurídica de la prueba: es una relación contingente.

3.3 La carga de la prueba: su valor relacional

Es sabido que una de las condiciones necesarias —aunque no suficientes— para que se dicte una resolución justa está en una investigación dirigida a encontrar la verdad sobre las ale-

---

como con la categoría de *carga*, según Stephen Subrin y Margaret Woo, *Litigation in America - Civil Procedure in Context*. Nueva York: Aspen, 2006, 134-137. Es evidente que tal combinación tiende a promover en mayor medida el ideal de exhaustividad de la prueba -lo que no refuta la conclusión, sin embargo, de que la *carga de la producción* constituye una categoría que coexiste -y bien- con la libre apreciación de la prueba.

77 Para consideraciones relacionadas con la teoría jurídica general sobre el tema, véase Frederick Schauer, Thinking like a Lawyer. Cambridge (Mass.): Harvard University Press, 2009, 219-224 (hay una traducción al español: *Pensar como un Abogado*, traducido por Tobías Schleider. Madrid: Marcial Pons, 2013); para consideraciones vinculadas a la teoría del proceso, Douglas Walton, *Burden of Proof, Presumption and Argumentation*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, 52 y ss; Peter Nicolas, *Evidence - a Problem-Based and Comparative Approach* (2005), 4. Ed. 2018, 830-831.

78 Como Geoffrey Hazard Jr. (1929 - 2018) y Michele Taruffo, *American Civil Procedure - an Introduction*. New Haven: Yale University Press, 1993, 142 (existe una versión en italiano: *La Giustizia Civile negli Stati Uniti*. Bolonia: Il Mulino, 1993).

79 En sentido contrario, sin embargo, Jordi Nieva Fenoll asocia carga subjetiva de la prueba, gestión procesal del caso y valoración jurídica de la prueba (según "*La Carga de la Prueba: una Reliquia Histórica que Debiera ser Abolida*", 30-31).

80 Así lo entiende Barbosa Moreira, "Julgamento e ônus da prova", 75. Por cierto, la alusión a la presión meramente psicológica como efecto de la carga aparece antes en Giovanni Verde, "*La Regola di Giudizio Fondata sull'Onere della Prova*" (1972), *L'Onere della Prova nel Processo Civile* (1974). Nápoles: ESI, 2013, 16.

gaciones de hecho en el proceso[81]. Por lo tanto, cuanto mayor sea su apertura a las pruebas, mayor será la posibilidad de obtenerlas.

En esta línea, uno de los problemas centrales del proceso radica en la disciplina de la admisibilidad de las pruebas. En general, se suele decir que la mejor norma a este respecto —desde el punto de vista de la equidad de la decisión— es la que prescribe la admisibilidad de todas las pruebas pertinentes[82]. Sin embargo, como también es sabido, una amplia apertura epistémica del proceso debe ceder en ocasiones ante la protección de otros principios fundamentales, haciendo inadmisibles determinadas pruebas, como, por ejemplo, las derivadas de relaciones de confianza y las capaces de restar eficacia al proceso[83].

No cabe duda, por tanto, de que la exhaustividad del material probatorio constituye la situación procesal ideal para dictar una resolución justa[84] ("*evidence is the basis of justice: exclude evidence, you exclude justice*")[85]. Sin embargo, también es indudable que esta plenitud encuentra diferentes obstáculos para materializarse, todos ellos derivados de la necesidad de proteger de la misma manera otros bienes considerados igualmente importantes en el tráfico jurídico.

Estas observaciones, aunque triviales, sirven para demostrar que el sistema jurídico acaba haciendo diferentes concesiones que repercuten, en cierta medida, negativamente en la promoción del ideal de exhaustividad probatoria. La opción por la disciplina de una determinada posición probatoria como carga o deber obedece a una lógica similar, en la medida en que también puede tender a ampliar o restringir el material probatorio.

En términos generales, está claro que la ley trabaja con prescripciones que tienen como objeto conductas. Sin embargo, los fines que se persiguen con estas prescripciones pueden imponerse de forma obligatoria o solo fomentarse mediante recompensas[86]. La opción por la obligatoriedad —que se expresa a través de la institución de los deberes— o por su incentivación —que se expresa a través de la institución de las cargas— revela, obviamente, un

---

81 Según Michele Taruffo, "*Idee per una Teoria della Decisione Giusta*", *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milán: Giuffrè, 1997. El término "decisión justa" se utiliza aquí para significar simplemente "decisión conforme a la ley".

82 Según Michele Taruffo, "Fatti e Prove". En: Taruffo, Michele (coord.), *La Prova nel Processo Civile.* Milano: Giuffrè, 2012, 69, que hace referencia a la conocida Regla 402 de las *Reglas Federales de Evidencia de los Estados Unidos*.

83 Según Michele Taruffo, "*Fatti e Prove*", 70-71.

84 Como señala Vitor de Paula Ramos, Ônus da Prova no Processo Civil - do Ônus ao Dever de Provar, 46 y ss.

85 Jeremy Bentham (1748 - 1832), Rationale of Judicial Evidence (1827), citado por William Twining como epígrafe de su *Theories of Evidence - Bentham and Wigmore*. California: Stanford University Press, 1985. De ahí la conclusión de Bentham, resumida por Twining, para explicar el "*principio de no exclusión*": "con vistas a la *rectitud de la decisión, no debe excluirse ninguna prueba, a menos que su presentación suponga una vejación, un gasto o un retraso preponderantes*" (*Theories of Evidence - Bentham and Wigmore*, 28).

86 Frederick Schauer, La fuerza del derecho. Cambridge (Mass.): Harvard University Press, 2015, 7 (hay una traducción al español: Fuerza de Ley, traducida por Pablo Ariel Rapetti. Lima: Palestra, 2015).

mayor o menor grado de compromiso del ordenamiento jurídico con el fin que la conducta pretende alcanzar[87].

La doctrina pretende mostrar —a veces como alternativa a la técnica de la carga de la prueba en el ámbito de la prueba en general, a veces como alternativa a la técnica de la dinamización de la carga de la prueba en particular— la conveniencia de instituir verdaderos deberes probatorios a través, por ejemplo, de la institución de un procedimiento similar al *discovery* estadounidense o del aumento del alcance y las consecuencias de la orden de exhibición judicial de pruebas. La sugerencia se hace con el evidente objetivo de ampliar el material probatorio[88].

La sugerencia es obviamente interesante. Sin embargo, es necesario darse cuenta de que el mayor o menor grado de compromiso con el fin que persigue el deber o la carga puede tener diferentes orígenes. De ahí la necesidad de preverlos teniendo en cuenta la *relación* que se establece entre los distintos fines que persigue el ordenamiento jurídico.

En lo que respecta específicamente al comportamiento de las partes ante la prueba, nuestro ordenamiento jurídico establece una carga precisamente para preservar la *libertad* de los litigantes, cuya protección se manifiesta en el ámbito del procedimiento civil con el principio dispositivo. Es evidente que la veracidad de los hechos alegados y la obtención de material probatorio son importantes para dictar una resolución justa. Sin embargo, el ordenamiento jurídico solo pretende fomentar la exhaustividad del material probatorio —en lugar de obligar a incrementarlo— en virtud de la necesidad de honrar también la libertad de las partes en el proceso civil, cuya importancia también reconoce la doctrina[89].

Se trata de una solución de compromiso. Esta se basa en la necesidad de considerar el proceso como una comunidad de trabajo en la que intervienen diferentes intereses dignos de protección[90]. Por supuesto, sería posible, en teoría, diseñar el proceso utilizando los deberes probatorios. Sin embargo, dada la necesidad de honrar igualmente la libertad de las partes, restringiéndola solo en la medida necesaria, la técnica de la carga parece más consistente para promover ambos fines sin un sacrificio desproporcionado: por un lado, el incremento del material probatorio, por otro, la preservación de una zona de libertad para que las partes diseñen sus estrategias procesales.

---

87 Esta es la lección clásica de Gavazzi, *L'Onere - tra la Libertà e l'Obbligo*, 162-165.

88 Según Jordi Ferrer Beltrán, "*La Carga Dinámica de la Prueba. Entre la Confusión y lo Innecesario*", páginas 80-84; Michele Taruffo, "*La Valutazione delle Prove*", 256-258; Id. "*Casi una Introducción*", 15; Vitor de Paula Ramos, Ônus da Prova no Processo Civil – do Ônus ao Dever de Provar, 102.

89 Según Alvaro de Oliveira, Do Formalismo no Processo Civil - Proposta de um Formalismo-Valorativo, 119-121.

90 Según Fredie Didier Júnior, Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Civil Português. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, 47.

En otras palabras, la institución de un deber o carga de la prueba como norma general debe pensarse en relación con los fines previstos, de ahí su valor *relacional*. Una vez establecida esta relación, es importante analizar si la solución que posibilita el deber o la carga está justificada desde el punto de vista del grado de sacrificio impuesto a la libertad de las partes. Dada la posibilidad de aumentar el material probatorio paralelamente a la preservación del espacio de libertad, la solución de la carga —como regla general— en el ámbito de la prueba parece ser la más proporcional.

Esto no significa, por supuesto, que no se pueda pensar en una solución que combine la carga de la prueba y los deberes probatorios[91]. En el caso de la ley brasileña, esta coexistencia es clara: además de la regla general que impone la carga de la prueba a las partes (art. 373, CPC), existe también la regla que permite al juez determinar la producción de la prueba (art. 370, CPC), (orden que da lugar al deber de producir la prueba), la que prevé el deber de producir la prueba (art. 378, CPC) y la que prevé el deber de exhibir los documentos (arts. 396 y 400, párrafo único, CPC)[92].

La alternativa entre carga y deber, por tanto, se refiere más al alcance de una y otra, en la medida en que ambas en que ambas técnicas no se excluyen mutuamente. Un sistema jurídico podría muy bien vivir con la carga como norma general y con los deberes previstos excepcionalmente por el legislador.

3.4 Distribución de la carga de la prueba: su valor epistémico

Sin embargo, ¿puede la figura de la carga contribuir efectivamente a completar el material probatorio y, por tanto, desempeñar una función epistémica en el proceso? ¿La distribución de la carga de la prueba —fija o dinámica— tiene la capacidad de contribuir adecuadamente a la exhaustividad del material probatorio? Parte de la doctrina ha sido del entender que no[93]. Esta orientación merece, sin embargo, dos consideraciones.

La primera tiene que ver con el *estímulo de* producir pruebas que conlleva la carga de la prueba. Es evidente que la parte tiene un *interés* —no meramente económico, sino jurídico, porque tiene consecuencias[94] legales— en aportar pruebas favorables a sus alegaciones de

---

91 Según Miguel Teixeira de Sousa, Estudos sobre o Novo Processo Civil (1997), 2. Ed. Lisboa: Lex, 1997, 64.

92 En cuanto a ejemplos de deberes probatorios, véase Vitor de Paula Ramos, Ônus da Prova no Processo Civil - do Ônus ao Dever de Provar, 101-102.

93 Según Jordi Ferrer Beltrán, "*La Carga Dinámica de la Prueba. Entre la Confusión y lo Innecesario*", 75-76; Jordi Nieva Fenoll, "*La Carga de la Prueba: una Reliquia Histórica que Debiera ser Abolida*", 46; Vitor de Paula Ramos, Ônus da Prova no Processo Civil – do Ônus ao Dever de Provar, 92-100.

94 Por cierto, parece que, para eliminar el interés de la parte del plan de derecho o para minimizar su importancia jurídica, Vitor de Paula Ramos, Ônus da Prova no Processo Civil - do Ônus ao Dever de Provar, 82. Sin embargo, Giacomo Gavazzi, *L'Onere - tra la Libertà e l'Obbligo*, 124, señala acertadamente que la calificación de las consecuencias del cumplimiento

hecho. Alimentada por su interés, la parte actúa para enriquecer el material probatorio[95]. He aquí la innegable función epistémica del aspecto subjetivo de la carga de la prueba[96].

El segundo se refiere a la distribución de la carga de la prueba en sí. Si la distribución legal de la carga de la prueba cumple una función epistémica en el proceso, es evidente que su distribución judicial —mediante la dinamización o la inversión— también realiza esta misma función: su origen, obviamente, no tiene la facultad de cambiar su función. Trabajando la distribución judicial inicialmente en el plano de la instrucción de la causa[97], no hay razón para negar su carácter epistémico: tanto la distribución legal como la judicial cumplen la misma función.

Admitiendo, como parece correcto, que la distribución de la carga de la prueba entre las partes es adecuada para la promoción del ideal de exhaustividad de la prueba, cumpliendo así una función epistémica relevante en el proceso, la forma en que se realiza esta distribución ha sido igualmente puesta en jaque. Dado que la carga de la prueba se distribuye normalmente de forma *fija* por el legislador, esta cuestión suele plantearse solo cuando se cuestiona la posibilidad de su distribución[98] *dinámica*.

A este respecto, se suelen formular tres críticas. Uno, la posibilidad de que la dinámica de la carga de la prueba vulnere el principio de legalidad[99]. Dos, la posibilidad que la dinámica de la carga de la prueba pueda alterar la propia conformación del derecho sustantivo

---

de la carga como simplemente económicas (de ahí la caracterización en los mismos términos del interés protegido) es "*semplicemente fuorviante*", en la medida en que el cumplimiento de la carga conduce a una consecuencia jurídica (siendo el interés protegido por la carga también jurídico): en el caso de la carga de la prueba, la consecuencia jurídica está precisamente en el enriquecimiento del acervo probatorio (admisión y producción de pruebas -situaciones jurídicas que no existían antes del ejercicio de la carga-) dirigido a aumentar las posibilidades de obtener una decisión favorable.

95 Esta es la regla, que corresponde a lo que sucede *regularmente*: la parte interesada en obtener una decisión favorable actuará normalmente para producir pruebas de acuerdo con su interés. Por supuesto, excepcionalmente, la parte puede omitir la presentación de las pruebas y aun así obtener una decisión favorable. Razonar así para negar el carácter epistémico de la carga de la prueba es, sin embargo, tomar la excepción por la regla. En general, la carga de la prueba estimula la producción de pruebas, incrementa el material probatorio y aumenta las posibilidades de éxito de la parte cargada.

96 Admitiendo la función epistémica de la carga de la prueba, incluso en lo que se refiere a su manipulación (como, por ejemplo, ocurre con su dinamización), para todos, Michele Taruffo, "*La Valutazione delle Prove*", citado, 246 y 256; Id, "L'onere come Figura Processuale", 64; Id. "Casi una Introducción", 14 y 16.

97 Según Vittorio Denti, "*L'Inversione dell'Onere della Prova: Rilievi Introduttivi*", *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milán: Giuffrè, 1992.

98 Aunque la distribución dinámica de la carga de la prueba se encuentra ya en el primer proceso alemán (según Gian Antonio Micheli, L'Onere della Prova, 21-25), su teorización moderna se debe a Jorge Peyrano (según Leandro Giannini, "*Revisitando la Doctrina de la 'Carga Dinámica de la Prueba'. Aportes para esclarecer sus principales problemas conceptuales*", 90). Sobre el tema, Jorge Peyrano (coord.), *Cargas Probatorias Dinámicas*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004; Artur Carpes, Ônus Dinâmico da Prova.

99 Según Jordi Ferrer Beltrán, "*La Carga Dinámica de la Prueba. Entre la Confusión y lo Innecesario*". 55; Michele Taruffo, "*La Valutazione delle Prove*", 255-257, Id, "Casi una Introducción", 13.

impugnado en los tribunales[100]. Tres, la posibilidad de que la dinámica de la carga de la prueba pueda dar lugar a una confusión conceptual, especialmente en lo que se refiere al posible solapamiento con el principio de colaboración[101].

En primer lugar, la crítica relativa a la violación del principio de legalidad no se aplica, evidentemente, a los sistemas jurídicos que prevén expresamente en la ley la posibilidad de dinamizar la carga de la prueba, como es el caso de Brasil, por ejemplo (art. 373, §§ 1 y 2, CPC). Sin embargo, incluso en los casos en los que no existe una disposición legal al respecto, sería posible defender su aplicación basándose en la *defectibilidad* de la norma general que prevé la distribución fija de la carga de la prueba. Se podría argumentar que la regla general no contempla los casos de inequívoca dificultad probatoria para la parte cargada e incuestionable facilidad probatoria para la parte contraria, siendo el caso de superarla en el caso concreto, bajo pena de vulneración de la igualdad[102], siempre que la parte cargada sea informada *ex novo,* dándosele la oportunidad de aportar pruebas, antes del dictado de la sentencia[103].

No hay extravagancia en esta solución[104]. La defectibilidad es una cualidad normativa ampliamente conocida en la teoría jurídica general[105]. Siendo así, lo que se requiere para la consideración particular del caso concreto es una decisión que observe un procedimiento interpretativo y aplicativo guiado por una justificación racional, coherente y universalizable[106]. Si las razones están justificadas, la superación de la norma general por su defecto no vulnera el principio de legalidad: el hecho de que una determinada solución no esté expresada en el *texto* no significa que sea contraria a la *norma*.

---

100 Como Jordi Ferrer Beltrán, "*La Carga Dinámica de la Prueba. Entre la Confusión y lo Innecesario*", 78.

101 Según Leandro Giannini, "*Revisitando la Doctrina de la 'Carga Dinámica de la Prueba'. Aportes para esclarecer sus principales problemas conceptuales*", 99-104.

102 Según Rafael Abreu, Igualdade e Processo – Posições Processuais Equilibradas e Unidade do Direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, 214-216.

103 Por cierto, antes de la previsión legal de la distribución dinámica de la carga de la prueba en el derecho brasileño, defendíamos exactamente esta solución invocando el postulado de la razonabilidad (según nuestra Colaboración en Procedimiento Civil - del Modelo al Principio) En la misma línea, igualmente, Artur Carpes, Ônus Dinâmico da Prova, y William Santos Ferreira, Princípios Fundamentais da Prova Civil, páginas 256-257.

104 Por cierto, la conocida doctrina trabaja justamente desde la defectibilidad normativa, subrayando los problemas de sobreinclusión y subinclusión, otro problema clásico relativo a la prueba: el de la admisibilidad de la prueba ilícita (según Luca Passanante, *La Prova Illecita nel Processo Civile. Turín: Giappichelli*, 2017, 58-60).

105 Para todos, en la tradición romano-canónica, Riccardo Guastini, *Interpretare e Argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011, 42-43; en la tradición del *Common Law*, Frederick Schauer, Playing by the Rules, 31-34.

106 Según, con las debidas indicaciones bibliográficas, nuestros Precedentes – da persuasão à vinculação (2016), 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, 63-67. Para una conexión entre interpretación, justificación y decisión en el Estado Constitucional, con las debidas indicaciones bibliográficas, Otávio Motta, Justificação da Decisão Judicial – a Elaboração da Motivação e a Formação de Precedentes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, 88-97.

En segundo lugar, es necesario distinguir preliminarmente —aunque sea brevemente— el derecho material y el proceso[107].

El derecho sustantivo atribuye *principalmente* posiciones jurídicas a determinadas entidades, disciplinando la forma en que debe producirse la interacción social ante la posibilidad de disfrute de esos mismos bienes. Es decir, regula el tráfico jurídico teniendo en cuenta la propiedad de determinados bienes en relación con los individuos, los grupos de individuos y la colectividad. El derecho procesal también asigna principalmente posiciones jurídicas a determinadas entidades. A diferencia del derecho sustantivo, su misión es disciplinar las diferentes interacciones sociales que pueden darse en un *entorno concreto*: el proceso.

Ante una amenaza de crisis o crisis efectiva de colaboración en la realización del derecho, el proceso entra en escena para permitir su protección, asegurando su efectividad. Por lo tanto, aunque el proceso también asigna principalmente posiciones jurídicas, lo hace *de forma secundaria*, es decir, para cumplir una función de protección del derecho: el proceso es un *instrumento* de protección del derecho.

El proceso siempre tiene en cuenta la afirmación de una amenaza de lesión o una lesión real del derecho, y es precisamente esta *relación funcional* —de *interdependencia* en términos de eficacia— la que caracteriza la relación entre derecho y proceso. Aunque autónomos, son complementarios: sin el derecho, el proceso no tendría ninguna función, mientras que sin el proceso, el derecho no podría superar ninguna crisis de colaboración para su realización. De ahí que se pueda decir que el proceso permite la efectividad del derecho.

Como ramas autónomas del derecho, tanto el derecho material como el procedimiento pueden dar lugar a lagunas. Sin embargo, hay lagunas que solo pueden verificarse en el ámbito del procedimiento: son las llamadas "lagunas de conocimiento"[108] sobre los hechos del caso. El proceso también ofrece un remedio procesal para estas lagunas procesales: la norma sobre la carga de la prueba.

¿Qué significa esto? Significa que las normas sobre la carga de la prueba no determinan si un derecho existe o no. Las normas sobre la carga de la prueba solo permiten decidir en

---

[107] La literatura sobre el tema es inmensa: es uno de los temas clásicos de la teoría de procesos. Desarrollarlo está fuera del alcance de este documento. No obstante, es posible tener una buena visión general de la cuestión en Elio Fazzalari (1924 - 2010), *Nota en Tema di Diritto e Processo*. Milano: Giuffrè, 1956; Francesco Carnelutti, *Diritto e Processo*. Nápoles: Morano, 1958; Andrea Proto Pisani, *I Diritti e le Tutele*. Napoli: ESI, 2008; Cândido Rangel Dinamarco, A Instrumentalidade do Processo (1987), 8. Ed. São Paulo: Malheiros, 2000; Marinoni, Arenhart. y Mitidiero, Curso de Processo Civil, 28-29, vol. I.

[108] Según Carlos Alchourrón (1931 - 1996) y Eugenio Bulygin, *Sistemas Normativos - Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas* (1975), 2. Ed. Buenos Aires: Astrea, 2012, 47-48; Pierluigi Chiassoni, *Tecnica dell'Interpretazione Giuridica*. Bolonia: Il Mulino, 2007, 184.

caso de duda sobre los hechos del caso[109]. Es un requisito práctico del proceso[110]. Si esto es cierto, entonces tanto la distribución fija como la dinámica —especies de un mismo género— actúan solo y únicamente en el plano del proceso, como remedio procesal específico para la solución de un determinado caso ante la duda de los hechos[111]. Se trata de un problema de procedimiento que se resuelve con una norma procesal, sin ninguna interferencia en el plano del derecho sustantivo.

En tercer lugar, la doctrina acierta al distinguir la distribución dinámica de la carga de la prueba del principio de colaboración. Son dos cosas efectivamente diferentes y que, en los términos propuestos, deben diferenciarse[112].

Sin embargo, es necesario tener en cuenta qué se compara con qué, cuando se alude al principio de cooperación: precisamente, por este motivo, merece la pena considerarlo. Leandro Giannini parte de una comprensión del principio de cooperación que pretende su realización entre las partes o de las partes al juez. Es posible, sin embargo, concebir el principio de cooperación como un principio que impone solo al juez deberes hacia las partes en la conducción del proceso[113]. En esta línea, la distribución dinámica de la carga de la prueba constituye una expresión del deber de asistencia del juez a las partes derivado del principio de colaboración[114]. Partiendo de este supuesto, no habría diferencia desde el punto de vista de las consecuencias entre la carga dinámica y la colaboración: aunque distintas, la primera constituye una expresión concreta de la segunda.

De todo lo escrito se desprende que la distribución de la carga de la prueba desempeña una importante función epistémica en el proceso; y más, lo ejerce adecuadamente, sin incurrir en la violación del principio de legalidad, del derecho sustantivo y en un espacio funcional autónomo.

---

109 De ahí que Leo Rosenberg, al tratar de la relación entre la carga de la prueba y la aplicación del derecho, subraye el hecho de que las normas sobre la carga de la prueba tienen su objeto limitado al examen de la verdad sobre las alegaciones de hecho: en caso de incertidumbre, de duda, las normas sobre la carga de la prueba determinan el contenido de un determinado acto procesal, es decir, la sentencia (como *Die Beweislast*, 8).

110 Según Gian Antonio Micheli, *L'Onere della Prova*, 84.

111 Según Gian Antonio Micheli, *L'Onere della Prova*, 181-188.

112 Según Leandro Giannini, "*Revisitando la Doctrina de la 'Carga Dinámica de la Prueba'. Aportes para esclarecer sus principales problemas conceptuales*", 142-143.

113 Sobre el tema, con las debidas indicaciones bibliográficas, nuestra Colaboração no Processo Civil – do Modelo ao Princípio, 142-143.

114 Según nuestra Colaboração no Processo Civil – do Modelo ao Princípio, 142-143, en la que también hay un diálogo crítico expreso con Leandro Giannini.

3.5 El juzgamiento según la carga de la prueba: su valor racional

Como la duda sobre las alegaciones de hecho no exime al juez de decidir, el ordenamiento jurídico prevé la necesidad de que el juzgamiento se produzca en estos casos según las reglas de la carga de la prueba. Es decir: prescribe al juez el deber de basarse en la carga de la prueba como "*regola di giudizio*"[115].

Obviamente, la doctrina tiene razón al destacar que la regla de la carga de la prueba, que funciona como *regola di giudizio*, no constituye una carga para el juez[116]. Sin embargo, es un terreno común: el juicio según la carga de la prueba, en caso de duda sobre las alegaciones de hecho, constituye un deber del juez[117].

Funcionando como una *regola di giudizio*, la sentencia según la carga de la prueba determina la aplicación de un "criterio de desempate"[118]. En otras palabras, significa que el ordenamiento jurídico no toma el hecho como falso[119], ni plantea una presunción capaz de llevar a la conclusión de que el hecho es falso[120]. Llevar el problema al campo de la *interpretación* de las alegaciones de hecho y de las pruebas a través de una *ficción* (el hecho dudoso es falso) o de una *presunción* (el hecho dudoso suele ser falso), es decir, al campo de la *valoración,* significa desplazarlo de su propio campo, es decir, del campo de la *aplicación* del derecho[121].

Ante la duda sobre el hecho, el contenido de la decisión judicial viene determinado por la regla de la carga de la prueba. El hecho se trata simplemente como un *hecho dudoso* —no se trata como falso, ni se trata como presuntamente falso—. Esto significa que decir que una decisión basada en la regla de la carga de la prueba es "injusta"[122] porque no refleja la *verdad* de los hechos es un malentendido: el ordenamiento jurídico no trata el hecho dudoso ni como verdadero ni como falso. El juez no lo interpreta como verdadero o falso: solo aplica

---

115 Gian Antonio Micheli, L'Onere della Prova,151 (quien -aunque conoce y trabaja la distinción entre regla de instrucción y regla de juicio- pretende conscientemente circunscribir la carga de la prueba al ámbito de la "*regola di giudizio*").

116 Según Jordi Nieva Fenoll, "*La Carga de la Prueba: una Reliquia Histórica que Debiera ser Abolida*", 43-44; Vitor de Paula Ramos, Ônus da Prova no Processo Civil – do Ônus ao Dever de Provar, 91-92.

117 Para limitarnos a la doctrina brasileña: Marinoni y Arenhart, Prova e Convicção, 212; Macedo e Peixoto, Ônus da Prova e sua Dinamizaçâo, 94.

118 Según Vitor de Paula Ramos, Ônus da Prova no Processo Civil - do Ônus ao Dever de Provar, 91 y 124.

119 Es la clásica lección de Leo Rosenberg, Die Beweislast, 14, en la que se opone a la anterior doctrina alemana que se limita a entender que el hecho solo puede ser considerado verdadero o falso en el proceso, pero no dudoso.

120 Como Jordi Nieva Fenoll, "*La Carga de la Prueba: una Reliquia Histórica que Debiera ser Abolida*", 43-44.

121 Según Gian Antonio Micheli, *L'Onere della Prova*, 165. Como es sabido, los ámbitos de juicio según la carga de la prueba comienzan cuando terminan los ámbitos de valoración de la prueba (según Leo Rosenberg, *Die Beweislast*, 62). La valoración judicial pertenece al ámbito de la interpretación, mientras que el juicio según la carga de la prueba pertenece al ámbito de la aplicación.

122 Como Jordi Nieva Fenoll, "*La Carga de la Prueba: una Reliquia Histórica que Debiera ser Abolida*", 23, 42-43.

una norma capaz de dar contenido a la decisión judicial en caso de duda sobre las alegaciones de hecho.

Al prescribir el *contenido* de la decisión judicial en caso de duda, la regla de la carga de la prueba elimina su aleatoriedad, proporcionando *seguridad jurídica* sobre el resultado del proceso ante el hecho dudoso: los participantes en el proceso saben de antemano cuál será el contenido de la decisión sobre los hechos en caso de duda[123]. Con ello, el ordenamiento jurídico ofrece un criterio de desempate —justificando de antemano el contenido de la decisión en caso de duda— y permite su control intersubjetivo. Es decir: asegura, al mismo tiempo, la *racionalidad* y la *objetividad* de la decisión judicial.

Dado que es inadecuado tratar la alegación fáctica dudosa como falsa o presuntamente falsa, entonces es claro que no es posible simplemente aplicar el derecho sustantivo alegado en el tribunal para resolverlo[124], así como no es posible entender que la *res judicata* constituye la solución para el cierre del problema[125]. Si no es posible saber si una determinada norma de derecho sustantivo es aplicable o no al hecho dudoso (es decir, si el *contenido* de la decisión no puede ser determinado por la veracidad o falsedad de la alegación de hecho), entonces es necesario que *otra* norma de derecho dé *contenido* a la decisión judicial: precisamente ahí radica la razón de ser —y la inequívoca utilidad en términos de *racionalidad* del sistema— de la norma que determina el juicio según la carga de la prueba. Y como la cosa juzgada no define el contenido de la decisión, sino que solo la califica como indiscutible[126], tampoco es posible utilizarla para resolver el problema relacionado con la decisión del hecho dudoso.

En definitiva, el juicio según la carga de la prueba constituye un deber judicial ante el hecho dudoso. En este caso, la regla de la carga de la prueba sirve como criterio de desempate, aportando racionalidad, objetividad y seguridad jurídica ante la necesidad de decidir.

---

123 Sobre el concepto de seguridad jurídica y su relación con la cognoscibilidad, la estabilidad, la previsibilidad, la fiabilidad y la actuabilidad del derecho, por todos, Humberto Ávila, Teoria da Segurança Jurídica (2011), 3. Ed. São Paulo: Malheiros, 2014. Concretamente sobre el problema de la dinamización de la carga de la prueba desde la perspectiva de la seguridad jurídica, defendiendo la compatibilidad de dicha norma con este principio, Paulo Mendes de Oliveira, Segurança Jurídica e Processo - da Rigidez à Flexibilização Procedimental. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, 210-213.

124 Como Jordi Nieva Fenoll, "*La Carga de la Prueba: una Reliquia Histórica que Debiera ser Abolida*", 44.

125 Como igualmente pretende Jordi Nieva Fenoll, "*La Carga de la Prueba: una Reliquia Histórica que Debiera ser Abolida*", 44.

126 Sobre la cosa juzgada, extensamente, Antonio do Passo Cabral, Coisa Julgada e Preclusões Dinâmicas (2013), 3. Ed. Salvador: JusPodium, 2019.

4. Una propuesta analítica: la carga de producir pruebas, la carga de persuadir, el deber de producir pruebas y el dever de juzgar según la carga de la prueba

Una de las características que marca la doctrina analítica es la preocupación por la precisión de los conceptos, que a menudo conduce a un ejercicio de distinción conceptual. El campo de la carga de la prueba es especialmente fértil para esta tarea, de ahí la necesidad de precisarlo al máximo.

La doctrina suele referirse, al aludir a la carga de la prueba, a la carga de presentar pruebas y a la carga de persuadir. Ambos son cargas, y sus titulares son las partes. Así, por ejemplo, en la *Beweislast* se distingue entre *Beweisführungslat* y *Feststellungslast*. La carga de la prueba comprende una carga de presentar pruebas y una carga de persuadir al juez sobre el contenido de las mismas. En pocas palabras, la carga de la prueba se compone de una carga de producción y una carga de persuasión.

La traducción del término alemán *Feststellungslast* es especialmente interesante. Cuando Leo Rosenberg lo acuñó, pretendía referirse al aspecto objetivo —o material— de la carga de la prueba[127]. En su conocida traducción al español, Ernesto Krotoschin optó por traducirlo como *carga de la certeza*[128], mientras que Jordi Nieva Fenoll prefirió traducirlo como *carga de la averiguación*[129].

En nuestra evaluación, la terminología inglesa contribuye significativamente a su traducción al portugués. Frederick Schauer distingue, en el ámbito de la *carga de la prueba*, entre *la carga de la producción* y *la carga de la persuasión*[130]. Como puede verse, el *Feststellungslast* se corresponde perfectamente con la carga de la *persuasión*: es una actividad que la parte debe realizar a partir de las pruebas aportadas y que se dirige al juez. Es la parte la que tiene que persuadir al juez sobre el contenido de las pruebas presentadas.

Por regla general, el sistema jurídico hace recaer la carga de la prueba en las partes. Esto ocurre a través de la "*ripartizione dell'onere della prova*"[131]. Esta distribución puede producirse legal o judicialmente, es decir, de forma fija o dinámica (art. 373, CPC). En el terreno de la distribución, se hace hincapié en la libertad de las partes, que pueden así diseñar sus respectivas estrategias respecto a las direcciones del proceso. La clave es que la carga de la prueba se comunique a las partes con antelación, acompañada de la oportunidad

127 Según Leo Rosenberg, *Die Beweislast*, 23.

128 Según Leo Rosenberg, *La Carga de la Prueba,* 21.

129 Como Jordi Nieva Fenoll, "*La Carga de la Prueba: una Reliquia Histórica que Debiera ser Abolida*", 38.

130 Frederick Schauer, *Thinking like a Lawyer*, 223.

131 Para utilizar una terminología habitualmente empleada por Gian Antonio Micheli, L'Onere della Prova, 265 y ss.

de liberarse de ella: si la distribución es fija, basta con la previsión legal, mientras que si es dinámica, es imprescindible la comunicación previa, concreta y específica; de lo contrario, se vulnera el derecho de contradicción y el derecho a la prueba[132].

Además de la carga de la prueba (es decir, la carga de la producción y la carga de la persuasión), el sistema jurídico también prevé el deber de presentar pruebas[133]. En el derecho brasileño, el espacio para el deber de producir pruebas está expresamente señalado por la ley (por ejemplo, el deber de exhibir, arts. 378, 396 y 400, CPC) o es el resultado de una orden judicial de producir pruebas (en virtud de su poder de instrucción, arts. 139 y 370, CPC). Dada la importancia atribuida por la ley o por el juez a las pruebas que deben producirse de forma específica y concreta, la técnica de la carga deja paso a la técnica del deber: en consecuencia, es posible ordenar, incluso coercitivamente, la producción de pruebas.

Sin embargo, la obligación de presentar pruebas no va acompañada del deber de persuadir sobre el contenido de las mismas. Cuando la obligación de presentar pruebas recae sobre una parte, solo va acompañada de una carga de persuasión en cuanto al contenido de la prueba: la carga de la persuasión recae sobre la parte a la que se le reconoce la carga para convencer al juez de la importancia de la alegación de hecho que es objeto de la prueba y de la importancia de la prueba presentada, que obviamente se dicta principalmente en el propio interés de la parte.

Más allá del ámbito de las partes y de los terceros, el sistema jurídico prevé la necesidad de decidir un caso, aunque haya un hecho dudoso. Para que la decisión sea conforme a derecho, lo que implica ser objetiva, racional y segura, la sentencia debe producirse de acuerdo con la norma que establece la carga de la prueba. Se trata de un deber judicial. La norma que prevé la carga de la prueba no funciona allí como una "*regola di giudizio*"[134], determinando el contenido de la sentencia en caso de duda sobre el hecho.

5. La carga de la prueba y sus enemigos: el valor de un debate franco

Al escribir su obra clásica sobre la carga, Giacomo Gavazzi identificó como sus "*nemici principali*" una determinada concepción de la norma jurídica y una determinada concepción de la sanción[135]. A diferencia de los enemigos de la carga, que impedían su desarrollo teórico,

---

132 Como Michele Taruffo, "*La Valutazione delle Prove*", 259-260; nuestra Colaboração no Processo Civil – do Modelo al Princípio, 145.

133 Según Vitor de Paula Ramos, Ônus da Prova no Processo Civil - do Ônus ao Dever de Provar.

134 Para utilizar de nuevo una terminología habitualmente empleada por Gian Antonio Micheli, *L'Onere della Prova*, 51 y ss.

135 Giacomo Gavazzi, *L'Onere - tra la Libertà e l'Obbligo*, 51.

los enemigos de la carga de la prueba buscan desarrollarla y aportar las mejores soluciones al tema.

Naturalmente, los enemigos de la carga de la prueba son enemigos solo en sentido figurado. Frente a un tema fundamental, produjeron interesantes contrapuntos, ideas poderosas, destinadas —sin duda—a dejar sus "huellas" a través de la cultura jurídica[136]. En este sentido, marcaron un punto fundamental para todos aquellos que pretendan enfrentarse al tema: junto a Rosenberg y Micheli, estos verdaderos *amigos* del debate franco y leal produjeron obras perennes, que constituyen paradas obligadas en relación con el desarrollo del tema. Clásicos, en una palabra.

6. Conclusiones

¿Qué decir antes de los clásicos? Nos parece que la única consideración posible solo puede encontrar expresión en una forma, la de la *gratitud*: la doctrina se enriquece con el debate que aportan los *enemigos* de la carga de la prueba, pero que en realidad constituyen, sobre todo, *amigos* del diálogo académico franco y leal.

Bibliografía

Abreu, Rafael. *Igualdade e Processo – Posições Processuais Equilibradas e Unidade do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

Abreu, Rafael. *Incentivos Processuais – Economia Comportamental e Nudges no Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

Alchourrón, Carlos, y Eugenio Bulygin. *Sistemas Normativos – Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas*. 2.ª Ed. Buenos Aires: Astrea, 2012.

Alvaro De Oliveira, Carlos Alberto. *Teoria e Prática da Tutela Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

Alvaro De Oliveira, Carlos Alberto. *Do Formalismo no Processo Civil – Proposta de um Formalismo-Valorativo*. 4.ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

Arenhart, Sérgio Cruz. "Ônus da Prova e sua Modificação no Processo Civil Brasileiro". *Revista Jurídica*, vol. 54, nº 343 (2006).

Arruda Alvim, José Manoel. *Manual de Direito Processual Civil*. 18.ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

Assis, Araken de. *Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

[136] Como dijo Italo Calvino (1923 - 1985) sobre los clásicos: *Perché Leggere i Classici* (1981), *Perche Leggere i Classici* (1991). Segrate: Mondadori, 2010, 7.

Aubert, Eduardo Henrik. *Impugnação Especificada dos Fatos no Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

Ávila, Humberto. *Teoria da Segurança Jurídica.* 3.ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

Azzoni, Giampaolo. *Cognitivo e Normativo – il Paradosso delle Regole Tecniche*. Milano: Franco Angeli, 1991.

Baptista Da Silva, Ovídio Araújo. *Curso de Processo Civil.* 5.ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

Baptista Da Silva, Ovídio Araújo. *Jurisdição, Direito Material e Processo.* Rio de Janeiro: Forense, 2008.

Bar, Carl Ludwig von. *Recht und Beweis in Zivilprozess*. Leipzig: Tauchnitz, 1867.

Barbosa Moreira, José Carlos. "Julgamento e Ônus da Prova". En *Temas de Direito Processual.* 2.ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

Cabral, Antonio do Passo. Coisa Julgada e Preclusões Dinâmicas. 3.ª Ed. Salvador: JusPodium, 2019.

Calvino, Italo. *Perché Leggere i Classici*. Segrate: Mondadori, 2010.

Cambi, Eduardo. *A Prova Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

Cappelletti, Mauro. *La Testimonianza della Parte nel Sistema dell'Oralità*. Milano: Giuffrè, 1962.

Carnelutti, Francesco. *Sistema di Diritto Processuale Civile*. Padova: Cedam, 1936.

Carnelutti, Francesco. *Diritto e Processo.* Napoli: Morano, 1958.

Carnelutti, Francesco. *Ônus da Prova no Novo CPC – do Estático ao Dinâmico.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

Carpes, Artur. Ônus Dinâmico da Prova. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

Chiassoni, Pierluigi. *Tecnica dell'Interpretazione Giuridica*. Bologna: Il Mulino, 2007.

Comoglio, Luigi Paolo. *La Garanzia Costituzionale dell'Azione ed il Processo Civile*. Padova: Cedam, 1970.

Comoglio, Luigi Paolo. "Note Riepilogative su Azione e Forme di Tutela, nell'Ottica della Domanda Giudiziale". *Rivista di Diritto Processuale* (1993).

Costa E Silva, Paula. *Acto e Processo – Regressando ao Dogma da Irrelevância da Vontade na Interpretação e nos Vícios do Acto Postulativo.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

Denti, Vittorio. "L'Inversione dell'Onere della Prova: Rilievi Introduttivi". *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile* (1992).

Denti, Vittorio. *La Giustizia Civile – Lezioni* . 2.ª Ed. Bologna: Il Mulino, 2004.

Didier Júnior, Fredie. *Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Civil Português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

Didier júnior, Fredie, Paula Sarno Braga y Rafael Alexandria de Oliveira. *Curso de Direito Processual Civil*. 11.ª Ed. Salvador: JusPodium, 2016.

Dinamarco, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo.* 8.ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

Dinamarco, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil.* 3.ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

Domit, Otávio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2017.

Dondi, Angelo, Vincenzo Ansanelli y Paolo Comoglio. *Processi Civili in Evoluzione – una Prospettiva Comparata*. Milano: Giuffrè, 2015.

Dondi, Angelo, Vincenzo Ansanelli y Paolo Comoglio. *Processo Civil Comparado – Uma Perspectiva Evolutiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

Faria, Rita Lynce de. *A Inversão do Ônus da Prova no Direito Civil Português*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2018.

Fazzalari, Elio. *Note in Tema di Diritto e Processo*. Milano: Giuffrè, 1956.

Ferreira, William Santos. *Princípios Fundamentais da Prova Cível*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

Ferrer Beltrán, Jordi. *La Valoración Racional de la Prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007.

Ferrer Beltrán, Jordi. "La Carga Dinámica de la Prueba. Entre la Confusión y lo Innecesario". En *Contra la Carga de la Prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2019.

Freitas, José Lebre de. *Introdução ao Processo Civil*. 2.ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

Gavazzi, Giacomo. *L'Onere – Tra la Libertà e l'Obbligo*. Torino: Giappichelli, 1970.

Giannini, Leandro. "Revisitando la Doctrina de la 'Carga Dinámica de la Prueba'. Aportes para Esclarecer sus Principales Problemas Conceptuales". En *Contra la Carga de la Prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2019.

Glaser, Julius. *Beiträge zur Lehre vom Beweis im Strafprozess*. Leipzig: Duncker & Humblot, 1883.

Goldschmidt, James. *Der Prozess als Rechtslage*. Berlin: Springer, 1925.

Goldschmidt, James. *El Proceso como Situación Jurídica*, tradução de Barja de Quiroga. Madrid: Marcial Pons, 2015.

Gometz, Gianmarco. *Le Regole Tecniche – una Guida Refutabile*. Pisa: ETS, 2008.

Gönner, Nikolaus Thaddäus. *Handbuch des deutschen gemeinen Prozess*. Erlangen: Johann Jakob Palm, 1801.

Guastini, Riccardo. *Interpretare e Argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011.

Jobim, Marco, y William Santos Ferreira. *Direito Probatório*. Salvador: JusPodium, 2018.

Knijnik, Danilo. *A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

Kohler, Josef. *Enzyklopädie der Rechtswissenschaft*. Leipzig: Duncker & Humblot, 1904.

Macedo, Lucas Buril de, y Ravi Peixoto. *Ônus da Prova e sua Dinamização.* 2.ª Ed. Salvador: JusPodium, 2016.

Marinoni, Luiz Guilherme, y Sérgio Cruz Arenhart. *Prova e Convicção*. 4.ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

Marinoni, Luiz Guilherme, Sérgio Cruz Arenhart y Daniel Mitidiero. *Curso de Processo Civil.* 4.ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

Mattos, Sérgio. *Da Iniciativa Probatória do Juiz no Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

Micheli, Gian Antonio. *L'Onere della Prova*. Padova: Cedam, 1942.

Micheli, Gian Antonio. *La Carga de la Prueba*, tradução de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJEA, 1961.

Millar, Robert Wyness. "The Formative Principles of Civil Procedure". En *History of Continental Civil Procedure*. Boston: Little, Brown, and Company, 1927.

Mitidiero, Daniel. *Precedentes – da Persuasão à Vinculação.* 3.ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

Mitidiero, Daniel. *Colaboração no Processo Civil – do Modelo ao Princípio.* 4.ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

Morello, Augusto. *Los Hechos en el Proceso*. Buenos Aires: La Ley, 2003.

Motta, Otávio. *Justificação da Decisão Judicial – a Elaboração da Motivação e a Formação do Precedente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

Múrias, Pedro Ferreira. *Por uma Distribuição Fundamentada do Ônus da Prova*. Lisboa: Lex, 2000.

Musielak, Hans-Joachim. *Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozess*. Berlin: Gruyter, 1975.

Nicolas, Peter. *Evidence – a Problem-Based and Comparative Approach*. 4.ª Ed. 2018.

Nieva Fenoll, Jordi. "La Carga de la Prueba: una Reliquia Histórica que Debiera ser Abolida". En *Contra la Carga de la Prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2019.

Nörr, Knut Wolfgang. *Zur Stellung des Richters im gelehrten Prozess der Frühzeit – Iudex Secundum Allegata non Secundum Conscientiam Iudicat*. München: C. H. Beck, 1967.

Oliveira, Paulo Mendes de. *Segurança Jurídica e Processo – da Rigidez à Flexibilização Processual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

Oteiza, Eduardo. *La Prueba en el Proceso Judicial*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2009.

Pacífico, Luiz Eduardo Boaventura. *O Ônus da Prova no Direito Processual Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

Passanante, Luca. *La Prova Illecita nel Processo Civile*. Torino: Giappichelli, 2017.

Paula Ramos, Vitor de. *Ônus da Prova no Processo Civil – do Ônus ao Dever de Provar*. 2.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

Paula Ramos, Vitor de. *Prova Testemunhal – do Subjetivismo ao Objetivismo, do Isolamento Científico ao Diálogo com a Psicologia e a Epistemologia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

Peyrano, Jorge. *Cargas Probatorias Dinámicas*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004.

Peyrano, Jorge, e Inés Lépori White. *Cargas Probatorias Dinámicas*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2008.

Picó i Junoy, Joan. *El Juez y la Prueba – Estudio de la Errónea Recepción del Brocardo Iudex Iudicare Debet Secundum Allegata et Probata, non Secundum Conscientiam y su Repercusión Actual*. Barcelona: Bosch, 2007.

Picó i Junoy, Joan. *O Juiz e a Prova – Estudo da Errônea Recepção do Brocardo Iudex Iudicare Secundum Allegata et Probata, non Secundum Conscientiam e sua Repercussão Atual.* 2.ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

Proto Pisani, Andrea. *I Diritti e le Tutele*. Napoli: ESI, 2008.

Rangel, Rui. *O Ônus da Prova no Processo Civil.* 2.ª Ed. Coimbra: Almedina, 2002.

Reichelt, Luís Alberto. *A Prova no Direito Processual Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

Rosenberg, Leo. *Die Beweislat.* 3.ª Ed. München: C. H. Beck, 1953.

Rosenberg, Leo. *La Carga de la Prueba*, tradução de Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: EJEA, 1956.

Rosenberg, Leo. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2.ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

Rosenberg, Leo. *Thinking like a Lawyer.* Cambridge (Mass.): Harvard University Press, 2009.

Rosenberg, Leo. *Pensar como un Abogado*, tradução de Tobías Schleider. Madrid: Marcial Pons, 2013.

Rosenberg, Leo. *The Force of Law.* Cambridge (Mass.): Harvard University Press, 2015.

Rosenberg, Leo. *Fuerza de Ley*, tradução de Pablo Ariel Rapetti. Lima: Palestra, 2015.

Santos, Moacyr Amaral. Prova Judiciária no Cível e Comercial. 3.ª Ed. São Paulo: Max Limonad, 1961.

Schauer, Frederick. *Playing by the Rules* (1991). Oxford: Oxford University Press, 2002.

Sousa, Miguel Teixeira de. *Introdução ao Processo Civil*. Lisboa: Lex, 1993.

Sousa, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o Novo Processo Civil.* 2.ª Ed. Lisboa: Lex, 1997.

Subrin, Stephen, y Margaret Woo. *Litigation in America – Civil Procedure in Context*. New York: Aspen, 2006.

Taruffo, Michele, y Geoffrey Hazard Jr. *American Civil Procedure – an Introduction*. New Haven: Yale University Press, 1993.

Taruffo, Michele, y Geoffrey Hazard Jr. *La Giustizia Civile negli Stati Uniti*. Bologna: Il Mulino, 1993.

Taruffo, Michele. *"*Poteri Probatori delle Parti e del Giudice in Europa". *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile,* vol. 60, nº 2 (2006): 451-482.

Thaler, Richard, y Cass Sunstein. *Nudge – Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness*. New Haven: Yale University Press, 2008.

Taruffo, Michele. *La Semplice Verità – il Giudice e la Costruzione dei Fatti*. Bari: Laterza, 2009.

Taruffo, Michele. *Uma Simples Verdade. O Juiz e a construção dos fatos*. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

Taruffo, Michele. "L'Onere come Figura Processuale". En *Teoria del Diritto e Filosofia Anatlica – Studi in Ricordo di Giacomo Gavazzi*. Torino: Giappicheli, 2012.

Taruffo, Michele. "L'Onere come Figura Processuale". *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile,* vol. 66, nº 2 (2012): 425-436.

Taruffo, Michele. "La Valutazione delle Prove". En *La Prova nel Processo Civile*. Milano: Giuffrè, 2012.

Taruffo, Michele. "Fatti e Prove". En *La Prova nel Processo Civile*. Milano: Giuffrè, 2012.

Taruffo, Michele. "Casi una Introdución". En *Contra la Carga de la Prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2019.

Taruffo, Michele. "Poderes Probatórios das Partes e do Juiz na Europa". En *Processo Civil Comparado – Ensaios*. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

Thaler, Richard, y Cass Sunstein. *Nudge: Como Tomar as Melhores Decisões sobre Saúde, Dinheiro e Felicidade*, tradução de Ângelo Lessa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2019.

Twining, William. *Theories of Evidence – Bentham and Wigmore*. California: Stanford University Press, 1985.

Verde, Giovanni. "La Regola di Giudizio Fondata sull'Onere della Prova". En *L'Onere della Prova nel Processo Civile*. Napoli: ESI, 2013.

Wach, Adolf. *Vorträge über die Reichs-Civilprocessordnung (1879)*. 2.ª Ed. Bonn: Adolph Marcus, 1896.

Wach, Adolf. *Conferencias sobre la Ordenanza Procesal Civil Alemana*, tradução de Ernesto Krotoschin, 1958.

Walton, Douglas. *Burden of Proof, Presumption and Argumentation*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.

Weber, Adolph. *Über die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Zivilprozess*. Halle: Renger, 1804.

Yarshell, Flávio. *Antecipação da Prova sem o Requisito da Urgência e Direito Autônomo à Prova*. São Paulo: Malheiros, 2009.

CAPÍTULO XVI

Carga de prueba, estándares probatorios y prueba de oficio en el nuevo modelo procesal cubano

Juan Mendoza Diaz

> Las pruebas, que al principio me parecieron un instrumento de justicia, acabaron por convertirse en un instrumento de injusticia. La culpa es del pálido y angosto cerco de luz en que el juez se encuentra prisionero.
>
> F. Carnelutti

1. Introducción

En el presente texto, se analiza la evolución que ha tenido el enjuiciamiento en los campos no penales en Cuba, a partir de las modificaciones introducidas por el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, mediante instrucciones impartidas a los tribunales, que introdujeron la oralidad en estas modalidades procesales a partir de 2009. La entrada en vigor del Código de Procesos, en julio de 2021, cambia el régimen probatorio cubano, al concebir un juez activo, con amplias facultades probatorias, las que se intensifican en los procesos de familia y los del trabajo y la seguridad social. El Código de Procesos elimina la regla de prueba tasada y regula la libre valoración como método universal para todos los medios de prueba, pero también incorpora determinadas reglas de valoración a cada uno de los medios, para orientar la labor valorativa del tribunal a la hora de ponderarlas. La nueva ley introduce el régimen de pruebas dinámicas en los casos de desbalance entre las partes, en los que el demandante está imposibilitado de cumplir cabalmente con la carga de la prueba que la ley le atribuye y el demandado está en mejores posibilidades reales de poderlo asumir.

2. Medio siglo procesal

Le quedan apenas unos días de vigencia a la ley procesal que durante 44 años marcó el compás a la tramitación de los asuntos no penales en Cuba.

Comenzó como Ley de procedimiento civil y administrativo en 1974, cuando derogó la vigencia en Cuba de la Ley de enjuiciamiento civil española de 1881. En 1977, se le incorporó el proceso laboral y, en 2006, el proceso económico (entiéndase mercantil) que la convirtió en la actual Ley de procedimiento civil, administrativo, laboral y económico (LPCALE). Dicha norma jurídica muestra una marcada huella sucesoria española, excepto en el laboral, donde se realiza una audiencia, y en el proceso económico, donde prima la oralidad y una tramitación por audiencias.

Las reformas del proceso civil cubano de 1974 y 1977 (no hay variaciones sustanciales entre una y la otra), introdujeron cambios en el modelo heredado de España, constreñidos, esencialmente, a las facultades de los jueces en la conducción del proceso y a mutaciones terminológicas, pero en lo esencial la nueva ley dio continuidad al sistema de enjuiciamiento español decimonónico, bajo el diseño del *solemnis ordo iudiciarius*, de origen ítalo-canónico, sobremanera ritualista y escrito, dividido internamente en una serie de etapas consecutivas y preclusiva, vigente en aquel país hasta la promulgación de su actual Ley de enjuiciamiento civil, en el año 2000[1].

Las radicales transformaciones que introdujo la Revolución cubana en la propiedad, la economía, la sociedad, las relaciones familiares y muchas otras áreas, significaron un distanciamiento de la legalidad capitalista precedente; pero eso no implicó, como pretendió la doctrina soviética, que surgiera una nueva familia jurídica separada e independiente del tronco romano-francés.

El derecho procesal cubano navegó durante años en una dicotomía; prevalecían en la academia los postulados del denominado derecho socialista, de corte soviético, que contrastaban con una realidad legislativa arraigada a las concepciones liberales decimonónicas y una doctrina que se conformó durante más de medio siglo bajo esa normatividad.

El profesor de la Universidad de La Habana, Rafael Grillo Longoria, tuvo a su cargo la misión de "reajustar" el Derecho procesal cubano, entre la realidad normativa que generó la Revolución, con las doctrinas procesales provenientes de los grandes maestros alemanes, italianos y españoles, matizado con las concepciones del Derecho socialista soviético. Esa mixtura resultó bastante compleja y en ocasiones contradictoria, pero era imposible sus-

[1] Juan Mendoza Díaz, "Un acercamiento al Proceso Civil cubano", en Panorama del Derecho Procesal hispanocubano (Valencia: Tirant lo Blanch, 2012), 105.

traerse de ella, en momentos en que las universidades cubanas quedaron aisladas del resto del mundo a partir de 1959, y el intercambio académico esencial era con las universidades de los países del extinto "campo socialista".

Los manuales de estudio de derecho procesal civil del profesor Grillo Longoria, elaborados en los años 70 del siglo pasado, permitieron a generaciones de juristas cubanos formarse bajo el influjo del pensamiento procesal europeo más avanzado, apostillado con los postulados de la Teoría del derecho socialista soviético.

En cuanto al cometido de la prueba y el papel de los sujetos en el proceso probatorio, la doctrina soviética afirmaba: "La ley estipula que el tribunal no debe circunscribirse a las piezas y alegaciones presentadas, sino adoptar todas las medidas contempladas por la ley para el esclarecimiento detallado, pleno y objetivo de las circunstancias reales del caso, de los derechos y deberes de los litigantes"[2].

En igual dirección el profesor Grillo Longoria aseveraba que "[…] de acuerdo con nuestra concepción, el proceso judicial forma parte del proceso cognoscitivo humano y conforme con los principios marxista-leninistas del proceso cognoscitivo, es factible establecer la verdad objetiva"[3].

Las consideraciones doctrinales antes referidas contrastan con la realidad normativa de la LPCALE, plagada de preceptos que se alejan de una concepción epistemológica de la prueba y que posibilitan que el proceso probatorio se acomode a la voluntad de las partes.

- Las presunciones que la ley establece dispensan de toda prueba a los favorecidos por ellas (art. 250).
- No se admitirán pruebas sobre hechos confesados o admitidos en los escritos polémicos (art. 260).
- La confesión hará prueba plena en cuanto perjudique al litigante que la preste (art. 280. 1).
- Los documentos otorgados con la intervención de funcionario público con las formalidades legales, harán prueba plena entre las partes que en ellos hayan figurado, respecto a las declaraciones que contengan o que de ellas inmediatamente se deriven (art. 294).
- Los documentos expedidos por funcionarios oficiales en relación a actos propios de la autoridad que ejerzan, harán prueba en el proceso en lo que a tales actos se refiere (art. 296).

---

2 M. Treúshnikov, *Derecho Procesal Civil* (Moscú: Editorial Progreso, 1989), 23.

3 Rafael Grillo Longoria, *Derecho Procesal Civil II. Proceso de Conocimiento y Proceso de Ejecución* (La Habana: Editorial Pueblo y Educación, 1986), 21.

La realidad normativa antes descrita se aleja de los referidos postulados doctrinales, relativos al cometido procesal de averiguación de la verdad del denominado modelo socialista[4], y se coloca más bien en el esquema probatorio que Montero Aroca denominó "renuncia a la búsqueda de la verdad". Según el profesor de Valencia, dicha "renuncia" se aprecia fácilmente cuando se observan algunas circunstancias que son consustanciales al proceso civil, a saber: (i) los hechos no afirmados, al menos por una de las partes, no existen para el juez, que no puede salir a la búsqueda de ellos; (ii) los hechos afirmados por las dos partes o afirmados por una y admitidos por la otra, existen para el juez, que no puede desconocerlos en la sentencia; y (iii) respecto de los hechos controvertidos, debe recordarse que la actividad probatoria no es investigadora, sino simplemente verificadora. Considera Montero que la búsqueda de la verdad no es la función de la prueba civil, si se tiene en cuenta que los hechos controvertidos solo pueden ser afirmados por las partes, que son las que tienen el compromiso de aportar los medios de prueba, por lo que todo se reduce a la verificación de aquellos del modo previsto legalmente, todo lo cual le permite concluir que la verdad está fuera del alcance de la prueba procesal[5].

3. La revolución pretoriana

Ante la inercia legislativa del país, en la primera década del presente siglo comenzó un paulatino proceso de gestación de criterios judiciales de diversa índole, que propiciaron un cambio en la forma de impartir la justicia en el ámbito civil, familiar y mercantil; no así en el laboral, que siguió por derroteros muy diferentes, ni en el contencioso-administrativo, que se mantuvo impertérrito.

Este cambio (lento, progresivo y subliminal), modificó el modo de impartir justicia en Cuba en estos ámbitos jurisdiccionales. Por increíble que parezca, la génesis del cambio está en un artículo que el legislador de 1974 incluyó en la ley, que faculta a los jueces a convocar

---

4 Referenciado en autores procedentes del extinto "campo socialista" euroasiático, sostiene Taruffo que la teoría de la verdad material, propia de los sistemas procesales de los países socialistas, basada en los postulados del materialismo dialéctico y de las teorías epistemológicas de Lenin, convierten la obtención de la verdad en un concepto cardinal y un principio fundamental de la teoría de la prueba y de la disciplina del proceso civil y penal. Reconoce el maestro italiano que las concepciones primigenias de esta teoría, han sufrido sucesivas atenuaciones destinadas a hacerla epistemológicamente más creíble. Michele Taruffo, *La prueba de los hechos*, (Madrid: Editorial Trotta, 2002), 58.

5 Juan Montero Aroca, *Los Principios Políticos en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, (Valencia: Tirant lo Blanch, 2001), 109. Aunque se mantuvo siempre consecuente con su postura negacionista, en fecha posterior (2005), Montero matizó su afirmación, denominándola "relativización de la verdad", según la cual "[…] no puede tampoco desconocerse que en el proceso y en la prueba tiene normalmente que existir un intento decidido de verificar de la manera posible más próxima a la verdad las afirmaciones de hecho que realizan las partes, pues la constatación de los límites en que opera el hombre no puede llevar, sin más, a renunciar a la justicia de la decisión judicial". Juan Montero Aroca, *La prueba en el proceso civil*, (Navarra: Editorial Aranzadi, 2005), 42-43.

una comparecencia de marcado carácter instructivo. Los jueces cubanos, en treinta años, no hicieron uso de esa facultad, pues seguían apegados al modelo liberal español. Se trata de un acto procesal potestativo que la ley regula de la manera siguiente:

> ARTÍCULO 42.- El Tribunal, en cualquier estado del proceso, podrá hacer comparecer a las partes para interrogarlas sobre los hechos del litigio, u ordenar la inspección de las cosas que fueron objeto del mismo y de los libros o documentos que tengan relación con el pleito, siempre que ello sea indispensable para el conocimiento de los hechos.

Al amparo de este precepto e imbuido de los aires renovadores que introdujo el proceso económico (entiéndase mercantil), que se había incorporado a la ley en 2006, regido por la oralidad, el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular (CGTSP) comenzó a impartir instrucciones que convirtieron esta comparecencia en un acto preceptivo para los procesos de familia, que carecían de un cauce propio y se tramitaban por lo establecido para el proceso civil.

La primera de estas decisiones es la Instrucción No. 187, de 20 de diciembre del 2007, mediante la cual se dispuso que los jueces, al momento de conocer un proceso de familia, estaban en la obligación de convocar a las partes a la comparecencia prevista en el art. 42.

A partir de los satisfactorios resultados que en la práctica judicial arrojó la aplicación de esta instrucción, y siguiendo su labor reformadora, el CGTSP aprobó en 2009 la Instrucción No. 191, de 14 de abril, encaminada a extender al proceso civil la práctica de convocar a la comparecencia, la cual se efectuaría una vez concluida la fase de alegaciones.

En la práctica cotidiana las facultades de los jueces de familia y civiles, pero sobre todo en el ámbito familiar, crecieron como una hiedra, por lo que, en 2012, se dictaron dos nuevas instrucciones, la 216 y 217. La primera, relativa a los procesos de familia, en la que se reguló de forma específica la forma de realizar la comparecencia, que se había convertido, en la práctica, en una verdadera audiencia de juicio. A la comparecencia se le había incorporado la misión de sanear el proceso, tratar de conciliar los intereses de las partes, fijar los términos del debate, adoptar medidas cautelares, llamar a especialistas, entre otras. La Instrucción 217 extendió al proceso civil todos estos procederes.

La comparecencia del art. 42, que se celebra *in limine litis*, si bien su intención —a priori— no era incorporar diligencias probatorias, pues para ello existe una fase en el proceso ordinario bien delimitada a tales fines, sí incorpora determinado matiz probatorio, que contribuye a crear certeza en el tribunal, lo que también tributa a la posterior práctica de pruebas. Esta facultad del órgano jurisdiccional de hacer comparecer a las partes está dirigida a delimitar el contradictorio, lo que sin dudas incide en la determinación del tema de la prueba, pues la actividad probatoria siempre versa sobre los puntos controvertidos alegados

por las partes, de ahí que las afirmaciones admitidas sobre los hechos objeto de prueba, que se realizan en la comparecencia, estén exentas de prueba. A lo anterior se une la facultad de convocar a equipos multidisciplinarios en temas familiares, para que auxilien al tribunal a una mejor comprensión del asunto en conflicto, que se convirtieron en la práctica en una verdadera prueba de peritos. Quiere esto decir que el original cometido limitado de la comparecencia del art. 42 creció y se convirtió en un acto polimorfo, cual Hidra de Lerna[6].

El proceso de transformaciones en los procederes judiciales, iniciado en 2007, cuyo propósito era visibilizar los conflictos familiares y darle a este segmento de la litigación "un rostro más humano", se convirtió en la práctica en una verdadera reforma procesal subterránea. Si bien la legitimidad del método puede ser cuestionable, sus resultados fueron tan positivos, que recibieron el elogio de los profesionales del derecho y de la ciudadanía, y prepararon las bases del cambio que se avecinaba, derivado de la promulgación de la Constitución en 2019 y la próxima aprobación de una nueva ley procesal.

4. La reforma de los procesos en Cuba y el complejo empalme de tendencias diversas

En abril de 2019 se aprobó en Cuba una nueva Constitución, precedida de un amplio debate ciudadano, que posibilitó introducir importantes cambios al anteproyecto originalmente circulado. El referendo se realizó el 24 de febrero de 2019, con la participación del 86.8 % del total de electores registrados, de los cuales el 78.3 % votó favorablemente. La nueva carta magna, de carácter normativo y de aplicación directa, puso fin al modelo constitucional que rigió desde 1976, de naturaleza programática, cuyos enunciados requerían de un desarrollo legislativo ulterior.

El nuevo texto constitucional introdujo el derecho a la prueba, como una de las garantías del debido proceso (art. 94. c), bajo el postulado de que toda persona tiene derecho a "aportar los medios de prueba pertinentes y solicitar la exclusión de aquellos que hayan sido obtenidos violando lo establecido".

La Disposición Transitoria Décima de la Constitución, le otorgó el mandato al Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, para que, en el plazo de dieciocho meses, presentara a la Asamblea Nacional del Poder Popular, "las propuestas de modificaciones" a la Ley de procedimiento civil, administrativo, laboral y económico.

---

[6] Sobre el impacto de las decisiones del Tribunal Supremo en la modificación del modelo procesal cubano *Vid*. Juan Mendoza Díaz y Luis Alberto Hierro Sánchez, "La reforma del proceso civil cubano: una labor judicial", en *Sendas de la reforma de la justicia a principios del siglo XXI* (Madrid: Marcial Pons, 2018), 227-254.

La situación que generó el inicio de la pandemia de COVID-19 en el país, en marzo de 2020, provocó que el plazo concedido se extendiera hasta el pasado 14 de mayo de 2021, en que el presidente del Tribunal Supremo entregó a la Asamblea Nacional el anteproyecto del Código de procesos.

Como parte del proceso que generó el mandato constitucional se decidió que, dada la magnitud del empeño normativo, era conveniente la elaboración de una nueva ley, en lugar de modificar la vigente. La nueva ley procesal, a la que se le denominó Código de procesos, excluye el contencioso-administrativo, que, por su naturaleza, es objeto de una ley independiente.

El nuevo Código agrupa al proceso civil, el familiar, el mercantil y el del trabajo y la seguridad social. La nueva ley regula solo dos tipos procesales: ordinario y sumario, para la tramitación de los asuntos en todas materias; el único proceso especial es el sucesorio. Se incluye en el nuevo cuerpo normativo los procedimientos de jurisdicción voluntaria y se dedica un segmento específico a la "Asistencia y control judicial al arbitraje comercial internacional".

El nuevo Código pone fin al modelo escriturado precedente y diseña los dos tipos procesales, ordinario y sumario, bajo los principios de oralidad, concentración e inmediación.

La Asamblea Nacional del Poder Popular colocó el anteproyecto de Código de procesos en su página oficial y solicitó a la ciudadanía, pero, especialmente, a la clase académica y profesional, que emitan los criterios y observaciones que puedan mejorar el borrador, que será sometido a debate parlamentario el próximo mes de julio de 2021.

Con las expectativas que genera el advenimiento del nuevo Código procesal, que pone fin a la vetusta ley que rigió la materia durante 44 años, mis siguientes reflexiones se apoyan en el anteproyecto, consciente de que camino por arenas movedizas, ante los eventuales cambios que se le puedan introducir al texto, como resultado del debate parlamentario.

4.1 El diseño probatorio del nuevo Código

De conformidad con la estructura de la nueva ley, las regulaciones sobre la prueba están colocadas en la antesala del Código (Parte General), donde se disponen los conceptos generales que rigen la materia, entre los que se encuentra la carga de la prueba, las facultades instructivas del tribunal en este campo y la regulación específica de los distintos medios de prueba.

4.1.1 La carga de probar y su reparto

El nuevo Código reproduce la tradicional fórmula contenida en la LPCALE: "A cada parte incumbe probar los hechos que afirme y los que oponga a los alegados por las otras" (art. 290), según el cual, quien afirma un hecho, adquiere el compromiso procesal de probarlo.

Este diagrama sigue la concepción de Rosenberg de que las partes tienen la "carga de la afirmación", de la cual se deriva la "carga de la prueba". El correlato entre carga de la afirmación y carga de la prueba, nos muestra el escenario de dos partes enfrentadas en una lid, en la que hay que determinar la proporción que le corresponde a cada una de ellas en el duelo probatorio. La magnitud y complejidad de este reparto se ilustra en la aseveración del profesor alemán de que la teoría de la distribución de la carga de la prueba es la "espina dorsal del proceso civil"[7].

Esta distribución, no suficientemente clara en el artículo en comento, la explica Rosenberg cuando dice que es la correlación que debe existir entre los "hechos creativos del derecho" que afirma cada parte y el compromiso que asume de probarlos. En lo que al actor respecta, el esquema anteriormente descrito es fácil de apreciar, pues asume la carga de probar las afirmaciones formuladas en su demanda, amparadas en el derecho que invoca y con base en el cual exige respuesta judicial.

La fórmula anterior no es tan clara en cuanto al demandado, pues surgen varias interrogantes: ¿el demandado debe probar todos los hechos que alega en su defensa?; ¿sobre qué aspectos de los alegados en su defensa surge para él la carga de la prueba? Las respuestas las ofrece el profesor de Munich:

> Existe una coincidencia fundamental de opiniones con respecto a que el demandante solo debe probar los llamados hechos generativos de derecho, y en cambio, el demandado los hechos impeditivos y destructivos". Y reafirma: "La distribución de la carga de la afirmación y de la prueba se basa en esa diferencia de los preceptos jurídicos. El demandante debe probar como realizados en los hechos, los presupuestos del precepto en el cual funda su petición, esto es, los presupuestos de la norma fundadora […]; el demandado debe probar los presupuestos de la norma gracias a la cual trata de conseguir el rechazo de la demanda, esto es, los presupuestos de la norma impeditiva o destructiva o excluyente[8].

La teoría de Rosenberg ayuda a comprender el laconismo del precepto cubano, que debe interpretarse en el sentido de que solo surge para el demandado la carga de la prueba cuando asume una *defensa cualificada*[9], o sea, cuando interpone excepciones materiales, capaces de enervar el efecto de la pretensión del actor. Esto es lo que ocurre cuando el demandado, que se defiende de una acción reivindicatoria, ejercida al amparo del art. 129.2 del Código civil ("El propietario tiene acción contra el tenedor y el poseedor del bien para reivindicarlo"), alega la excepción de prescripción, al amparo del artículo 115 del Código

---

7 Leo Rosenberg, *La carga de la prueba* (Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1958), 55.

8 Rosenberg, La carga de la prueba, 84 y 97.

9 Juan Mendoza Díaz, "Actitudes de puede adoptar en demandado en el proceso ordinario", en *Derecho Procesal Civil,* I. Pérez Gutiérrez, (Coord) (La Habana: Editorial Félix Varela, 2016), 99.

civil, en cuyo caso asume la carga de la prueba sobre el hecho que genera la aplicación de la norma invocada: la posesión del bien de buena fe, pacífica e ininterrumpidamente, por el tiempo que prescribe la ley.

No surge entonces para el demandado la carga de la prueba cuando su defensa se enfoca en negar los hechos alegados por el actor, que centra el debate judicial en torno a la aplicación o no de la misma norma jurídica alegada por el demandante ("norma constitutiva o creativa del derecho"), de la cual se genera el derecho subjetivo que reclama. En estos casos al demandado le asiste el derecho constitucional a la prueba (contraprueba) y puede hacer uso incluso de todos los medios que la ley procesal le ofrece, pero no hay un desplazamiento de la carga de la prueba hacia él; no hay una distribución compartida con el demandante de la carga de probar, razón por la cual, en el balance final que realiza el tribunal al momento de fallar, no puede imputarle haber incumplido con la carga de probar.

En materia de pruebas, el Código introduce una novedad, sin precedentes en el panorama cubano, que son las cargas probatorias dinámicas.

La introducción de esta institución en la nueva ley le permite al tribunal reasignar la carga de probar determinado hecho a la parte que se encuentra en una posición más favorable para demostrarlo, lo cual se produce, según la norma (art. 293.1.2), cuando es notoria la cercanía o relación del sujeto con la fuente de la prueba, y la parte a la que originariamente le correspondía probar su afirmación se encuentra en una situación de desventaja o imposibilidad para hacerlo.

El escenario anteriormente descrito es muy común, aunque no exclusivo, verbigracia, en los procesos del trabajo en que se alega que la terminación de la relación de laboral tiene causa en la violación de derechos fundamentales. En estos casos el trabajador se encuentra en una posición de desventaja para demostrar sus afirmaciones sobre las causas reales que provocaron la decisión del empleador, por lo que basta que en su demanda aporte lo que un autor llama la "chispa", para que se activen los mecanismos de protección que caracterizan la tutela laboral[10].

La concepción de las cargas probatorias dinámicas, que tiene su base teórica en el denominado "principio de solidaridad o de efectiva colaboración de las partes con el órgano jurisdiccional en el acopio del material de convicción"[11], constituye, en palabras de uno de los pioneros de este desarrollo doctrinal:

---

[10] Johan S. Benfeld, *Consideraciones metaepistemológicas sobre el derecho probatorio. El caso "Kronos" como modelo de las particularidades de la prueba judicial en materia de tutela laboral*, 9 https://www.catedradeculturajuridica.com/biblioteca/items/1568_A/Johan_S._Benfeld_Escobar.pdf (Consultado en fecha 12 de marzo de 2021).

[11] Este principio se asienta en el criterio de Morello y sus seguidores sobre la "gestión solidaria de las pruebas". El maestro de La Plata sintetiza su postura de la forma siguiente: "La idea que sustentamos es la de que siendo la finalidad de la

> […] un desplazamiento del *onus probandi*, según fueren las circunstancias del caso, en cuyo mérito aquel puede recaer, verbigracia, en cabeza de quien está en mejores condiciones técnicas, profesionales o fácticas para producirlas, más allá del emplazamiento como actor o demandado o de tratarse de hechos constitutivo, impeditivos, modificativos o extintivos[12].

La inversión de la carga de la prueba por el tribunal, al amparo de la teoría de las cargas dinámicas, no sustituye la concepción clásica de que, quien alega, prueba, sino que viene en auxilio del caso cuando no hay pruebas para arribar a una conclusión certera sobre el controvertido y al juez le está vedado el *non liquet*.

El balance probatorio que realiza el tribunal bajo la regla clásica de la carga de la prueba, para poder concluir en su sentencia que se incumplió con tal compromiso y por tanto se desestima el pedimento, lo explica claramente Devis Echandía con la siguiente aseveración: "No se trata de fijar quién debe llevar la prueba, sino quién asume el riesgo de que falte"[13].

Esta institución exigirá de los jueces cubanos una particular mesura al momento de utilizarla, para no revertir el orden natural de las cosas, porque el instituto no significa introducir, de manera rígida, la inversión de la carga de la prueba en todos los casos en que se perciba que el demandado está en mejores condiciones de probar, lo que dejaría al actor en una posición muy cómoda, limitada a la afirmación de los hechos. Le corresponde, por tanto, a quien pretende beneficiarse de esta fórmula probatoria evidenciar las dos condiciones básicas de su utilización: su imposibilidad real de acarrear el material probatorio que necesita y la mejor posibilidad del demandante para hacerlo. Lo antes dicho se ilustra muy bien en la doctrina argentina, país donde surgió esta teoría hace ya varios años, de la forma siguiente:

> […] no podemos conformarnos con atribuir siempre —como si fuera una regla fija más— la carga probatoria a quien aparece en mejores condiciones de probar, sino que es dable exigir alguna prueba (*aun levios*) que indique tal condición; pues si de colaboración o solidaridad probatoria se trata, el sujeto cuya carga se aligera debe arrimar algún esfuerzo

---

jurisdicción prestar el buen servicio de justicia (para lo cual no debe malograrse la búsqueda de la verdad esencial o verdad jurídica objetiva), el comportamiento contrario a esa lógica y diligente cooperación o colaboración hacía el Órgano, no parece auspiciable y su quebrantamiento, por el contrario, lleva los riesgos pertinentes, en perjuicio de quien hace oídos sordos a tales exigencias. No es bastante ya refugiarse en la defensa del propio interés con olvido del valor superior de una solidaridad que, en una concepción humanista, emerge inesquivable para el logro cabal de la finalidad esencial de hacer justicia". Vid. Augusto Mario Morello, *La prueba. Tendencias modernas* (La Plata: Librería Editora Platense, 1991), 64.

12 Jorge W. Peyrano, "Nuevos lineamientos de las cargas probatorias dinámicas", en Jorge W. Peyrano (Director) (Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2004), 20.

13 Hernando Devis Echandía, *Compendio de la prueba judicial* (Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2000), 211.

y desarrollar también actividad. De lo contrario, la comodidad o el refugio en el esquema estático que objetamos no habrá hecho más que cambiar de manos[14].

4.1.2 Facultades del tribunal en el nuevo modelo probatorio cubano

En el Código de Proceso cohabitan cuatro modalidades procesales, algunas de las ellas con características diferenciadoras muy acuciadas. Si bien el proceso civil y el mercantil tienen rasgos comunes, porque las normas sustantivas sobre las que versan los litigios son de naturaleza disponible, en los procesos de familia y del trabajo y la seguridad social, encontramos una profunda diferencia. En los conflictos familiares el interés superior del niño es quien conduce la batuta judicial y obliga al juez a reforzar sus facultades instructivas, lo que trasciende al plano probatorio; mientras que, en los procesos del trabajo y la seguridad social, el rasgo característico es el desbalance entre empleadores y empleados, que refuerza las facultades tuitivas del tribunal a favor del trabajador, que igualmente tiene implicaciones en el esquema probatorio de este tipo de proceso.

El art. 6, colocado en la parte introductoria del Código, define el modelo de juzgador al que aspira la nueva ley, y da la pauta de su actuar en el campo probatorio: "Los tribunales mantienen una posición activa en los procesos, con el propósito de lograr la certeza sobre los hechos"[15]. Obsérvese el abandono que se hace del término "verdad objetiva", que enunciaba la doctrina cubana precedente, que se sustituye por la expresión "certeza", lo cual no implica, como veremos más adelante, que el juez carezca de facultades probatorias en todas las modalidades procesales, las que tienen una mayor intensidad en los procesos de familia y del trabajo, en los que no deja de ser un desiderátum la obtención de la verdad de los hechos, por lo que se eleva el estándar probatorio en estas materias.

Bajo esta definición normativa, son los enunciados sobre los hechos (afirmaciones formuladas por las partes), y no los hechos en sí mismos, los que entran al circo judicial; coro-

---

14 Sergio José Barberio, "Cargas probatorias dinámicas. ¿Qué debe probar el que no puede probar?", en *Cargas probatorias dinámicas*, Jorge W. Peyrano (Director) (Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2004), 103.

15 La visión del legislador cubano se ubica en la visión del "juez activo" al que hace mención Morello, para quien "El juez espectador quedó en la historia. Su rol es hoy diligente, interesado en el resultado útil de lo que personalmente haga (más que en lo que deje de hacer); vigila, orienta, explota y gestiona la prueba. Por activo es activista. Desde el comienzo no puede estar inerte y ajeno, ni distante. Morello, La prueba, 101. En el ámbito patrio, desde temprana fecha (1945), el magistrado cubano Fernando Álvarez Tabío, defendía la visión de un juez activo, que no estuviera encerrado en los patrones estáticos del modelo procedimental, cuando exponía: "[…] es lícito al juez, amoldándose a normas preestablecidas, elegir y utilizar la más adecuada a la singularidad del caso. Viene a ser algo así como la individualización del litigio, pero sin que se abandone la naturaleza pública que debe dominar su construcción; y dentro de marcos legales flexibles, las partes y el juez podrán crear en cada caso un proceso dinámico con la estructura peculiar que las circunstancias les impongan. F. Álvarez Tabío, "El juez activo en el proceso civil", en *Fernando Álvarez Tabio, paradigma del Derecho en Cuba* (La Habana: Tribunal Supremo Popular, 2011), 11.

lario de fácil aceptación para los conflictos civiles y mercantiles, pero no para los familiares y los del trabajo y la seguridad social, que cohabitan en este Código, para los cuales prevale una aspiración epistémica reforzada.

El activismo judicial enunciado tiene su complemento en los poderes que el Código concede a los jueces, a quienes atribuye facultades probatorias específicas que, sin sustituir la carga de probar propia de las partes, les permite acarrear medios probatorios suplementarios, con el objetivo de alcanzar "certeza" sobre los hechos. Por la naturaleza específica de los conflictos familiares y del trabajo, el activismo judicial en materia probatoria se incrementa, en aras de lograr lo que Mantecón denomina el camino hacia la suficiencia probatoria[16], que incardina con los estándares reforzados de estas modalidades procesales.

Pero, incluso en estos dos tipos específicos de conflictos (familiares y del trabajo), no se trata de alcanzar una verdad a toda costa, porque existen determinados valladares que lo impiden, consustanciales a las garantías constitucionales del debido proceso, como es el supuesto de la exclusión probatoria por causas de ilicitud. En esa dirección, el Código permite que el tribunal pueda excluir del proceso aquellas pruebas obtenidas de forma ilícita (art. 304), proceder que configura lo que Laudan denomina "valores extra-epistémicos"[17]. El fundamento está en que la certeza sobre los hechos no puede obtenerse transgrediendo las reglas que la Constitución y la propia ley procesal establece, al amparo de las garantías que brinda el debido proceso.

Se puede aseverar que, en el Código, el balance entre la carga de la prueba que se atribuye a las partes y las facultades probatorias del tribunal no es uniforme; este reparto se modula acorde a los tipos de procesos que cohabitan en la nueva ley.

Es imposible detenernos aquí a opinar sobre el debate conceptual que gira alrededor del reparto probatorio, entre la iniciativa primigenia de las partes que les impone el *onus probandi* y una eventual aportación de pruebas a cargo del juzgador, disputa que está marcada por concepciones ideológicas muy enconadas[18]. Solo se dejará claro que el nuevo Código procesal cubano apuesta por un juez comprometido con la eficacia de los intereses que se ventilan en los tipos procesales cuya tramitación regula esta ley y le ofrece las herramientas

---

16 A. Mantecón Ramos, *Tutela ordinaria del derecho a la prueba en el proceso civil* (La Habana: Ediciones ONBC, 2010), 82.

17 Para Laudan los valores extra-epistémicos son todas aquellas previsiones establecidas en la ley, derivadas del debido proceso y de otras garantías individuales, que imponen una limitación al juzgador en su labor cognoscitiva. L. Laudan, "Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar", en *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 28 (2005), 97, https://doxa.ua.es/article/view/2005-n28-por-que-un-estandar-de-prueba-subjetivo-y-ambiguo-no-es-un-estandar (Consulado en fecha 2 de febrero de 2021).

18 Vid. J. Montero Aroca, (Coordinador), *Proceso civil e ideología. Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2006).

necesarias para que pueda cumplir con la misión que dimana del artículo 147 de la Constitución de la República.

Las herramientas que el Código ofrece al juez activo a que hace referencia el art. 6, están desarrolladas en el art. 291.

Este precepto bifurca la iniciativa probatoria del tribunal en dos direcciones, una general, para todos los tipos de procesos, y otra específica, dirigida a los asuntos de familia y a los del trabajo y la seguridad social.

En la primera dirección, el tribunal puede disponer de oficio, en cualquier estado del proceso, la práctica de las pruebas que considere necesarias para el "esclarecimiento" de los hechos controvertidos (art. 292.2); mientras que en los conflictos relativos al derecho de familia y los del trabajo y la seguridad social, se extiende la facultad del tribunal, pues su propósito esclarecedor en estos asuntos es mucho más intenso, dada la naturaleza del derecho que se aplica, razón por la cual eleva el umbral cognoscitivo, en aras de formar "convicción" sobre los hechos.

Para que, en los procesos de tutela reforzada a los que nos referimos en el párrafo anterior, el tribunal pueda cumplir su cometido cognoscitivo, el proceso probatorio debe diseñarse como un escenario de construcción de la verdad, en el que el juzgador refuerza su iniciativa probatoria, que, sin sustituir el papel de las partes, le posibilite arribar a conclusiones lo más cercanas posible a la realidad de los hechos. Es evidente que el legislador evitó utilizar el controvertido término "verdad", para describir su cometido epistémico y utilizó "convicción", pero no lo acotó solo a las "afirmaciones", sino que lo dejó abierto, para poder abarcar a los acontecimientos de la realidad.

Se desprende de lo dicho anteriormente que, en la asignación de las herramientas epistémica al juez cubano, el Código bifurca su camino. Cuando se trata de asuntos civiles o mercantiles, le permite incorporar pruebas complementarias para "esclarecer" las afirmaciones controvertidas, mientras que en los procesos de familia y en los del trabajo y la seguridad social, le impulsa a lograr "convicción" sobre los hechos, lo que le abre su ámbito cognoscitivo, con el propósito de que logre alcanzar la mayor certeza posible sobre lo que realmente ocurrió.

Es evidente que el legislador del nuevo Código de procesos colocó en manos del tribunal unas poderosas herramientas cognoscitivas, que deberá usar siempre que el caso realmente lo amerite, lo que se corresponde con una postura que hace ya tiempo fue defendida por Morello, en Argentina, que dibujó al "al juez moderno", como un sujeto llamado a desempeñar un "incanjeable papel" en la búsqueda de las pruebas[19]. La posición del profesor de La Plata es similar a la visión que modernamente nos presenta la profesora Ramírez Carva-

[19] Morello, *La prueba*, 34.

jal, sobre Colombia, país que, al igual que Argentina, es referente en el campo procesal para nuestra zona geográfica. Refiere la profesora antioqueña que la reforma procesal colombiana de 2012 amplió los poderes del juez en el proceso, en virtud de lo cual la prueba de oficio pasa de ser un poder del juez a ser un deber, pues la norma impone al juzgador, que ordene toda la prueba de oficio que considere que le sirve para clarificar dudas[20].

4.1.3 La conformación de los umbrales probatorios en el nuevo Código y su relación con los estándares probatorios

El tema de los estándares probatorios se incardina con los sistemas de valoración de la prueba, que doctrinalmente se sistematizan en tres direcciones: de prueba legal o tasada, de íntima convicción y de libre valoración, bajo las reglas de la sana crítica racional.

El modelo de la íntima convicción es típico del enjuiciamiento por jurados, en el que un panel de ciudadanos legos en derecho, decide sobre un caso concreto, a partir de determinadas instrucciones que imparte el juez, pero cuando arriban a una determinación, no necesariamente guiada por una visión epistemológica de proyección jurídica, no están obligados a explicitar los motivos de su decisión.

El sistema de íntima convicción está inserto en el de libre valoración, porque no hay una sujeción a reglas legales, solo que quien decide no tiene que exteriorizar los juicios de valor que realizó sobre los diferentes medios probatorio, o sea, está exento de exponer sus criterios de valoración de las pruebas, lo que en palabras de Damaška, convierte al veredicto del jurado en "[…] una decisión que es prácticamente impermeable a todo control posterior sobre la errónea valoración del material probatorio"[21].

En el sistema de libre valoración de las pruebas, bajo las reglas de la sana crítica, el juzgador está en la obligación de exteriorizar, sometido a los mecanismos de control que franquean los medios de impugnación, los criterios que siguió para valorar las pruebas.

El modelo cubano de la vigente LPCALE, a punto de extinguirse el próximo mes de julio (2021), combina el método de libre valoración con el de prueba legal, a las que define como "prueba plena". En esta condición está la prueba de confesión, en lo relativo a los aspectos personales y perjudiciales para quien la presta. Se incluyen en este catálogo los documentos otorgados con intervención de funcionario público, en cuanto a las personas que los otorgaron; así como una lista extensa de "reproducciones" (las fotografías, películas cinematográficas, fotocopias, las grabaciones mediante discos, cintas magnetofónicas o

---

[20] Diana Ramírez Carvajal, "Perspectivas de las reformas procesales en Colombia", en *Sendas de la Reforma de la Justicia a principios del Siglo XXI*, E. Oteiza (Coordinador) (Madrid: Marcial Pons, 2018), 215.

[21] M. R. Damaška, *El derecho probatorio a la deriva*, (traducción de J. Picó i Junoy), (Madrid: Editorial Marcial Pons, 2015), 34.

por cualquier otro procedimiento, los originales y copias autorizadas de mapas, telegramas, cablegramas y radiogramas cifrados o no, y cualquier otro medio de comprobación o verificación de algún hecho o circunstancia de importancia en la decisión del proceso). Las reproducciones antes descritas adquieren la condición de prueba plena, si la parte a quien perjudican no las impugna.

En los momentos actuales, la ley faculta al tribunal de casación para verificar que el de instancia les conceda a estos medios de prueba el valor preestablecido en la norma y, en caso de que no lo hiciera, dictar una nueva sentencia conforme al criterio valorativo que estime legalmente adecuado. En el caso de las pruebas de libre valoración, que son los restantes medios de prueba, el tribunal de instancia posee total autonomía en su apreciación, exenta de control casacional.

De cara a la profunda reforma legislativa que está a punto de ocurrir, los que contribuimos en la conformación del nuevo modelo probatorio cubano, nos debatimos ante el desafío de poder incorporar en la nueva ley los aportes que la doctrina científica más moderna ofrece en materia probatoria, que garanticen el derecho constitucional a la prueba y un proceso cognoscitivo que propicie que el juez pueda arribar a decisiones que alcancen el mayor grado de respaldo ciudadano.

Uno de los tópicos debatidos es el de los estándares probatorios, tema sobre el cual no existe un desarrollo teórico propio en Cuba. En este campo la doctrina, de *lege ferenda*, separa los estándares que son propios del proceso penal, de los que se utilizan para los asuntos civiles y privilegia a los primeros, sin desconocer que existen, en el campo no penal, determinados conflictos que pueden requerir un umbral probatorio tan alto como el que prevalece en el ámbito penal, como es el caso de los conflictos familiares. Para ilustrar se coloca el ejemplo, ya clásico, de un litigio sobre privación de patria potestad o filiación, que reviste mucha más preponderancia social que un juicio penal por daños en ocasión de conducir vehículos por la vía pública, en cuyo caso el umbral para el caso no penal debería ser más alto que el que se utilice para el asunto criminal.

Aunque no exento de críticas, el estándar penal, que impide que se emita una sentencia condenatoria si no se logra un convencimiento en el juzgador "más allá de toda duda razonable", ofrece una concreción normativa más clara que la que se puede lograr en los procesos no penales.

Los aportes doctrinales esenciales sobre los estándares probatorios en el campo civil nos llegan de Taruffo y Beltrán, pero dada la limitación espacial de este trabajo, esbozo, con extraordinario simplismo, las ideas básicas aprendidas sobre la conformación del umbral probatorio en los procesos civiles, que en nuestro caso debemos extender a las restantes materias que cohabitan en el nuevo Código.

En los procesos civiles, ante la presencia de dos hipótesis contradictorias, de la mano del gran maestro italiano, concordamos que es difícil negar racionalidad al criterio según el cual la "hipótesis más aceptable", al momento de la decisión, es aquella que presenta el grado más elevado de "probabilidad lógica" sobre la base de los elementos de prueba disponibles[22]. Este grado de probabilidad lógica está asociado a la regla clásica de la carga de la prueba, en que a cada parte le corresponde probar los hechos que afirma y quien no lo logre sufre las consecuencias nefastas de su incumplimiento. Como decía Devis Echandía en la frase ya citada: "No se trata de fijar quién debe llevar la prueba, sino quién asume el riesgo de que falte".

El dilema se presenta cuando concurren distintas hipótesis sobre el hecho, que son contradictorias o incompatibles, cada una de ellas con un grado determinado de probabilidad lógica sobre la base de las pruebas practicadas; es en estos casos en que aparece el estándar de la "probabilidad prevaleciente"[23].

Ante este dilema, la fórmula que se nos ofrece es la siguiente:

> "En el contexto de la probabilidad lógica y de la relación hipótesis/elementos de prueba, en el que es racional que hipótesis contradictorias o incompatibles adquieran grados de confirmación independientes sobre la base de los respectivos elementos de prueba, el único criterio racional de elección de la hipótesis que resulta más aceptable es el que se basa en la relación entre los distintos valores de probabilidad lógica y privilegia la hipótesis caracterizada por el valor más elevado. Debe escogerse, en resumen, la hipótesis que reciba el apoyo relativamente mayor sobre la base de los elementos de prueba conjuntamente disponibles. Se trata, pues, de una elección relativa y comparativa dentro de un campo representado por algunas hipótesis dotadas de sentido, por ser, en distintas formas, probables, y caracterizado por un número finito de elementos de prueba favorables a una u otra hipótesis"[24].

En aras de contribuir con la conformación de este estándar, el Código ofrece un catálogo de herramientas conducentes a inclinar la balanza hacia la hipótesis que tenga una mayor probabilidad lógica, que le permita erigirse como la "prevaleciente". Este catálogo está integrado por los parámetros de valoración que la propia ley ofrece para cada uno de los medios de prueba y la ampliación de las facultades probatorias de tribunal.

En los modelos procesales más estáticos, la determinación de la probabilidad prevaleciente se convierte en una especie de búsqueda del Santo Grial para el juzgador. En el nuevo modelo procesal cubano, con un juez activo pertrechado de importantes herramientas

22 Taruffo, *La prueba de los hechos*, 298.

23 Taruffo, *La prueba de los hechos,* 298-299.

24 Taruffo, *La prueba de los hechos*, 299.

epistemológicas, la determinación de la probabilidad prevaleciente, entre hipótesis en conflicto, parecería una tarea más alcanzable.

El estándar de la "probabilidad prevaleciente" está relacionado con los debates doctrinales alrededor del cometido de la prueba en el proceso civil y la posibilidad de alcanzar la "verdad" sobre los hechos en este ámbito.

Ya dijimos anteriormente que no es posible entrar en este trabajo en el entramado conceptual sobre la búsqueda de la verdad en el proceso civil, pero queremos dejar sentado que la posición del legislador cubano parece que se inserta en los postulados de Chiarloni y Ferrajoli, quienes consideran que la relación existente entre prueba y verdad es más bien teleológica, o sea, que no se adjudica a la verdad ningún papel definitorio de la prueba, sino que la consideran el objetivo último de la actividad probatoria[25]. La conexión teleológica con la verdad, en palabras de González Lagier se describe de la forma siguiente: "[…] dar por probado un hecho no significa afirmar que es verdadero, sino que a la luz de la información de que disponemos, puede afirmarse razonablemente que lo es. La aproximación a la verdad sigue siendo el objetivo de la prueba"[26].

La nueva ley no menciona el término "verdad" en el cometido de la prueba, pero las herramientas probatorias que coloca en manos del juez, sobre todo en los procesos de tutela reforzada (familia y trabajo), evidencian la intencionalidad de lograr un esclarecimiento más allá de un umbral mínimo de complacencia judicial. Aunque sin tanta intensidad, en los procesos civiles y mercantiles, la ley ofrece también herramientas de esclarecimiento al juez, como la prueba de oficio y el dinamismo probatorio, cuyo propósito es que el juez no quede totalmente a merced de las partes, solo que en estas últimas modalidades procesales el principio dispositivo impone límites. En estos procesos, como afirma Ferrer, la finalidad de la prueba, como institución jurídica, es la de permitir alcanzar el conocimiento acerca de la verdad de los enunciados fácticos del caso[27].

Considero, con Ferrer, que el elemento clave en el complejo entramado de la relación entre prueba y verdad, es el de la suficiencia probatoria, para lo cual se debe disponer de una teoría acerca de la "suficiencia de los elementos de juicio", esto es, una teoría que nos diga cuándo o bajo qué condiciones los elementos de juicio disponibles son suficientes para que resulte racional aceptar una proposición como verdadera en el razonamiento decisorio[28].

---

25 Jordi Ferrer Beltrán, "La valoración de la prueba", en *Estudios sobre la prueba* (México: UNAM, 2006), 3.

26 Daniel González Lagier, "Argumentación y prueba judicial", en *Estudios sobre la prueba* (México: UNAM, 2006), 128.

27 Ferrer Beltrán, "La valoración de la prueba", 34.

28 Ferrer Beltrán, "La valoración de la prueba", 40.

4.1.4 Los parámetros valorativos que ofrece el Código

Con relación a la "suficiencia" que requiere el juez, el modelo cubano se diseña a partir de varios procederes vinculados al régimen probatorio.

El primero de ellos es la exclusión de las pruebas con valor tasado, que obligaban al juez a supeditar su decisión a parámetros impuestos por la ley y no al resultado que brindan aquellos medios probatorios que son sometidos a la contradicción. El juez del nuevo Código valora libremente la prueba, pero dicha valoración es siempre modelada, necesariamente, por ciertos parámetros que el legislador fija, que, sin constituir necesariamente estándares probatorios, contribuyen a marcar la pauta del juez a la hora de arribar a un convencimiento sobre la ocurrencia de los hechos.

El legislador colocó esos parámetros al final de cada medio de prueba, en forma de indicaciones al juez, que le permitan ponderar cada prueba en específico, y su relación con las restantes; así, en la de declaración de las partes (art. 331), el Código dispone que aquellos hechos reconocidos por el declarante "pueden tenerse" por verdaderos, aunque no están totalmente liberados de contrastarse con otros elementos de prueba que se practiquen; excluye también de ese favor de veracidad las declaraciones que se ofrezca el declarante en materias de naturaleza indisponible.

En el caso de la prueba documental, en la que antaño varios tipos de documentos tenían el valor de prueba plena, el legislador del Código dispone que el juez debe valorar los documentos y libros conforme a los principios de la sana crítica, pero debe tener en cuenta en su valoración el "rigor y la formalidad" que revistieron a la constitución del documento, en especial los autorizados bajo la fe pública notarial, así como los elementos sustantivos que determinan la veracidad de su contenido (art. 348).

Las pruebas periciales son valoradas conforme a las reglas de la sana crítica y, para lograr que dicho medio de prueba pueda someterse a una real contradicción y que el juez pueda pertrecharse de las herramientas valorativas necesarias, se introdujo la figura del "auxiliar pericial", que puede acompañar a la parte en el examen de los peritos, con facultades para interrogarlos de forma directa (art. 361.2). Los auxiliares periciales pueden ayudar a desmitificar la prueba pericial, que, a pesar de estar inserta en el catálogo de medios de libre valoración, la ausencia de conocimientos especializados en los intervinientes (juez y partes), las convierten en la práctica en una prueba tasada, pues lo dicho por el experto se torna en verdades incontratables.

La prueba de testigos se valora conforme a las reglas de la lógica, y se tienen en cuenta las razones de conocimiento que brinda el testigo sobre la fuente de la información que brinda. Un elemento importante en la valoración de este medio de prueba es la previsión

que hace el Código de que los jueces deben evitar que, por simples testimonios, a menos que su veracidad sea evidente, queden resueltos asuntos en los que, de ordinario, intervienen escrituras públicas u otros documentos sujetos a formalidades legales específicas (art. 398.2).

Los parámetros valorativos antes relatados se complementan con las facultades de oficio —que en materia probatoria ya analizamos— que le ofrecen una relativa autonomía al juez para incorporar medios probatorios que le posibiliten, en unos casos, un mayor esclarecimiento sobre los hechos controvertidos y, en otros asuntos —los de tutela privilegiada—, indagar aun más para lograr convicción sobre los hechos.

5. El papel que desempeñan los medios de impugnación en el entramado probatorio

Por regla general la casación y la revisión (ambos considerados medios de impugnación en el nuevo Código), el primero como recurso y el segundo como proceso, tienen reducidas las facultades del juez de control a determinados aspectos muy concretos, relativos a violaciones de las normas sustantivas o quebrantamientos procesales muy específicos. En el caso de la revisión, por su naturaleza destructiva de la cosa juzgada, se amparaba en motivos muy excepcionales.

En el nuevo Código, tanto la casación como la revisión, ampliaron su ámbito de conocimiento. En el caso de la casación, el juez de control está facultado para revisar los aspectos probatorios de la sentencia de la instancia, y adoptar una nueva decisión, si considera que se realizó una valoración arbitraria o irracional de las pruebas (art. 432.b). Como se observa, se produce un cambio sustancial en el control de la prueba, antes limitado a los casos en que el tribunal de instancia no le concedía a un medio de prueba específico el valor que la ley le otorga (prueba legal). En el nuevo escenario, en que todas las pruebas están sometidas a la libre valoración del juez, se amplía el control del tribunal superior, quien puede cuestionar los juicios ponderativos realizados por el juez de la sentencia originaria.

Este modelo casacional se relaciona con las exigencias que se establecen para la redacción de las sentencias que ponen fin a la instancia, en las que el juez está en la obligación de consignar, de forma razonada, la valoración de las pruebas que sustentan la decisión, "de acuerdo con los estándares" que están establecidos en el Código; lo que parece indicar que está referido a los criterios de valoración que el legislador colocó para cada medio de prueba en específico (art. 157.f). Hay que recordar, con Ferrer, que la obligación de motivar las decisiones judiciales, constituye uno de los elementos que permite dotar del alcance debido al derecho a la prueba, toda vez que el ciudadano tiene el derecho a obtener una decisión suficiente y expresamente justificada[29].

[29] Jordi Ferrer Beltrán, *Motivación y racionalidad de la prueba* (Lima: Editora Jurídica Grijley, 2017), 56.

El maestro Taruffo describe, de manera inigualable, la singular importancia que reviste la motivación de las sentencias en el campo probatorio, cuando asevera:

> "Motivar los hechos significa explicitar, con la forma de una argumentación justificativa, el razonamiento que permite atribuir una eficacia determinada a cada medio de prueba y que, sobre esta base, fundamenta la elección a favor de la hipótesis sobre el hecho de que, con las pruebas disponibles, tiene un grado de confirmación lógica más elevado. Esto supone que la motivación debe dar cuenta de los datos empíricos asumidos como elementos de prueba, de las inferencias que partiendo de ellos se han formulado y de los criterios utilizados para extraer sus conclusiones probatorias; del mismo modo, la motivación debe dar cuenta también de los criterios con los que se justifica la valoración conjunta de los distintos elementos de prueba, así como de las razones que fundamentan la elección final para que la hipótesis sobre el hecho esté justificada"[30].

Así concebida, la motivación obliga al juez a justificar sus propias elecciones y hace posible un juicio posterior sobre ellas, en el proceso y fuera del proceso.

En este ámbito existen otros motivos, tanto en la casación como en la revisión, que se insertan en lo que Laudan denomina "valores extra-epistémicos", que tienen que ver con la violación de garantías del debido proceso, que obligan a revocar la sentencia que se dictó en un asunto, si se detectan tales violaciones. En estos casos se prioriza el cumplimiento de las garantías que la Constitución y la ley concedieron a las partes, sobre una posible "verdad" obtenida en el proceso, que es la razón que justifica la denominación del epistemólogo estadounidense, en que el aspecto cognoscitivo debe ceder ante las violaciones a los derechos fundamentales. La casación (art. 432.a) y la revisión (art. 442.2) permiten que se pueda revocar una sentencia, si se demuestra que se quebrantaron las garantías esenciales del debido proceso constitucional.

De todo lo dicho es posible colegir que en el nuevo modelo probatorio cubano la búsqueda de la verdad, como fin epistemológico, deambula por los corredores de todos los tipos procesales, aunque en unos con mayor intensidad que en otros.

6. Conclusiones

El próximo mes de julio (2021) se somete a debate parlamentario el Código de procesos, que sustituirá la vigente Ley de procedimiento civil, administrativo, laboral y económico, que ha regido en Cuba durante casi medio siglo.

[30] Taruffo, *La prueba de los hechos*, 436.

Ante el inmovilismo legislativo cubano en el ámbito procesal, el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo adoptó decisiones (instrucciones), que cambiaron la forma de actuar de los jueces en los procesos civiles y de familia.

La nueva ley que se aprobará en julio regula la forma de proceder para la tramitación de los asuntos civiles, de familia, mercantiles y del trabajo y la seguridad social. Este nuevo cuerpo normativo establece fórmulas comunes para estas modalidades procesales, pero incorpora previsiones específicas para los asuntos de familia y del trabajo, a partir de la tutela privilegiada que ellos requieren.

El Código de procesos elimina la regla de prueba tasada y regula la libre valoración como método universal para todos los medios de prueba, pero incorpora determinadas reglas de valoración a cada uno de los medios, para orientar la labor valorativa del tribunal a la hora de ponderarlos.

Se concibe un juez activo, con amplias facultades en el ámbito probatorio, que puede utilizar el régimen de pruebas dinámicas en los casos de desbalance entre las partes, en los que el demandante está imposibilitado de cumplir cabalmente con la carga de la prueba que la ley el atribuye y el demandado está en mejores posibilidades reales de poderlo asumir.

La nueva ley postula como objetivo de la prueba la obtención de la "certeza" sobre los hechos y le confiere al juez facultades para incorporar pruebas de oficio. La facultad judicial de incorporar medios de prueba se modula en dependencia de la naturaleza de los asuntos; así, en los procesos civiles y mercantiles, el juez tiene un propósito epistemológico de mero esclarecimiento sobre los "hechos controvertidos", o sea, sobre las afirmaciones realizadas por las partes, con primacía del principio dispositivo. En los procesos de familia, y los del trabajo y la seguridad social, el juez amplía su visión cognoscitiva, con el objetivo de lograr una plena convicción sobre los "hechos", por lo que priman reglas propias del principio inquisitivo de enjuiciamiento.

El modelo probatorio del nuevo Código, dada la convivencia en un mismo cuerpo normativo de tipos procesales distintos, diseña fórmulas tendientes a diferenciar los estándares probatorio en los procesos de tutela privilegiada, en los que eleva el umbral cognoscitivo, con relación a los procesos civiles y mercantiles.

Bibliografía

Álvarez Tabío, Fernando. "El juez activo en el proceso civil". En *Paradigma del Derecho en Cuba*, 9-47. La Habana: Tribunal Supremo Popular, 2011.

Mantecón Ramos, Arial. *Tutela ordinaria del derecho a la prueba en el proceso civil*. La Habana: Ediciones ONBC, 2010.

Barberio, Sergio José. "Cargas probatorias dinámicas. ¿Qué debe probar el que no puede probar", En *Cargas probatorias dinámicas,* 99-107. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004.

Benfeld. Johan S. "Consideraciones metaepistemológicas sobre el derecho probatorio. El caso 'Kronos' como modelo de las particularidades de la prueba judicial en materia de tutela laboral". https://www.catedradeculturajuridica.com/biblioteca/items/1568_A/Johan_S._Benfeld_Escobar.pdf

Damaška, Mirjan R. *El derecho probatorio a la deriva*. Madrid: Marcial Pons, 2015.

Devis Echandía, Hernando. *Compendio de la prueba judicial*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2000.

Ferrer Beltrán, Jordi. "La valoración de la prueba". En *Estudios sobre la prueba*. México: UNAM, 2006.

Ferrer Beltrán, Jordi. *Motivación y racionalidad de la prueba*. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2017.

González Lagier, Daniel. "Argumentación y prueba judicial". En *Estudios sobre la prueba*. México: UNAM, 2006.

Grillo Longoria, Rafael. *Derecho Procesal Civil II. Proceso de Conocimiento y Proceso de Ejecución*. La Habana: Editorial Pueblo y Educación, 1986.

Laudan, Larry. "Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar". *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 28 (2005): 95-113. https://doxa.ua.es/article/view/2005-n28-por-que-un-estandar-de-prueba-subjetivo-y-ambiguo-no-es-un-estandar.

Larroucau Torres, Jorge. "Hacia un estándar de prueba civil". *Revista Chilena de Derecho*, vol. 39, nº 3 (2012): 783-808.

Mendoza Díaz, Juan. "Un acercamiento al Proceso Civil cubano". En *Panorama del Derecho Procesal hispanocubano,* 93-132. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.

Mendoza Díaz, Juan. "Actitudes que puede adoptar el demandado en el proceso ordinario". En *Derecho Procesal Civil*, 83-109. La Habana: Editorial Félix Varela, 2016.

Mendoza Díaz, Juan y Hierro Sánchez, Luis Alberto "La reforma del proceso civil cubano: una labor judicial". En *Sendas de la reforma de la justicia a principios del siglo XXI*, 227-254. Madrid: Marcial Pons, 2018.

Montero Aroca, Juan. *Los Principios Políticos en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001.

Montero Aroca, Juan. *La prueba en el proceso civil*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2005.

Montero Aroca, Juan. "Proceso civil e ideología. Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos". *Revista Ius et Praxis*, vol. 12, nº 1 (2006).

Morello, Augusto Mario. *La prueba: tendencias modernas*. La Plata: Librería Editora Platense, 1991.

Parra Quijano, Jairo. *Racionalidad e ideología en las pruebas de oficio*. Bogotá: Temis, 2004.

Picó i Junoy, Joan. *El juez y la prueba*. Barcelona: Bosch Editor, 2007.

Peyrano, Jorge W., "Nuevos lineamientos de las cargas probatorias dinámicas". En J. W. Peyrano. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004.

Ramírez Carvajal, Diana. "Perspectivas de las reformas procesales en Colombia". En *Sendas de la Reforma de la Justicia a principios del Siglo XXI*, coordinado por E. Oteiza. Madrid: Marcial Pons, 2018.

Rosenberg, Leo. *La carga de la prueba*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1958.

Taruffo, Michele. *La prueba de los hechos*. Madrid: Editorial Trotta, 2002.

Taruffo, Michele. "La prueba científica en el proceso civil". En *Estudios sobre la prueba,* 135-186. México: UNAM, 2006.

Taruffo, Michele. "Conocimiento científico y estándares de prueba judicial". *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nº 114 (2005): 1285-1312. https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/3863/4840.

Treúshnikov, M. *Derecho Procesal Civil*; Moscú: Editorial Progreso, 1989.

CAPÍTULO XVII

Carga y estándares de prueba

Rodolfo Pérez Vásquez

1. Introducción

Desde hace muchos años se vienen desarrollando estas dos grandes figuras, como son la carga y el estándar de pruebas, las cuales tuvieron sus inicios en un contexto histórico en el que la práctica probatoria de los juicios divinos o de las ordalías daban lugar al surgimiento de un sistema de valoración distinto, que más tarde se instituye como la tarifa legal.

Muchas corrientes doctrinarias han puesto su atención en el análisis y desarrollo de estas instituciones con enfoques diferenciales, concibiendo algunos su aceptación, mientras que otros juristas se han inclinado por considerar su inutilidad y ausencia de vigencia. En esta ponencia, contemplaré el pensamiento de uno de los más grandes procesalistas de los últimos tiempos, el maestro Michele Taruffo, quién ha tomado un sitial en esos lugares consagrados para los más grandes, como son los escenarios académicos, convertidos en los templos para los debates, y discutiré sobre los diferentes temas procesales, probatorios, filosóficos, epistemológicos, entre otros, en particular el que alude el título de esta ponencia, en el marco del seminario internacional Michele Taruffo, un jurista del futuro, como un homenaje a su vida y obra.

Con la satisfacción y agradecimientos a la doctora Diana Ramírez Carvajal, por la invitación a participar en este gran homenaje, podré compartir las ideas, criterios, juicios y perspectivas del homenajeado, en torno a la carga y estándares de prueba.

2. Breves reseñas a la carga de la prueba

Desde hace muchos años se viene hablando sobre el proceso judicial; sobre su finalidad, es abundante la literatura, de la cual no haré un estudio profundo, por lo que me limitaré a precisar únicamente las dos posturas que mayormente ha convocado a constantes debates académicos: la que considera que el fin del proceso es resolver el conflicto y la que se inclina

por defender que el fin del proceso es establecer la verdad. Siendo cierto que estas no son las únicas tesis que se han referido al tema, abordamos estas dos para revisar si, desde los principios y fundamentos que sirven de base para la concepción de cada una, se justifica la regla de la carga de la prueba.

Creemos, aun con temor a equívocos, que la corriente que se inclina por defender que la finalidad del proceso es resolver el conflicto, percibe la idea de buscar en el proceso la protección y defensa de los intereses particulares que tiene en juego, comporta la necesidad de cada una de las partes de demostrar los hechos que alegan para obtener una decisión judicial acorde a sus aspiraciones, es decir —si se trata del actor— probar los hechos que sustentan sus pretensiones en procura de obtener el éxito o, tratándose del demandado, demostrar los hechos de sus excepciones, deseando del mismo modo una solución favorable.

Taruffo critica las teorías según las cuales el proceso no es más que un método para la resolución de las controversias, de las que puede concluirse que la verdad de los hechos no se constituye como un objetivo del proceso, que una decisión es eficaz en el sentido de poner fin a la controversia, así no esté fundada en un acercamiento veraz a los hechos de la causa. El autor contraargumenta planteando que, si fuese posible sostener que si bien el proceso se orienta a la resolución de las controversias, los principios de legalidad y de justicia demandan que las controversias sean resueltas con decisiones justas. Una condición para la justicia de la decisión la constituye la verificación de la verdad de los hechos, de modo que ninguna decisión puede considerarse justa si aplica normas a hechos que no son ciertos o que han sido considerados de forma errónea.[1]

En la defensa de sus intereses individuales, algunos ordenamientos jurídicos, han establecido la regla de la carga de la prueba para que todo el que formule hechos lleve en sus hombros la imposición de demostrarlos. Al respecto el Código general del proceso colombiano trae la carga de la prueba en su artículo 167, en los siguientes términos "Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen"[2]

Este ordenamiento jurídico siguió la línea del precedente Código de procedimiento Civil, que consagró, en su artículo 177, esta figura en los mismos términos. La regla aquí prevista, determina que las partes deben proporcionar las pruebas para su disponibilidad en el proceso y acreditar los hechos que ponen en conocimiento del juez.

Darle prevalencia a la regla de la carga de la prueba, sobre las otras posibles reglas —e, incluso, reconociéndoles un carácter excluyente— devela que la ideología de esos

---

1 Michele Taruffo, *Teoría de la Prueba* (Perú: Ara Editores, 2012), 272.

2 Miguel E. Rojas Gómez, *Código General del Proceso* (Bogotá: Esaju, 2012), 249.

ordenamientos jurídicos es regular el comportamiento de las partes alrededor de los intereses que defienden. Si bien es cierto, en la dinámica del proceso, la decisión judicial se pronuncia y delibera sobre el problema jurídico, lo que en un buen sentido podría justificar el interés de los sujetos procesales en probar los hechos que aducen, no por ello ha de admitirse que el proceso busca la protección de los intereses particulares.

Taruffo[3], desde hace algún tiempo, viene contribuyendo al fortalecimiento de la literatura jurídica en muchos aspectos del conocimiento, sus posiciones son claras, firmes y nutridas de razones, de ahí que:

> sostiene, citando a Gavazzi, que sigue siendo preferible que la carga de la prueba también está dirigida a la realización de los intereses públicos.
>
> […] De hecho debe considerase que toda la disciplina del proceso no tiene por finalidad proteger esencialmente los intereses individuales y privados en los propósitos efectivos a garantizar una las partes, sino que está orientada al menos en las intenciones y en los propósitos efectivos a garantizar una correcta administración de la justicia civil. Entre estos objetivos prevalece aquel que consiste en garantizar que la decisión final se sustenten una aplicación correcta del derecho sustantivo a los hechos del caso específico, lo que implica que estos hechos deben, por cierto, determinarse sobre la base de las pruebas disponibles. Por tanto, se puede decir, que la carga de la prueba, mas allá de las formas individualistas en las que usualmente se regula y describe, desempeña una función epistémica fundamental, dirigida a garantizar que la decisión final se base en una determinación verdadera de los hechos principales de la causa. Sin embargo, la función publicista fundamental de la carga de la prueba consiste especialmente en establecer un criterio según el cual el juez deberá alcanzar la decisión final incluso en ausencia de pruebas de tales hechos.

Justifica esta cita el aventurado propósito para señalar de estas reflexiones consignadas en la introducción de la obra referenciada, varios aspectos en que el profesor Taruffo define sus posiciones. Comienzo por decir que cuestiona lo que la doctrina denomina la carga subjetiva de la prueba, al estimar que la regla apunta a la procedencia necesaria de la prueba, ya que indicaría cuales son las pruebas y cuáles serían los hechos que recaerían en el actor y cuáles serían las pruebas y hechos que recaerán en la parte demandada. Este enfoque, dinamiza al proceso con una finalidad privatista.

Basándose en el principio de adquisición de la prueba, se da apertura a una percepción diferente de la carga de la prueba, por cuanto permite que si una prueba resulta relevante para la acreditación de uno o varios hechos, esta puede y debe ser tomada en cuenta por

[3] Jordi Nieva Fenoll, Jordi Ferrer Beltrán y Leandro J. Giannini, Contra la Carga de la Prueba (Madrid: Marcial Pons, 2019), 15-16.

el juez independientemente de su origen, es decir que, para este jurista, la prueba debe ser aceptada sin tener en cuenta cómo llegó al proceso, si fue por la parte que tenía la carga de la prueba o por la otra parte, incluso por un tercero o por decreto oficioso del juez. Sin lugar a duda, esta reflexión se direcciona más a establecer la prevalencia del establecimiento de los hechos, su mirada es hacia los hechos y no hacia los sujetos partes.

Esta visión distinta de recibir y aceptar las pruebas hace que la carga de la prueba transite de una carga subjetiva hacia una carga objetiva. De esta forma, no solo se garantiza la finalidad de proteger los intereses privados e individuales, sino también que garantiza una correcta administración de justicia. Precisamente, por este último propósito de garantía, surgió la necesidad de repensar sobre la carga de la prueba, que tradicionalmente la doctrina y muchos ordenamientos jurídicos la soportaban en la carga subjetiva.

El autor argumenta que este enfoque de suponer que el principal propósito del litigio civil es resolver disputas por medio de decisiones que aplican correctamente las provisiones legales relevantes a los hechos concretos e igualmente relevantes del caso particular.

Por otro lado, para Taruffo, es importante el tema del derecho sustancial, la norma que lo regula y la relación que tienen con los hechos, por cuanto la decisión final o sentencia debe fundamentarse en la aplicación correcta del derecho sustantivo al caso específico. Bien sabemos que el derecho sustantivo, como conjunto de reglas que dan seguridad a los derechos subjetivos de las personas, requiere de una correcta aplicación, lo que supone una adecuada selección de la regla, una adecuada interpretación y el cuidado que se ha de tener, al articular ese derecho sustantivo con los hechos del caso, los cuales deben determinarse con las pruebas disponibles. Una decisión justa es el propósito final del litigio civil, sigue aseverando, pero una ponderación fidedigna de los hechos del caso es un requisito para una decisión justa y, por lo tanto, deviene un valor instrumental, pero esencial[4].

Finalmente, se destaca la visión epistémica con que Taruffo califica la trascendencia de la carga de la prueba; descubre que esta no debe limitarse a la forma individualista con que tradicionalmente ha venido desarrollándose, sino que se trata de una institución jurídica que encierra un componente mucho más profundo, pues desempeña una función epistémica, a través de la cuál, en la disciplina del proceso, se busca la demostración o establecimiento de los hechos, como propósito para la correcta administración de justicia y fundamentar la verdad.

Creemos que Taruffo no descarta totalmente la carga de la prueba: es claro al afirmar que la finalidad del proceso no debe restringirse a la defensa de los intereses individuales o a la concepción del proceso de manera privatista, lo cual sí justificaría la carga de la prueba subjetiva. Pero se debe tener en cuenta que esta no es la única finalidad, también está la

[4] Michele Taruffo, *La prueba, artículos y conferencias* (Santiago de Chile: Editorial Metropolitana), 76.

búsqueda de la verdad y la correcta administración de justicia, que requieren de una finalidad que les permita cumplir con sus propósitos, como es la publicista que, inspirada en el principio de adquisición de la prueba, da crédito a la relevancia de la prueba para el establecimiento de los hechos, sin la limitación, de la práctica de la prueba, solo por el sujeto en quién recae la carga de probar. Por el contrario, este principio valora que lo importante es que el proceso disponga de las pruebas relevantes, sin consideración al sujeto.

Para cumplir con esta postura, no necesariamente se debe entender que la carga de la prueba sea inconveniente o innecesaria, porque a través de ella también se pueden establecer los hechos, además se liga con el derecho a la prueba y a defender sus intereses, acreditando los hechos.

Lo que resulta inadmisible es desconocer la existencia de otras reglas que ofrecen mayores fundamentos para el cumplimiento de las finalidades del proceso o, reconociéndolas, no se les da la prevalencia o lugar que le corresponde. De esta forma, sostiene Taruffo que únicamente se puede hablar de carga de la prueba en sentido objetivo, ya que la carga solo encuentra aplicación en la decisión final y constituye *la regla de juicio* que el juez debe aplicar en esa decisión. Destaca que una regla sobre la carga de la prueba no sirve en absoluto si ella no es realmente necesaria para alcanzar el propósito de facilitar la presentación de todas las pruebas relevantes.

La postura básica de Taruffo es que la regla de la carga de la prueba no es suficiente para la aplicación de la correcta administración de justicia, en idéntico sentido para la búsqueda de la verdad de los hechos, razón por la cual se busca la aplicación de otras reglas que permitan que la demostración de los hechos no quede limitada exclusivamente a las partes que lo aducen en el proceso, por su naturaleza publicista que motiva no solo a decidir sobre los intereses debatidos en el litigio, sino para que esta decisión sea justa.

Otros procesalistas y probatoristas, especialmente contemporáneos como Jordi Nieva Fenol, Jordi Ferrer Beltrán y Leandro J Giannini, se dieron a la tarea de investigar sobre la carga de la prueba, dando como resultado, entre otros, la obra editada por Marcial Pons, que denominaron *Contra la carga de la Prueba*. En esta obra es clara la posición de los autores para cuestionar la regla de la carga de la prueba, en particular Jordi Nieva Fenol, que considera la carga de la prueba una reliquia histórica que debe ser abolida. Este autor hace un análisis histórico a la carga de la prueba, partiendo de la edad media, en la cual, según dice, se construyó la noción de *onus probandi*, que tomó de la experiencia que venía del derecho romano.

El *onus probandi* determinó que cada parte tenia la carga para demostrar los hechos que aducía en el proceso. Esto se fundamentaba en la necesidad de obtener un resultado favorable a sus intereses u obtener el reconocimiento a su derecho e interés mediante la decisión judicial. Para lograr este objetivo, se tenía la carga de demostrar el establecimiento de los hechos, de lo contrario, no se alcanzaba el éxito esperado. Esta manera de concebir la metodología

del proceso dio lugar a que los ordenamientos jurídicos prescribieran como regla la carga de la prueba.

Para Jordi Nieva, el *onus probandi medieval* condujo más adelante a constituir, la llamada carga subjetiva de la prueba, estableciendo que el demandante debe probar los hechos constitutivos de su pretensión y el demandado debe procurar por establecer los hechos que sean impeditivos, extintivos y excluyentes de dicha pretensión, es decir, para demostrar sus excepciones como medio defensivo en la confrontación del litigio.

Si bien es cierto, la regla de la carga de la prueba se consolidó en la edad media y sirvió como orientaciones para la adquisición de las pruebas en el proceso judicial, los ordenamientos jurídicos afianzaron la regla de la carga de la prueba, su justificación histórica se soportaba en que, en ese momento, era elegido por el sistema de valoración de la tarifa legal. Mas adelante nuevos estudios, repensaron sobre la efectividad de la regla de la carga de la prueba, dando como resultado para algunos doctrinantes que dicha regla no era suficiente, ni producía la efectividad requerida. De ahí que Jordi Nieva manifieste:

> Que la doctrina posterior consiente de lo injusto de la regla entendida de manera estricta dibujó diferentes formas de suavizarla. Arrancó con Bentham (1823, p163) con una antigua idea medieval que rescata en su reconocido libro sobre la materia, y que establece lo que debe tener la carga —siempre subjetiva— de la prueba la parte a la que le resulte más fácil probar un hecho, es decir, lo que la doctrina llamó *facilidad probatoria* o en Italia *vicinanza probatoria* (Besso-Marcheis, 2015, p 93). Esta idea de la prueba obviamente alteraba el original y estricto reparto[5].

Estas investigaciones descubrieron las debilidades presentadas por la regla de la carga de la prueba, llevándolo a concebir otra perspectiva de la carga subjetiva de la prueba, en el sentido de que esa carga no recaiga siempre en la parte que formula los hechos para fundamentar sus pretensiones, en el caso del actor o, para fundamentar las excepciones, en el caso de el demandado. De esta forma surgió lo que la jurisprudencia colombiana denominó, *la Carga Dinámica de la Prueba,* que posteriormente el ordenamiento jurídico la contempló en el artículo 167, inciso 2, al disponer que según las particularidades del caso, el juez podrá de oficio, o a petición de parte, distribuir la carga al decretar las pruebas, durante su practica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación mas favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos.[6]

---

5 Jordi Nieva-Fenol, "Carga de la Prueba y Estándares de Prueba: Dos reminiscencias del pasado", *Estudios de Derecho*, vol. 77, nº 170, (2020): 122.

6 Código General del Proceso, Ley 1564 de Julio 12 de 2012, Universidad Libre seccional Cúcuta, cuarta edición 2015, p 163, artículo 167.

La flexibilización de la regla de la carga de la prueba, condujo a una nueva óptica, o entendimiento de la carga subjetiva de la prueba, al considerar que ya no necesariamente le corresponde a la parte que alega el hecho propender por su práctica para el establecimiento de los mismos, sino que, con esta nueva perspectiva, la carga subjetiva de la prueba permite que la parte que se considera en mejor posición para probar el hecho soporta la carga de su establecimiento.

Entiéndase que una parte está en mejor posición para probar el hecho cuando tiene una mejor cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por las circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentra la contraparte entre otras circunstancias similares. Estos motivos, que sirven de base a la regla que determina la distribución de la carga de prueba, fueron tenidos en cuenta en el citado artículo 167.

A pesar de que el surgimiento de la regla que consagra *la facilidad probatoria, la vicinanza probatoria* o la llamada *carga dinámica de la prueba,* pudo constituir de cierta forma un avance o evolución para la adquisición de la prueba en el proceso, no fue tampoco suficiente para la efectividad que se requiere, razón por la cual comparto lo manifestado por Jordi Nieva, cuando afirma que la *facilidad probatoria,* fue designada con un nombre más atractivo para algunos observadores, pero que, en todo caso, se sigue hablando de lo mismo, es decir, de la carga subjetiva y de sus matizaciones.

3. Carga de la prueba y verdad

Habiendo señalado precedentemente algunas consideraciones sobre la carga de la prueba, en donde se estimó que sus primeras acepciones se conocieron con la denominación de *onus probandi,* originados de la cultura romana que, como regla dispuso que cada parte le correspondía probar lo que manifestaba acerca de los hechos. Siendo la verdad un elemento de la metodología del proceso, también ha suscitado profundas investigaciones, que van desde la importancia que tienen en los procesos al considerarse que esta cumple una de las finalidades, aunque, por el otro lado, se niegue que la verdad no puede constituir un fin del proceso.

Para Taruffo, la verdad de los hechos sí es necesaria en sí misma porque una decisión adoptada sobre una versión falsa de los hechos no puede considerarse justa, porque la determinación verdadera de los hechos constituye a su vez una premisa necesaria para la aplicación correcta de la ley que regula el caso concreto.

Para el tratadista italiano, la verdad de los hechos constituye el reflejo fiel de que esos hechos sucedieron en la realidad. De ahí, que sea de suma importancia que esta realidad

fáctica se encuentre debidamente acreditada para poder asegurar que la decisión sea justa, toda vez que no puede asegurarse esta justicia cuando la decisión se basa en una versión falsa de los hechos.

Si se pretende aplicar correctamente la ley al caso concreto, se debe tener la tranquilidad que los hechos no adolezcan de falsedades porque no habría una correcta aplicación de la ley sobre hechos incorrectos.

Para Taruffo, la justicia de la decisión no deriva exclusivamente de la corrección del procedimiento y no se agota en esta, sino que depende de que, en ella, concurran ciertas condiciones específicas, las cuales nutren de justicia la decisión. Estas condiciones las resume en tres: a) que la decisión sea el resultado de un proceso justo, pues difícilmente seria aceptable como justa una decisión producida en un proceso en el que hayan sido violadas las garantías fundamentales; b) que haya sido correctamente interpretada y aplicada la norma que ha sido asumida como criterio de decisión, ya que no puede apreciarse como justa una decisión que no haya sido proferida conforme a derecho y c) que la decisión se funde en una determinación verdadera de los hechos de la causa, ya que, como también se ha dicho, ninguna decisión resulta justa si se funda en hechos erróneos[7].

Diagnosticando el pensamiento Taruffiano acerca de la verdad y en relación con la decisión justa, resulta atractivo ver como la verdad se reconoce en la decisión cuando la realidad de los hechos se encuentra debidamente corroborados con los medios de convicción.

De las condiciones anotadas por Taruffo como determinantes para la decisión justa, podemos inferir, por un lado, que la norma que se acoge como criterio para la decisión se haya seleccionado de manera adecuada, es decir, que la norma escogida sea la que realmente regula el caso concreto, y no basta que haya una acertada selección de la norma, sino que, además, resulta imperativo una correcta interpretación a efecto de que el sentido que se deduce de su análisis se articule con los hechos que se van a subsumir. Con esta condición, en caso de no cumplirse de manera correcta, sería imposible el nacimiento de una decisión justa. Por otro lado, la tercera de las condiciones referenciadas direcciona claramente la necesidad de determinar la verdad de los hechos de la causa. Para este propósito, emerge como apropiado el establecimiento verdadero de los hechos, que se logra con los medios de convicción.

La verdad de los hechos se obtiene mediante las pruebas, pero, si la adquisición procesal de las pruebas se limita a que las partes prueben los hechos que le corresponden, el establecimiento de la verdad peligra ante las circunstancias de que las partes no lograron acreditar los hechos por ellos alegados. Bajo este análisis, la carga de la prueba podría resul-

[7] Michele Taruffo, *Simplemente la Verdad: el juez y la construcción de los hechos* (Madrid: Marcial Pons, 2010), 135-136.

tar no efectiva para el establecimiento de la verdad, aun en aquellos casos en que se adopten la llamada carga dinámica de la prueba. En un sistema de libre valoración de la prueba no debe operar con sentido prevalente la regla de la carga de la prueba, por el contrario, esta requiere de unas reglas que posibiliten la maximización probatoria con la guía directa hacia los hechos y la investigación que de los mismo deban realizarse, independientemente del sujeto que provea esas pruebas.

Con respecto a la verdad, la doctrina ha señalado la existencia de dos tipos de verdades: material y procesal. Para Jordi Ferrer, la verdad material es la que se halla fuera del proceso judicial, pues considera que no está claro cuales son las condiciones de verdad, en ese sentido, en las que estaban pensando los teóricos que propusieron la distinción, pero les resulta plausible sostener que la verdad material de un enunciado depende de su correspondencia con el mundo: de la ocurrencia de los hechos cuya existencia se afirma o de la no ocurrencia de los hechos cuya existencia se niegue. Esta es precisamente la verdad que se cree inalcanzable, al menos en muchas ocasiones, en el proceso judicial[8].

Concibe Ferrer la verdad material como correspondencia, es decir que, para determinar la verdad de un enunciado, se debe verificar que los hechos de los cuales se está afirmando que sucedieron realmente se encuentran correspondidos con su ocurrencia. Por el contrario, si se niega la ocurrencia de unos hechos para que el enunciado negativo sea verdadero, debe haber una correspondencia de lo que se negó con su no suceso[9].

La verdad formal, para Ferrer, es aquella que se obtiene en el proceso, como resultado de la actividad probatoria. Dicha verdad formal puede coincidir o no con la verdad material.

Cuando un juez en la sentencia emite declaración de encontrar los hechos probados, esta declaración deviene verdadera en sentido formal y, una vez la sentencia adquiera firmeza, se instituye o se consagra como la única verdad, aunque no haya existido una correspondencia desde el punto de vista material.

Michele Taruffo señala que, en ocasiones, solemos hacer distinciones inútiles de las cuales uno se podría liberar rápidamente. Dentro de las distinciones inútiles a las que se refiere señala las que establecen los dos tipos de verdades tanto material —denominada por él como real— y la formal o procesal.

Justificar la distinción en que la verdad material se encuentra fuera del proceso y la formal se determina en el contexto del proceso carecería de fundamento, de ahí que Taruffo señala que, si alguien pensará que fuera del proceso se establecen verdades absolutas que en

---

8 Jordi Ferrer Beltrán, *Prueba y Verdad en el Derecho* (Madrid: Marcial Pons, 2005), 61-62.

9 Jordi Ferrer Beltrán, *Prueba y Verdad en el Derecho* (Madrid: Marcial Pons, 2005), 62.

el proceso no resultarían cognoscibles, es tanto como decir que, en el contexto del proceso, la verdad material o real no sería alcanzable.

Finalmente, Taruffo concluye que no existen varias especies de verdad[10] según si nos encontramos en el marco de un proceso o fuera de él. La verdad de los enunciados sobre los hechos del caso depende de la realidad de estos hechos y ello ocurre tanto en el proceso como fuera de él. Compartimos esta postura, porque, si unos eventuales hechos enunciados realmente no sucedieron, entonces tales hechos son inexistentes y la categoría gramatical que compone el enunciado no va a encontrar prueba alguna que lo evidencie. Esto quiere decir que es inadmisible la percepción de que un hecho inexistente haya resultado probado.

Muy distinto es señalar, que unos enunciados de hechos que realmente sucedieron, pero que la actividad probatoria de las partes, incluso la iniciativa oficiosa del juez, no estableció su ocurrencia. No son pues razones suficientes para determinar el origen de una especie de verdad lo que ocurre es que, como lo señala Taruffo, en el contexto del proceso simplemente no se probó la verdad y la decisión que ha de tomar el juez la fundamenta en la convicción a que ha llegado a través de las pruebas reportadas al proceso.

4. Estándares de prueba

En muchas culturas jurídicas se implementó como sistema de valoración, la libre valoración de la prueba, conforme a la cual los juzgadores, una vez agotadas las practicas de la prueba —tratándose de pruebas testimoniales— escuchado las declaraciones, revisado las documentales y demás medios existentes, se formaban la creencia acerca de la existencia o no de los hechos, quedando su convicción bajo su mera creencia de que efectivamente las pruebas le han suministrado los elementos de juicio para decidir de una u otra manera.

Esa creencia de alguna manera reflejaba cierto grado de subjetividad en el juez, lo que podría poner en riesgo el debido proceso en razón a que si en un proceso penal el acusado terminaba condenado por la valoración de las pruebas que hizo el juez, mediante el cual manifiesta haber quedado persuadido, sin que la parte afectada cuente con algunos criterios objetivos para cuestionar que esa persuasión no ha surgido de un peso probatorio suficiente para asumir una decisión de condena, como estas situaciones surgió la necesidad de establecer un umbral que permita determinar el grado mínimo que se necesita para tener por probado un determinado hecho. Este umbral constituye en cierta forma un referente para que los jueces lo apliquen, para lograr la respectiva persuasión.

Esta necesidad llevó a la doctrina a desarrollar los estándares de prueba como un referente objetivo para que los jueces tengan en cuenta ese grado mínimo requerido para

[10] Taruffo, *Simplemente la Verdad*, 101.

fundamentar su decisión. No se trata de establecer los umbrales como una mera facultad de los jueces, sino como un deber que en su cumplimiento permitan el control de su persuasión.

Carmen Vásquez, respecto a los estándares de prueba resalta dos cuestiones, la primera, que no se trata de una especie de regreso a la regla de prueba pasada, porque los estándares de prueba suelen plantearse principalmente en la valoración del conjunto de pruebas, para tomar la decisión final; estos no afectan a elementos de prueba concretos, estableciendo su valor *a priori*, como sí lo hacen las reglas de prueba tasadas, y sustituyendo en gran medida los criterios del juzgador. La segunda, el estándar de prueba presupone una decisión de política pública sobre el beneficio de la duda que se pretende dar a cada una de las partes implicadas y, con ello, la distribución de errores entre las mismas que se busca conseguir en un proceso judicial.[11]

Según Terence Anderson, David Schum, William Twining, la distinción formulada por Gilbert entre grados objetivos de convicción y grados subjetivos de persuasión y creencia se refleja en el discurso ortodoxo acerca de los estándares de prueba. Así, el estándar de prueba civil se articula típicamente en términos aparentemente objetivos (balance de probabilidades, preponderancia de la prueba), mientras que el estándar penal se expresa casi universalmente en términos que refieren al estado mental de quien decide acerca de los hechos del caso (prueba más allá de toda duda razonable).

La doctrina ha tomado como escenario para la aplicación de los estándares de prueba, desde su inicio, la jurisdicción civil y la jurisdicción penal. Para los asuntos civiles, el estándar probatorio prescrito radica en el hecho de que, a quien adopta la decisión fundamentada en los hechos del caso, le corresponde determinar que el actor haya probado todos los elementos del *probandum* final, a través de lo que se conoce como el estándar de prueba preponderante, mientras que en los procesos penales el juzgador debe establecer que las evidencias demuestren los elementos constitutivos del delito, así como la culpabilidad del acusado bajo el estándar de prueba más allá de toda duda razonable[12].

Son diversos los criterios que en una u otra jurisdicción se siguen para que, al momento de tomar la decisión final, la persuasión se derive de una valoración racional de las pruebas, a través del libre convencimiento, con la discrecionalidad guiada por la ciencia, por las reglas de la experiencia, la lógica y el sentido común. Estos criterios delimitan que el libre convencimiento, no se ejerza de manera absoluta, evitando que la decisión no se soporte en un subjetivismo desbocado e incontrolable. Todo lo contrario, al razonar probatoriamente,

---

11 Carmen Vásquez, *Estándares de Pruebas y Prueba Científica* (Madrid: Marcial Pons, 2013), 14.

12 Anderson Terence, David Schum y William Twining, *Análisis de la Prueba* (Madrid: Marcial Pons), 298-299.

sobre la base de estos criterios, se logra que la decisión se exponga de manera objetiva, garantizando su control y revisión por los medios legales.

Taruffo, al referirse a los estándares de prueba, hace previamente unas consideraciones, a una de las finalidades del proceso, se inclina, y aprecia como la preferida, aquella que es pensada como un método para el descubrimiento de la verdad de los hechos de la causa. Desde esta concepción la prueba no resulta ser un mero instrumento retórico, sino epistémico, porque cumple la función de llevar información de los hechos de la causa. Ahora, como se ha dicho en otros apartes de este escrito, la decisión judicial no es justa, si se soporta en hechos que no son ciertos.

En cuanto a la valoración de la prueba, Taruffo sigue la perspectiva racionalista, defendiendo que esta no debe ser entendida como negación de la libertad y discrecionalidad para el libre convencimiento, sino todo lo contrario, se debe asumir que esa racionalidad encausa y canaliza la discrecionalidad hacia las reglas de la ciencia, de la lógica y de la argumentación racional, lo señala también de esta otra manera: que el principio del libre convencimiento ha liberado al juez de las reglas de la prueba, pero no lo ha desvinculado de las reglas de la razón.

La perspectiva racional, de por sí, constantemente está asumiendo retos. Uno de los grandes retos que debe afrontar es sobre los criterios a seguir para la valoración de la prueba y establecer cuando se da por entendido que determinado hecho, se encuentra probado.

Asume el problema como complejo, al revisar que la tendencia mayoritaria se inclina por difundir criterios diferentes para el proceso penal y para el proceso civil. Para este último, se presenta el criterio de la probabilidad prevalente, en el proceso penal el criterio típico es el de la prueba por encima de toda duda razonable. Estos criterios son distintos y cada uno busca configurar un umbral mínimo, que sirva de referente a la decisión.

La probabilidad prevalente, regularmente se aplica en los procesos civiles como criterios de racionalidad para la elección de la decisión del juez sobre los hechos de la causa. De ahí que el jurista italiano se refiere a la existencia de unas premisas que sirven de fundamentos al estándar de la probabilidad prevalente: a) que se concibe la decisión del juez sobre hechos como el resultado final de la elección frente a varias hipótesis posibles relativas a la reconstrucción de los hechos de la causa. Explica esta premisa diciendo que el problema de juicio de hecho puede, y debe, ser formulado como el problema de lección de una hipótesis entre diversas alternativas posibles; b) que las decisiones vengan guiadas por criterios de racionalidad. Con esta premisa, indica que, en la decisión, se emplee esquemas racionales, en lugar de su propio criterio; c) que se tenga como racional la elección de una hipótesis que aparece justificada en las pruebas con mayor o menor medida que otras. Esta premisa es razonada desde la concepción que en el proceso solo se puede hablar de verdad en sentido

relativo y contextualizando el juicio en las pruebas adquiridas, según el principio por el cual solo puede considerarse cierto aquello que ha sido probado; d) que se utilice no un concepto genérico de probabilidad, como uno de no certeza, sino un concepto especifico basado en grados de confirmación de la veracidad de los enunciados, sobre la base de los elementos de confirmación disponibles. Esta última premisa reclama que se asuma una perspectiva metodológica en orden al concepto de probabilidad, sin que esto implique la adopción de una teoría particular entre las muchas teorías que de la probabilidad se presentan.[13]

La necesidad de establecer unas premisas al estándar de la probabilidad prevalente es debido a que se presenta como criterios de racionalidad para las decisiones de los jueces, para garantizar la decisión más posible y racional. Los criterios de racionalidad deben soportarse en premisas o razones sólidas que erijan y justifiquen, valida y convincentemente, que la institución sobre la cual se aplica sea aceptada y puesta en práctica. Las anteriores premisas buscan encerrar una serie de razones que sirven de fundamento para creer y poner a operar este estándar de prueba como un criterio racional, para que la decisión del juez, al estimar los hechos de la causa, sea la más posible y racional. Sobre todo que el criterio racional que presenta el estándar de la probabilidad prevalente no excluye el derecho a quien disienta de la decisión a señalar por los medios legales, los errores o equivocaciones en que pudo incurrir el fallador. Todo lo contrario, ese deber que tienen los jueces para motivar las sentencias constituye una garantía para los justiciables, a través de la motivación de la sentencia se puede inferir si efectivamente el estándar de prueba se aplicó debidamente.

En cuanto al estándar de prueba más allá de cualquier duda razonable, podrían ser varias las situaciones problemáticas que se tendrían que resolver para apreciar las bondades que trae consigo, al presentarse con criterio de valoración de las pruebas que fundamenten la decisión.

Para mencionar algunos problemas, y sin que implique un orden de preferencia, figuran el que dicho criterio exige un nivel mas alto que el de la probabilidad prevalente, pero, ¿como se puede determinar ese nivel para explicar la exigencia de su altura? Otro, son las razones fundamentales por la cual un sistema penal debería adoptar este estándar. La doctrina ha propuesto varias razones para adoptar este criterio, las cuales se resumen en tres: a) la exigencia de un nivel más en el estándar de más allá de cualquier duda razonable, sobre el de la probabilidad prevalente obedece a que en el proceso penal están en juego las garantías del imputado y bienes valiosos como la libertad, por lo que, con este criterio, se aspira a que, en los procesos penales, las sentencias condenatorias en razonamientos dudosos o pocos probables, sino de certeza, o que no exista posibilidades de dudas acerca de la culpabilidad del enjuiciado.

---

13 Taruffo, *Teoría de la Prueba*, 276-277.

El estándar de la duda razonable obedece a un momento histórico de una antigua tradición, en donde su adopción tenía un criterio religioso, pues el alma de las personas tenía notable significado e importancia para la vida cristiana, por lo que, amén de la influencia que tenía la iglesia, se velaba porque en los procesos penales no se profirieran sentencias erradas, que podían terminar condenando a personas inocentes, lo que, para la teología, constituía un pecado que podía afectar el alma de los jurados. De esta manera, se le daba mas importancia al alma de los jurados que a la suerte que estaba corriendo el imputado, que siendo inocente había obtenido una sentencia condenatoria.

Esta situación fue determinante para que se pensara en unos criterios, que sirvieran de referentes a los jueces, para evitar condenas irracionales. Si el jurado incurría en error, por desconocer la existencia de dudas razonables, al terminar condenado el imputado, su salvación estaba en peligro, porque condenar a un inocente constituía un pecado según la iglesia en ese momento histórico.

b) La presunción de inocencia. Este criterio que se adopta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Penal, al estimar que bajo el paradigma que se establece en los artículos 7º, 372 y 381 de la ley 906 de 2.004, los medios probatorios han de llevar al conocimiento del juez, más allá de toda duda razonable, del aspecto objetivo del delito y la responsabilidad de los autores o partícipes —y aquí la juez de primer grado expuso abundante razones que la llevaron a la decisión de absolución en aplicación del principio de la resolución de duda en favor del procesado como el fundamento de la presunción de inocencia—.[14]

Para Taruffo, la presunción de inocencia no se necesita para ser superado un grado particularmente alto de prueba contraria, es decir, de la prueba de la culpabilidad. En ausencia de diversos criterios formulados por la norma, bien podría ser superada por la probabilidad prevalente del respectivo enunciado. Este considera que, la consagración en el ámbito constitucional de la presunción de inocencia, se explica por razones histórico políticas, por la reacción contra los regímenes totalitarios en los cuales correspondía al imputado aportar la prueba de su inocencia.

c) La adopción del criterio de la prueba mas allá de cualquier duda razonable corresponde a una exigencia moral y política según la cual una sentencia de condena debe ser admitida solo cuando haya certeza de culpabilidad del imputado, aunque esta exigencia no sea traducible en determinaciones analíticas del grado de prueba correspondiente.[15]

Comparto la idea de que la presunción de inocencia con base en razones histórico-política, fluye como una reacción a los regímenes autoritarios, solo bajo el entendido de que

---

14 Corte Suprema de Justicia, Sala Casación Penal, Sentencia SP880-2017, M.P. Eugenio Fernández Carrier.

15 Taruffo, *Teoría de la Prueba,* 282-283.

estas consideración provienen de esos ámbitos en que rigieron esta forma de gobierno, pero no es admisible frente a países que han adoptado el estándar, sin referencia a una particular motivación de un autoritarismo, sino en un enfoque constitucional, que privilegia la presunción de inocencia, como parece ser la experiencia colombiana.

5. Conclusión

Una de las mayores satisfacciones que como académico he podido recibir, ha sido la de contar con la confianza y cariño de la doctora Diana Ramírez Carvajal, en diversas ocasiones, pero, sobre todo, esta de elevarme, tal vez de manera inmerecida, la invitación a participar en el seminario internacional *Michele Taruffo, un jurista del futuro*, para disertar sobre sus pensamientos en la mesa que abordará la temática de la Carga y Estándares de prueba. Con la gentileza de la doctora Diana revivió en mi memoria los gratos recuerdos de aquellos momentos, en que en mi condición de discípulo en el doctorado en derecho Procesal Contemporáneo, en la ciudad de Medellín, pude conocer, tener de cerca y beber de la fuente de su sabiduría al homenajeado, con este acto académico. Es mucha la literatura escrita con su pluma, profundas investigaciones y disertaciones orales, que dan cuenta de su amplio conocimiento que lo llevó a ser considerado el mejor procesalista de la contemporaneidad.

De la multiplicidad de temas que investigó y dejó como legado, queda fortalecida la doctrina procesal, filosófica y epistémica, donde sus posturas, planteamientos, criterios y tesis sellan su inmortalidad. Al revisar sus investigaciones relacionadas con la carga y estándares de prueba, la primera impresión que me llevé fue la de acceder a algunas obras suyas que no conocía y, por ende, no hacían parte de mi humilde biblioteca, lo segundo, es la admiración que se siente con los mensajes profundos en su recorrido investigativo, al mismo tiempo su capacidad de redacción para hacer de sus obras un referente obligado de consulta.

En materia de la carga y los estándares de prueba, revisa lo que en el universo se ha escrito sobre ello, detallando las contemplaciones abordadas por las diversas culturas jurídicas. Revisó los pormenores dejados por los ordenamientos jurídicos que establecieron la regla de la carga de la prueba, cuestiona la limitada efectiva, razona sobre los fines del proceso, reitera el de su aceptación y explica por qué la regla de la carga de la prueba, no puede ser la indicada para satisfacer la finalidad de establecer la verdad en el proceso. Diferencia la carga subjetiva y la carga objetiva de la prueba en cuyo análisis, hace prevalecer este último por presentar mayor efectividad para la búsqueda de la verdad en el proceso.

Respecto a los estándares de prueba, reconoce que es predominante la tradición de mostrar los criterios determinados por la probabilidad prevalente y más allá de cualquier duda razonable. Señala que el problema se hace complejo en la medida que los criterios que

se aplican en el proceso civil difieren de los que se aplican en el proceso, pues este último exige un mayor nivel de comprobación.

Para la racionalidad de la probabilidad prevalente consagra unas premisas que cumplidas, hacen que la decisión sea más posible y razonable. las razones que sustentan el segundo de los estándares no comparten las que lo sustentan, como velar por las garantías del procesado o la presunción de inocencia; en cambio considera que las razones son más de tipo histórico-político, que se explica a través de la experiencia vivida bajo regímenes autoritarios, donde los imputados debían demostrar su inocencia.

Bibliografía

Anderson Terence, Schum David, Twining William, Análisis de la Puebla, Marcial Pons, Madrid 2015, P. 298-299

Código General del Proceso, Ley 1564 de Julio 12 de 2012, Universidad Libre seccional Cúcuta, cuarta edición 2015, p 163 artículo 167.

Corte Suprema de Justicia, Sala Casación Penal, Sentencia SP880-2017, M.P. Eugenio Fernández Carrier.

Ferrer Beltrán Jordi, Prueba y Verdad en el Derecho, Marcial Pons, Madrid 2005 P. 62

Ferrer Beltrán Jordi, Prueba y Verdad en el Derecho, Marcial Pons, Madrid 2005 P.61-62.

Nieva-Fenol, J. (2020). Carga de la Prueba y Estándares de Prueba: Dos reminiscencias del pasado, revista Estudios de Derecho, Universidad de Antioquia, p 122.

Nieva Fenoll, Jordi, Ferrer Beltrán, Jordi y Giannini, Leandro J. Contra la Carga de la Prueba, Marcial Pons, Madrid 2.019, Pág. 15,16.

Rojas Gómez, Miguel E. Código General del Proceso, Esaju, Bogotá 2.012, primera edición, pág. 249.

Taruffo, Michele. Teoría de la Prueba, Ara Editores, Perú 2012, Pág. 282-283.

Taruffo, Michele, La prueba, artículos y conferencias, editorial Metropolitana, Pág. 76

Taruffo, Michele. Teoría de la Prueba, Ara Editores, Perú 2012, Pág. 276-277

Taruffo, Michele. Teoría de la Prueba, Ara Editores, Perú 2012, Pág. 272

Taruffo Michele, Simplemente la Verdad, El juez y la construcción de los hechos, Marcial Pons, Madrid 2010, p. 101

Taruffo Michele, Simplemente la Verdad, El juez y la construcción de los hechos, Marcial Pons, Madrid 2010, p. 135-136

Vásquez Carmen, Estándares de Pruebas y Prueba Científica, Marcial Pons, Madrid, 2013, P 14.

CAPÍTULO XVIII

Derecho probatorio en el régimen de derecho público colombiano[1]

Juan Esteban Aguirre Espinosa,
Dany Steven Gómez Agudelo y
Fabio Andrés Uribe Palacio

1. Introducción

Con la expedición y entrada en vigencia de la Constitución política de 1991 en Colombia, las entidades del Estado, incluyéndose la jurisdicción de lo contencioso administrativo, se vieron forzadas a cambiar su papel de guardián de la legalidad, para consolidar su papel de garante de los principios, valores y fines del Estado Colombiano, donde cobra vital importancia el ser humano como centro y piedra angular del ordenamiento jurídico, desde esta panorámica, se hacía imperioso modificar el Código de lo Contencioso Administrativo contemplado en el decreto 01 de 1984.

El cambio de rumbo en Colombia, se realiza mediante la Ley 1437 de 2011 y, recientemente, con la reforma introducida por la Ley 2080 de 2021, que regula el actual Código Procesal Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, conocido popularmente como C.P.A.C.A. Estas disposiciones normativas se convierten en una nueva herramienta procedimental, en cabeza de los funcionarios del Estado, los jueces y magistrados, operadores judiciales y abogados litigantes, para ejercitar de manera más enérgica el activismo procesal que busca equilibrar la balanza de la justicia, irradiando los procesos judiciales en asuntos contencioso administrativos.

[1] Este capítulo es resultado de la investigación denominada "Derecho Probatorio en el Régimen de Derecho Público Colombiano", la cual fue financiada por la Universidad Católica Luís Amigó - Sede Medellín, Colombia.

Este escrito, pretende hacer una disertación acerca del régimen probatorio que en sede administrativa y jurisdiccional se introdujeron a partir de la Ley 1437 de 2011 y su reforma mediante la Ley 2080 de 2021, en los aspectos probatorios, desde un análisis crítico. Además, se plantean reflexiones y aportes actuales para el estudio del proceso y la prueba, con base en la obra del jurista italiano Michele Taruffo denominada *Oralidad y escritura como factores de eficiencia en el proceso civil*. Estas reflexiones se pretenden teorizar frente al proceso administrativo y contencioso administrativo.

Para el desarrollo del texto, se acudió al tipo cualitativo en investigación y a la técnica o instrumentos de recolección de información de revisión documental y de bases de datos, a partir de lo cual se sistematizó y se organizó la información obtenida de fuentes especializadas en fichas bibliográficas, de modo que se facilitara su análisis y consulta posteriormente. Este escrito es pues un avance de investigación dentro del proyecto en ejecución. Para su desarrollo, se realizará entonces un recuento de los antecedentes normativos que originaron estas normas.

2. Antecedentes históricos del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo

> *"El juez está en medio de un minúsculo cerco de luces, fuera del cual todo es tinieblas: detrás de él el enigma del pasado y delante, el enigma del futuro. Ese minúsculo cerco es la prueba".*
>
> Francesco Carnelutti.

Las últimas dos décadas han sido testigo de grandes cambios procesales dentro del Estado colombiano: las reformas en los códigos adjetivos en materia procesal penal (Ley 906 de 2004), Procesal laboral (Ley 1149 de 2007), Procesal Civil con la expedición del Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012) y Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011), incluyendo la reforma realizada por la Ley 2080 de 2021. Estos cambios han sido orientados con la finalidad de replantear muchas instituciones procesales, buscando el acercamiento de la administración de justicia a la ciudadanía desde la oralidad, como sinónimo de celeridad judicial.

En materia de procedimiento contencioso administrativo y proceso administrativo, desde el año 2006 el Consejo de Estado colombiano emprendió un profundo análisis sobre la necesidad de reformar el decreto 01 de 1984, Código Contencioso Administrativo, frente a las nuevas realidades constitucionales que planteó la Carta Política de 1991. Con esto se buscaba una adecuación de los procedimientos administrativos y el proceso administrativo a los postu-

lados del debido proceso regulado por el canon 29 de la Constitución Nacional, partiendo de la creación de modelos actuales que regularan la relación entre el Estado y los particulares, desde la óptica de la constitucionalización del derecho administrativo en Colombia.

Con base en los trabajos adelantados por la Comisión de Reforma de la Jurisdicción Administrativa, se logró, por parte del Consejo de Estado y el Gobierno Nacional, la presentación al Congreso de la República de Colombia, el nuevo proyecto de Código el 17 de noviembre de 2009, el cual fue aprobado y sancionado mediante la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Mediante el Decreto 4820 del 14 de diciembre de 2007, se conformó la comisión de reforma de la jurisdicción administrativa, integrada por el ministro del Interior y de Justicia o su delegado, el secretario jurídico de la Presidencia de la República, el ministro de Hacienda y Crédito Público, los magistrados de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, un magistrado de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura (ahora Comisión Nacional de Disciplina Judicial) y un magistrado por cada una de las Secciones del Consejo de Estado. La mencionada Ley fue producto del consenso entre el gobierno, magistrados y usuarios de la rama judicial, quienes hicieron parte de la Comisión.

La estructura del código consta de un libro primero que regula lo concerniente a los procedimientos administrativos y un segundo libro, que regula el control judicial de las actuaciones de la administración, controles en sede administrativa y en sede jurisdiccional.

Se pretende entonces en este texto establecer una mirada panorámica del régimen probatorio regulado por el C.P.A.C.A. desde el control en sede administrativa como en sede jurisdiccional. Partiendo desde el concepto de la Constitucionalización del proceso, como lo ha manifestado la Corte Constitucional en sentencia C-131, el magistrado ponente Jaime Córdoba Triviño indica:

> "Uno de los espacios en los que mayor incidencia ha tenido el constitucionalismo es el derecho procesal. En la tradición del positivismo formalista el derecho procesal estaba desprovisto de una vinculación sustancial con lo que era materia de litigio; se agotaba en una ritualidad cuya configuración se realizaba fundamentalmente en la instancia legislativa; era ajeno a propósitos que lo conectaran con los fines estatales y la protección de las garantías que lo integraban solo se brindaba en esas actuaciones y bajo los estrechos parámetros de protección establecidos por el legislador. Así, no llamaba a interés el hecho de que, en materia de derechos, la sustancia que se tenía entre manos se desvaneciera ante las ritualidades y formalidades de unos procedimientos que las más de las veces se explicaban por sí mismos y que perdían puntos de contacto con lo que era objeto de controversia"[2].

[2] Corte Constitucional, sentencia C-131, (Bogotá: 2002), 9.

Desde esta perspectiva, se puede afirmar que la prueba se convierte entonces en la piedra angular del proceso en cualquier jurisdicción, sin ser ajena al proceso contencioso administrativo en Colombia. Motivo por el cual se hace necesario plantear las posturas de varios doctrinantes que la examinan desde los siguientes conceptos:

Para Taruffo la prueba judicial es el instrumento que otorga al juez la información que le servirá para establecer si los enunciados sobre los hechos tienen sus bases cognoscitivas suficientes y adecuadas para considerarlos verdaderos, o sea, el carácter racional de la prueba.

Dellepiane[3] define la prueba desde dos ópticas: la primera, que la concibe como sinónimo de ensayo, experimentación o revisión, orientada a establecer la existencia de hechos relevantes del proceso y, la segunda, como acción de probar, relativa a la confrontación de cada parte con los medios probatorios allegados al proceso.

En la misma perspectiva, según Rivera (2012) la actividad de probar es entendida como aquella que se desarrolla en el proceso con la garantía de los derechos procesales y que forma la convicción del juez, debido a que le permite verificar los hechos a que se refiere.

Conforme a lo anterior, se puede colegir que esas relaciones, dentro del C.P.A.C.A., buscaron extender esas realidades del debido proceso en materia jurisdiccional al procedimiento administrativo regulado por este código procesal. De esto destaca que, en su primera parte, regula las relaciones entre el Estado y los ciudadanos en lo administrativo y, en la segunda, los procesos judiciales que adelantan los ciudadanos contra el Estado o conflictos entre entidades estatales, como se abordará a continuación.

Para cumplir con este análisis propuesto, la obra del maestro Michele Taruffo propone la *Oralidad y escritura como factores de eficiencia en el proceso civil*, lo cual se hace extensivo al contencioso administrativo, sobre la finalidad esencial del proceso, mediante dos opciones:

> "a) una resolución de conflictos pura o; b) una resolución de conflictos mediante decisiones justas.
>
> La opción a implica: una decisión errónea o incluso ilegal puede poner fin a la disputa entre las partes si, por la razón que sea, ninguna de ellas quiere proseguir con la acción.
>
> La opción b supone que el objeto del proceso es poner fin al conflicto, pero empleando únicamente medios que se consideren justos, correctos, certeros y ecuánimes. Desde esta perspectiva, el fondo y la calidad de la decisión adquieren una relevancia extrema, puesto que determinan el núcleo auténtico de los propósitos del proceso"[4].

---

3 Antonio Dellepiane, Nueva teoría de la prueba (Bogotá: Temis, 2001).

4 Michele, Taruffo. *Oralidad y escritura como factores de eficiencia en el proceso civil*. (Italia, 2008). 2.

Existe una diferencia fundamental entre los dos fines del proceso, para Taruffo, la opción (a) en el fondo es una eficacia vacía, sin sentido, porque solo busca la agilidad de la decisión a cualquier precio. La opción (b) planteada por Taruffo se basa en un examen racional y justo sobre las pruebas, para llegar a una decisión certera y basada realmente en los hechos.

En ambas se logra el fin de solucionar la disputa entre las partes, pero en la segunda opción, hay un sólido componente de justicia y calidad en la decisión, que le permite adquirir mayor calidad. Poner fin al caso, pero por medios correctos y justos, se constituye así en el núcleo central del proceso. Se coloca de presente la necesidad de analizar la prueba como fundamento de la decisión en sede administrativa o jurisdiccional.

3. Régimen probatorio en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y la incidencia del Código General del Proceso

La estructura del código consta de un libro primero que regula lo concerniente a los procedimientos administrativos y un segundo libro, que regula el control judicial de las actuaciones de la administración. Controles en sede administrativa y en sede jurisdiccional.

En sede administrativa, lo establece el C.P.A.C.A., en su artículo 40, que regula las pruebas en los siguientes términos:

> "Durante la actuación administrativa y hasta antes de que se profiera la decisión de fondo se podrán aportar, pedir y practicar pruebas de oficio o a petición del interesado sin requisitos especiales. Contra el acto que decida la solicitud de pruebas no proceden recursos. El interesado contará con la oportunidad de controvertir las pruebas aportadas o practicadas dentro de la actuación, antes de que se dicte una decisión de fondo.
>
> Los gastos que ocasione la práctica de pruebas correrán por cuenta de quien las pidió. Si son varios los interesados, los gastos se distribuirán en cuotas iguales.
>
> Serán admisibles todos los medios de prueba señalados en el Código de Procedimiento Civil"[5].

Frente a las situaciones en sede administrativa, en materia probatoria se continúa con los medios de pruebas tradicionalmente aceptados, haciéndose remisión expresa al procedimiento civil, ahora regulado por el C.G.P. Norma procesal que establece en su artículo 165:

> "Medios de prueba. Son medios de prueba la declaración de parte, la confesión, el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, los

[5] Congreso de Colombia. (*Ley 1437, 2011*, art. 40, Cursiva propia).

documentos, los indicios, los informes y cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez.

El juez practicará las pruebas no previstas en este código de acuerdo con las disposiciones que regulen medios semejantes o según su prudente juicio, preservando los principios y garantías constitucionales"[6].

Sin embargo, del artículo 40 del C.P.A.C.A. citado, vale la pena hacer el siguiente reparo, porque se establece que: "*Contra el acto que decida la solicitud de pruebas no proceden recursos;"* (subrayado original, cursiva propias). Esta situación deja al arbitrio del funcionario administrativo la decisión de qué pruebas considera pertinentes, sin permitir al administrado controvertir cuando le niegan determinadas pruebas que sean de importante valor probatorio para resolver el trámite, investigación y/o contienda entre el Estado-administración y ciudadano-administrado. Esto, deja al ciudadano sin recurso legal alguno para controvertir el auto que decretó las pruebas. Salvo que acuda a la acción de tutela, al momento de solicitar el amparo al derecho fundamental al debido proceso probatorio.

Ahora en el segundo libro que regula el control judicial de las actuaciones de la administración, se buscó con el nuevo estatuto procesal en materia administrativa, configurar un régimen propio en materia probatoria, sin embargo, pese a los intentos, con la Ley 1437 del 2011, se continúa con una marcada incidencia del régimen procesal civil —ahora CGP—. Se establecen como válidos todos los medios probatorios regulados por el Código General del Proceso, tal como lo señala el artículo 211 del C.P.A.P.C.A. en los siguientes términos: "En los procesos que se adelanten ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en lo que no esté expresamente regulado en este Código, se aplicarán en materia probatoria las normas del Código de Procedimiento Civil"[7].

Por expresa remisión del artículo 211 del C.P.A.C.A. es aplicable al proceso administrativo la carga de la prueba contenida en el C.G.P. regulada en el artículo 167: "Con respecto a la cual corresponde a las partes aportar los medios de prueba que acrediten el supuesto fáctico de las normas cuyo efecto jurídico pretenden que se les aplique".[8]

Así las cosas, a pesar de la institución de la carga de la prueba ya mencionada, simultáneamente se le concede al juez administrativo la iniciativa para decretar pruebas de oficio, cuando así lo requiera en búsqueda de la verdad, tal como lo establece el artículo 213 del C.P.A.C.A. Hechas las anteriores aclaraciones, para que sean apreciadas por el juez o el magistrado, las pruebas deberán solicitarse, incorporarse y practicarse dentro de los términos y

6 Congreso de Colombia. (*Ley 1564, 2012*, art. 165, Cursiva propia).

7 Congreso de Colombia. (Ley 1437, 2011, art. 211).

8 Congreso de Colombia. (Ley 1564, 2012, art. 167).

oportunidades señalados en este código. Tal como se regula en C.P.A.C.A., con el artículo 212, en los siguientes términos:

> *"En primera instancia, son oportunidades para aportar o solicitar la práctica de pruebas: la demanda y su contestación; la reforma de la misma y su respuesta; la demanda de reconvención y su contestación; las excepciones y la oposición a las mismas; y los incidentes y su respuesta, en este último evento circunscritas a la cuestión planteada.*
>
> *Las partes podrán presentar los dictámenes periciales necesarios para probar su derecho, o podrán solicitar la designación de perito, en las oportunidades probatorias anteriormente señaladas.*
>
> *En segunda instancia, cuando se trate de apelación de sentencia, en el término de ejecutoria del auto que admite el recurso, las partes podrán pedir pruebas, que se decretarán únicamente en los siguientes casos:*
>
> *1. Cuando las partes las pidan de común acuerdo. En caso de que existan terceros diferentes al simple coadyuvante o impugnante se requerirá su anuencia.*
>
> *2. Cuando fuere negado su decreto en primera instancia o no obstante haberse decretado se dejaron de practicar sin culpa de la parte que las pidió. En este último caso, solo con el fin de practicarlas o de cumplir requisitos que les falten para su perfeccionamiento* (Modificado art. 53. Ley 2080 de 2021).
>
> *3. Cuando versen sobre hechos acaecidos después de transcurrida la oportunidad para pedir pruebas en primera instancia, pero solamente para demostrar o desvirtuar estos hechos".*
>
> *4. Cuando se trate de pruebas que no pudieron solicitarse en la primera instancia por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria.*
>
> *5. Cuando con ellas se trate de desvirtuar las pruebas de que tratan los numerales 3 y 4, las cuales deberán solicitarse dentro del término de ejecutoria del auto que las decreta.*
>
> *Parágrafo. Si las pruebas pedidas en segunda instancia fueren procedentes se decretará un término para practicarlas que no podrá exceder de diez (10) días hábiles. (cursiva propia)*[9].

Realizando una sana sindéresis del artículo transcrito, se puede llegar a la siguiente conclusión, el C.P.A.C.A. regula la iniciativa probatoria de las partes en solicitar las pruebas que se estimen pertinentes para solucionar la contienda presentada al juez o magistrado de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, sea en primera o en segunda instancia, conforme a las reglas pactadas. Se denota un principio de derecho procesal dispositivo en el que las partes restringen, de cierta manera, y pueden coartar, en cierto modo, la facultad oficiosa del juzgador. Sin embargo, acto seguido se establecen las siguientes reglas con respecto a las pruebas de oficio (art. 213), establece el C.P.A.C.A:

[9] Congreso de Colombia. (Ley 1437, 2012, art. 212).

> En cualquiera de las instancias el juez o Magistrado Ponente podrá decretar de oficio las pruebas que considere necesarias para el esclarecimiento de la verdad. Se deberán decretar y practicar conjuntamente con las pedidas por las partes.
>
> Además, oídas las alegaciones el juez o la Sala, sección o subsección antes de dictar sentencia también podrá disponer que se practiquen las pruebas necesarias para esclarecer puntos oscuros o difusos de la contienda. Para practicarlas deberá señalar un término de hasta diez (10) días.
>
> En todo caso, dentro del término de ejecutoria del auto que decrete pruebas de oficio, las partes podrán aportar o solicitar, por una sola vez, nuevas pruebas, siempre que fueren indispensables para contraprobar aquellas decretadas de oficio. Tales pruebas, según el caso, serán practicadas dentro de los diez (10) días siguientes al auto que las decrete[10].

De este artículo se puede resaltar que, dentro del proceso, las partes pueden solicitar, solo por una vez, pruebas que consideren pertinentes y conducentes para contraprobar las pruebas de oficio que señale el juez o magistrado. Se crea de esta manera una nueva oportunidad procesal para pedir pruebas, por las partes dentro del litigio contencioso administrativo.

En el C.P.A.C.A. es clara la remisión a las disposiciones del Código General del Proceso en cuanto a los medios de prueba; lo que inquieta es que el Código Procesal Administrativo da vigencia a nuevas posturas inquisitivas que facultan al juez y al magistrado para ejercer facultades de oficio. Esto contraría lo que establece Alvarado, desde su postura de garantismo procesal (2004), quien niega la posibilidad de convivencia de los dos sistemas procesales —dispositivo-inquisitivo— al afirmar que son absolutamente antagónicos y que lo que es viable es que se alternen en el tiempo. Así las cosas, se puede observar que los dos sistemas procesales sí pueden convivir dentro de un estatuto procesal, tal como se corrobora en el C.P.A.C.A. cuando el juez o magistrado, luego de escuchar las alegaciones de las partes y antes de dictar sentencia, puede dictar un auto de medidas para mejor proveer, con miras a esclarecer los puntos difusos de la contienda, y decretar pruebas de oficio que buscan dar certeza en su arbitrio, para dictar su fallo o sentencia conforme a los hechos que deben quedar probados dentro del proceso.

Señala Hunter (2011), frente a la iniciativa judicial de decretar pruebas de oficio, algunas claves para la plena compatibilidad entre la actividad probatoria del juez e igualdad procesal, ya que establece que una de esas claves es admitir que el decreto oficioso de pruebas es una potestad y no un deber, pues concebirlo bajo esta última modalidad irrespetaría la igualdad procesal al sustituirse la carga probatoria y sacar al juez de su condición de tercero

[10] Congreso de Colombia (Ley 1437, 2011, art. 213, cursiva propia).

supra partes, resaltando que esta facultad es discrecional del juez, que no puede suplir las deficiencias probatorias de las partes.

> Un ejemplo de ello, es la introducción al proceso de la prueba testimonial. Michele Taruffo explica la importancia de la valoración de esta prueba en el régimen oral, en el cual se permite un examen de las respuestas de testigo y factores, a fin de revisar su credibilidad:
>
> "El aspecto que parece ser la base de todo tipo de prueba oral, esto es, el contacto directo e inmediato entre quien debe juzgar los hechos y el testigo.
>
> El contacto directo y personal de quien debe examinar los hechos y el testigo, lo cual se da únicamente en el contexto de un interrogatorio oral, permite que se evalúen las respuestas y se desarrolle un interrogatorio completo y concienzudo, y que se estime asimismo la credibilidad del testigo: por tanto, quien examina los hechos se encuentra en una posición ideal para determinar el valor probatorio de la prueba testifical.
>
> Es lo que se suele decir y asumir: que la práctica oral de las pruebas resulta infinitamente más eficiente que su práctica a través de un acta escrita"[11].
>
> En este sentido, este jurista fue lejano a compartir la valoración del testimonio por medio de su recepción mediante "actas escritas", aspecto que también abordó en diversos acápites de su obra, donde desarrolló esta característica en algunas legislaciones en las cuales
>
> "Quedaría a discreción del juez decidir, en función de las características de cada caso, si lo más adecuado es una vista preparatoria simple y oral, o si por el contrario se requiere una preparación por escrito; si los testigos deben interrogarse de forma oral o si los testimonios por escrito serían suficientes para demostrar los hechos; y si la discusión final de la causa previa a la decisión final merece un intercambio de escritos o puede realizarse con discursos orales"[12]

Asimismo, Taruffo habla de dos consecuencias frente a la demora de una sentencia luego de haberse culminado la práctica probatoria, esto es, que el funcionario se permita adoptar la decisión a partir de un acta escrita y, eventualmente, que ocurra un cambio de juez, por otra persona que no interrogó directamente a los testigos. Lo anterior invita a que la producción del fallo sea ágil, luego de finalizado el debate probatorio. Sobre el particular, Taruffo explica:

> "Una decisión inmediata también constituye un factor importante de la oralidad: como ya se ha dicho, si la decisión sobre los hechos se toma meses o años después de la

[11] Taruffo, *Oralidad y escritura como factores de eficiencia en el proceso civil,* 8.

[12] Taruffo, *Oralidad y escritura como factores de eficiencia en el proceso civil,* 14.

vista en la que se practicó la prueba, la auténtica fuente de la decisión será un acta escrita, y no una prueba oral. Por supuesto, ello implica una condición derivada, a saber: el juez de los hechos que toma la decisión final debe ser la misma persona que asistió a la vista en la que se interrogaron a los testigos. Resulta obvio, porque si no sucede de este modo, de nuevo, la fuente de la decisión final será un acta escrita"[13].

Además, el C.P.A.C.A regula expresamente, en materia probatoria, la exclusión de la prueba cuando fuese obtenida con violación del debido proceso, según el artículo 214, cuando se regula:

"Toda prueba obtenida con violación al debido proceso será nula de pleno derecho, por lo que deberá excluirse de la actuación procesal.

Iguales tratamientos recibirán las pruebas que sean consecuencia necesaria de las pruebas excluidas o las que solo puedan explicarse en razón de la existencia de aquellas.

La prueba practicada dentro de una actuación declarada nula, conservará su validez y tendrá eficacia respecto de quienes tuvieron oportunidad de contradecirla".[14]

Otros aspectos relacionados con la prueba en el C.P.A.C.A que deben ser tomados en cuenta:

• *Comisión para la práctica de pruebas y diligencias*. Artículo 117, *suspensión de la audiencia de pruebas.* 181. Numeral 2, *decretar pruebas de oficio en cualquiera de las instancias.* Artículo 213 inciso 3, *Aporte y solicitud de dictamen pericial.* Artículo 218. inciso 2, *designación y gastos del peritaje e interrogatorio a los peritos en audiencia inicial.* Artículos 219 y 220, *ampliar los términos para la contradicción del dictamen.* Artículos 218, 219, 220 y 221, *decretar medidas cautelares, para asegurar la prueba.* Artículo 229. *(cursiva propia)*

Las nuevas reglas del dictamen pericial, contenidas en la reforma establecida por la Ley 2080 de 2021 se aplicarán, a partir de la publicación de esta, para los procesos y trámites iniciados en vigencia de la Ley 1437 de 2011 en los que no se hayan decretado pruebas.

4. Aplicación de los principios generales del derecho procesal a las pruebas en el procedimiento administrativo

La prueba está sujeta al debido proceso, el cual es un principio derivado de la Constitución política, incluido el bloque de constitucionalidad, desde la Convención Americana de Derechos Humanos y, juntamente con el desarrollo y el alcance que les han dado a estas garantías

[13] Taruffo, *Oralidad y escritura como factores de eficiencia en el proceso civil*, 11.

[14] Congreso de Colombia (*Ley 1437, 2011, art. 214,* cursiva propia).

las Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Lo anterior, en armonía con los artículos 2° al 14 del Código General del Proceso, en los cuales se encuentran previstos los principios del derecho procesal y probatorio, tales como la legalidad, el acceso a la justicia, la inmediación y el debido proceso, entre otros.

En relación con la extensión de las garantías del debido proceso al ámbito administrativo, la honorable Corte Constitucional ha manifestado que ello no implica que su alcance sea idéntico en la administración de justicia y en el ejercicio de la función pública, sobre el particular, Calle indica:

> "La extensión de las garantías del debido proceso al ámbito administrativo no implica, sin embargo, que su alcance sea idéntico en la administración de justicia y en el ejercicio de la función pública. A pesar de la importancia que tiene para el orden constitucional la vigencia del debido proceso en todos los escenarios en los que el ciudadano puede ver afectados sus derechos por actuaciones públicas (sin importar de qué rama provienen), es necesario que la interpretación de las garantías que lo componen tome en consideración los principios que caracterizan cada escenario, así como las diferencias que existen entre ellos.
>
> La extensión del debido proceso al ámbito de la administración es una característica de especial relevancia en el diseño constitucional del año 1991, de manera que en todas las actuaciones de las autoridades públicas debe asegurarse la participación del interesado, y sus derechos de defensa y contradicción; pero, a pesar de ello no es posible trasladar irreflexivamente el alcance de las garantías judiciales a las administrativas porque en el segundo ámbito existe una vinculación a dos mandatos constitucionales, que deben ser armónicamente satisfechos. De una parte, las del artículo 29 Constitucional y, de otra parte, las del debido proceso administrativo, definidas en el artículo 209 de la Carta Política (y actualmente desarrolladas por el Legislador en el artículo 3º del CPACA). Por ello, el segundo es más ágil rápido y flexible"[15].

El hecho de que las actuaciones administrativas deban guardar, además de los principios constitucionales, aquellos que rigen la función administrativa, como la celeridad y economía en sus actuaciones, no implica el desconocimiento total de las garantías del debido proceso en sede administrativa. Toda actuación de la administración pública debe realizarse de acuerdo con el debido proceso y se debe permitir al administrado interponer los recursos de ley que agoten la vía administrativa, además de presentar con ellos las pruebas que pretenda hacer valer (artículo 77 numeral 3 de la Ley 1437 de 2011). Seguidamente, se debe acudir al control en sede judicial contencioso administrativo de tales decisiones; ello permitirá a su vez observar, entre otros aspectos, que tales decisiones hayan sido adoptadas

[15] Corte Constitucional. Sentencia C-034 de 2014, (Bogotá: 2014), 2 Numeral 7, párrafos 1 y 4, cursiva propia.

con base en las pruebas e informes disponibles y obrantes de manera legal en el respectivo expediente, según lo señala el artículo 42 de la Ley 1437 de 2011:

> "Contenido de la decisión. Habiéndose dado oportunidad a los interesados para expresar sus opiniones, y con base en las pruebas e informes disponibles, se tomará la decisión, que será motivada.
>
> *La decisión resolverá todas las peticiones que hayan sido oportunamente planteadas dentro de la actuación por el peticionario y por los terceros reconocidos"*[16].

Entre los derechos que las personas tienen frente a las autoridades administrativas, se encuentra el de permitirle al administrado aportar elementos de prueba en cualquier actuación administrativa y que estos sean valorados por las autoridades, tal y como lo señala el artículo 5° numeral 8° de la Ley 1437 de 2011:

> *Derechos de las personas ante las autoridades.* En sus relaciones con las autoridades toda persona tiene derecho a:
>
> *8. A formular alegaciones y aportar documentos u otros elementos de prueba en cualquier actuación administrativa en la cual tenga interés, a que dichos documentos sean valorados y tenidos en cuenta por las autoridades al momento de decidir y a que estas le informen al interviniente cuál ha sido el resultado de su participación en el procedimiento correspondiente*[17].

Las autoridades administrativas tienen expresamente prohibido, no practicar oportunamente las pruebas decretadas o denegar sin justa causa las solicitadas y tienen el deber de practicar las que sean necesarias, con el fin de desvirtuar la presunción de inocencia del investigado o aquellas que busquen su exoneración en las actuaciones administrativas sancionatorias, lo que garantiza el principio de imparcialidad en la producción y apreciación de la prueba.

Sin embargo, en todos los casos no se ordena practicar pruebas en juicio, Taruffo reconoce la posibilidad de solucionar la disputa sin proseguir con una rigurosa práctica probatoria —cuando ello sea posible— solucionando así el litigio:

> "Un aspecto esencial de la presentación de la causa es la preparación preliminar de la misma. Esta preparación suele tener un objetivo doble: definir el asunto, a la vista de las pruebas y de los pasos procesales siguientes, y, siempre que sea posible, solucionar la disputa sin proseguir con el litigio"[18].

---

16 Congreso de Colombia. (*Ley 1437, 2011, art. 42*, cursiva propia).

17 Congreso de Colombia (*Ley 1437, 2011,* artículo 5° numeral).

18 Taruffo, *Oralidad y escritura como factores de eficiencia en el proceso civil*, 4.

Si para la obtención de los medios probatorios aportados en las actuaciones administrativas, estos se han producido con violación de derechos fundamentales o inobservancia de los requisitos formales propios fijados por el legislador, tales elementos probatorios deberán ser excluidos mediante acto administrativo motivado y no se tendrán en cuenta al momento de tomar una decisión. Al respecto, el artículo 214 del C.P.A.C.A. establece:

> "Toda prueba obtenida con violación al debido proceso será nula de pleno derecho, por lo que deberá excluirse de la actuación procesal.
>
> Igual tratamiento recibirán las pruebas que sean consecuencia necesaria de las pruebas excluidas o las que solo puedan explicarse en razón de la existencia de aquellas.
>
> La prueba practicada dentro de una actuación declarada nula, conservará su validez y tendrá eficacia respecto de quienes tuvieron oportunidad de contradecirla"[19].

5. Control judicial del auto que deniega la práctica de pruebas proferido en primera instancia por los jueces administrativos

De conformidad con la remisión ya mencionada del artículo 211 de la Ley 1437 de 2011, en materia probatoria en lo no regulado se aplica la disposición contenida en el Código General del Proceso, entre otros, los artículos 168 y 169, los cuales señalan:

> *"Artículo 168. Rechazo de plano. El juez rechazará, mediante providencia motivada, las pruebas ilícitas, las notoriamente impertinentes, las inconducentes y las manifiestamente superfluas o inútiles.*
>
> *Artículo 169. Prueba de oficio y a petición de parte.* Las pruebas pueden ser *decretadas a petición de parte o de oficio cuando sean útiles para la verificación de los hechos relacionados con las alegaciones de las partes"*[20]

La garantía del derecho de defensa está condicionada a cumplir ciertos requisitos establecidos por la ley, los cuales garantizan el debido proceso, asegurando que tanto los medios de prueba aportados por las partes y aquellos aportados oficiosamente por el juez sean conducentes y pertinentes.

Como lo señala el artículo 168 de la Ley 1564 de 2011, con el fin de que la solicitud de decretar y/o practicar alguna prueba no sea rechazada de plano, dicha prueba debe cumplir con los siguientes requisitos: *i) licitud, ii) eficacia, iii) pertinencia y iv) necesidad.*

---

19 Congreso de Colombia. (Ley 1437, 2011, art. 214).

20 Congreso de Colombia. (Ley 1564, 2012, art. 168-169).

En cuanto a la *licitud*, los medios de prueba aportados han debido ser practicados guardando las formalidades propias exigidas por el legislador, *contrario sensu*, para garantizar el debido proceso, tal solicitud deberá ser rechazada de plano.

El numeral 7° del artículo 243 de la Ley 1437 de 2011, señala que uno de los autos que son objeto de recurso de apelación, proferidos en primera instancia por los jueces administrativos, es el que deniegue el decreto o práctica de alguna prueba pedida oportunamente, cuya apelación solo procederá de conformidad con las normas del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, incluso en aquellos trámites e incidentes que se rijan por el Código General del Proceso.

Por su parte, el artículo 214 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, reformado por el artículo 64 de la Ley 2080 de 2021, regula el trámite del recurso de apelación de dicho auto en los siguientes términos:

> "La interposición y decisión del recurso de apelación contra autos se sujetará a las siguientes reglas:
>
> 1. La apelación podrá interponerse directamente o en subsidio de la reposición. Cuando se acceda total o parcialmente a la reposición interpuesta por una de las partes, la otra podrá apelar el nuevo auto, si fuere susceptible de este recurso.
>
> 2. Si el auto se profiere en audiencia, la apelación deberá. interponerse y sustentarse oralmente a continuación de su notificación en estrados o de la del auto que niega total o parcialmente la reposición. De inmediato, el juez o magistrado dará traslado del recurso a los demás sujetos procesales, con el fin de que se pronuncien, y a continuación, resolverá si lo concede o no, de todo lo cual quedará constancia en el acta.
>
> 3. Si el auto se notifica por estado, el recurso deberá interponerse y sustentarse por escrito ante quien lo profirió, dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación o a la del auto que niega total o parcialmente la reposición. En el medio de control electoral, este término será de dos (2) días.
>
> De la sustentación se dará traslado por secretaría a los demás sujetos procesales por igual término, sin necesidad de auto que así lo ordene. Los términos serán comunes si ambas partes apelaron. Este traslado no procederá cuando se apele el auto que rechaza la demanda o niega total o parcialmente el mandamiento ejecutivo.
>
> Surtido el traslado, el secretario pasará el expediente a despacho y el juez o magistrado ponente concederá el recurso en caso de que sea procedente y haya sido sustentado.
>
> Una vez concedido el recurso, se remitirá el expediente al superior para que lo decida de plano"[21].

[21] Congreso de Colombia. (*Ley 2080, 2021*, art. 64, cursiva propia).

Así las cosas, con relación a la interposición y sustentación por escrito del recurso (si el auto se notifica por estados), es importante mencionar que Taruffo es de la corriente de anular la tendencia de la escrituralidad, por considerar que es la directa responsable de la mayoría de los problemas del proceso, pretendiendo incluso que pueda anularse; asimismo que, a mayor número de actos escritos dentro del proceso, se requiere un mayor volumen de tiempo. Al respecto, Taruffo indica:

> "La oralidad cumple un papel fundamental, y resulta un factor de eficiencia indispensable y sustancial: si todas las actividades que se ejecutan en la audiencia se llevasen a cabo mediante escritos y órdenes, se requeriría un gran volumen de tiempo. La eficiencia del sistema se ha comprobado en la práctica, puesto que existen datos estadísticos que muestran una reducción drástica de la duración de los procesos civiles en España"[22].

En este orden de ideas, la oportunidad legal de interposición del recurso de apelación contra el auto que deniegue la práctica de alguna prueba, será al momento de la audiencia inicial, el cual debe ser sustentado en la misma audiencia, dando traslado a cada una de las partes.

> "Vencido el término de traslado de la demanda o de la reconvención según el caso, el juez o magistrado ponente, convocará a una audiencia que se sujetará a las siguientes reglas:
>
> 10. Decreto de pruebas. Solo se decretarán las pruebas pedidas por las partes y terceros, siempre y cuando sean necesarias para demostrar los hechos sobre los cuales exista disconformidad, en tanto no esté prohibida su demostración por confesión, o las de oficio que el juez o magistrado ponente considere indispensables para el esclarecimiento de la verdad. […] Parágrafo 1. Las decisiones que se profieran en el curso de la audiencia inicial pueden ser recurridas conforme a lo previsto en los artículos 242, 243, 245 y 246 de este código, según el caso"[23].

Sobre este último aspecto, Taruffo explica la importancia de la oralidad como sinónimo de celeridad, pero detalla por qué no resulta adecuada para lograr decisiones verídicas y objetivas, en los siguientes términos:

> "La oralidad es eficiente en términos de ahorro de tiempo y dinero, pero no es necesariamente eficiente para preparar decisiones adecuadas y verídicas sobre el fondo de la causa; la escritura puede ser eficiente también en términos de ahorro de tiempo y en

---

22 Taruffo, *Oralidad y escritura como factores de eficiencia en el proceso civil*, 5.

23 Congreso de Colombia. (*Ley 2080, 2021,* art. 40, Cursiva propia).

especial para la preparación de causas complejas, pero no lo es cuando surge el problema de evaluar la fiabilidad de la prueba oral"[24].

Así las cosas, la sustentación oral del recurso permite agilizar los términos procesales, pero, a la vez, exige abogados con sólidas competencias en argumentación jurídica. No obstante, es importante reiterar el argumento del maestro Taruffo, en el que indica, que en virtud de eficacia y eficiencia del procedimiento en atención a su ágil tramite no debe sacrificar el fin último de la justicia.

6. Aporte de pruebas recobradas en el recurso extraordinario de revisión en sede contencioso administrativo

El recurso extraordinario de revisión procede contra las sentencias ejecutoriadas dictadas por las secciones y subsecciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, por los Tribunales Administrativos y por los jueces administrativos, de acuerdo con las siguientes causales establecidas en el artículo 250 de la Ley 1437 de 2011:

> "1. Haberse encontrado o recobrado después de dictada la sentencia documentos decisivos, con los cuales se hubiera podido proferir una decisión diferente y que el recurrente no pudo aportarlos al proceso por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria.
>
> 2. Haberse dictado la sentencia con fundamento en documentos falsos o adulterados.
>
> 3. Haberse dictado la sentencia con base en dictamen de peritos condenados penalmente por ilícitos cometidos en su expedición.
>
> 4. Haberse dictado sentencia penal que declare que hubo violencia o cohecho en el pronunciamiento de la sentencia.
>
> 5. Existir nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y contra la que no procede recurso de apelación.
>
> 6. Aparecer, después de dictada la sentencia a favor de una persona, otra con mejor derecho para reclamar.
>
> 7. No tener la persona en cuyo favor se decretó una prestación periódica, al tiempo del reconocimiento, la aptitud legal necesaria o perder esa aptitud con posterioridad a la sentencia o sobrevenir alguna de las causales legales para su pérdida.
>
> 8. Ser la sentencia contraria a otra anterior que constituya cosa juzgada entre las partes del proceso en que aquella fue dictada. Sin embargo, no habrá lugar a revisión si en el segundo proceso se propuso la excepción de cosa juzgada y fue rechazada"[25].

---

[24] Taruffo, *Oralidad y escritura como factores de eficiencia en el proceso civil,* 13.

[25] Congreso de Colombia. (Ley 1437, 2011, art. 250).

En esta instancia cuando se pretenda presentar recurso de revisión sustentado en la causal primera del artículo 250 de la Ley 1437 de 2011, no es posible aportar un medio de prueba recobrado distinto al medio de prueba documental, en relación con aquellos, que el recurrente no haya podido aportar al proceso por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria.

7. Derecho a la prueba como derecho humano

El régimen probatorio, en el procedimiento administrativo de las entidades que conforman la administración pública, implica el reconocimiento de una serie de garantías tanto previas como posteriores en cada actuación administrativa, tanto desde la expedición como de la ejecución de un procedimiento o acto administrativo.

El artículo 29 de la Constitución política consagra el derecho fundamental al debido proceso, de conformidad con el cual "toda clase de actuaciones judiciales y administrativas" deben desarrollarse con respeto de las garantías inherentes al derecho fundamental del debido proceso. De conformidad con el texto constitucional, el debido proceso tiene un ámbito de aplicación que se extiende también a todas las actuaciones, procedimientos y procesos administrativos que aparejen consecuencias para los administrados.

En consonancia mediante sentencia C-146, el magistrado ponente Jorge Ignacio Pretelt Chaljub sostuvo que:

> "Esta garantía se ve reforzada por lo dispuesto en los instrumentos internacionales relativos a la protección de los derechos humanos ratificados por Colombia y que hacen parte del bloque de constitucionalidad. En el ámbito del sistema universal de derechos humanos, la Declaración Universal consagra en sus artículos 10 y 11 el derecho al debido proceso, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos lo contempla en sus artículos 14 y 15; y en el ámbito del sistema regional de protección, la Declaración Americana de los Derechos y los Deberes del Hombre lo reconoce en los artículos XVIII y XXVI y la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el artículo 8 (garantías judiciales) que se complementa, bajo la interpretación de la Corte Interamericana, junto con el artículo 25"[26].

En ese orden de ideas, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que las garantías establecidas en el artículo 8 (el derecho a ser oído por un juez competente, independiente e imparcial, el derecho a un plazo razonable, el derecho a la defensa, el derecho a conocer las razones suficientes sobre una decisión, el derecho a la presunción de inocencia, el derecho a ser asistido por un traductor o intérprete y a recibir

[26] Corte Constitucional, sentencia C 146, (Bogotá, 2015), 33. Párrafo 2, numeral 2.4.

comunicación previa y detallada de la acusación, el derecho a recibir asistencia consular, el derecho a recurrir la decisión ante un juez o instancia superior, entre otras) deben ser igualmente observadas en procedimientos de carácter administrativo. Al respecto, desde el caso Baena Ricardo contra Panamá, la Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció que el derecho a las garantías judiciales se refiere:

> "Al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efectos, que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado, adoptado por cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que pueda afectarlos"[27].

De ese modo, el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos contiene el elenco de garantías mínimas del debido proceso legal aplicable en cualquier orden y ámbito, incluyéndose el derecho fundamental a la prueba como derecho humano.

Así las cosas, en desarrollo del debido proceso y el derecho a la prueba, consagrados en el artículo 29 de la Constitución política, no solo se aplica a los procedimientos y actuaciones administrativas, sino además a los procesos judiciales. Sin embargo, se nota que las disposiciones de la Ley 1437 de 2011 conservan las facultades oficiosas y discrecionales de los jueces y magistrados en materia de justicia administrativa.

Resalta Ramírez[28] que la constitucionalización del derecho a la prueba se da en la etapa de la posguerra, pues su regulación era eminentemente legal y que, en el caso colombiano, es la Carta Política de 1991 la que, al establecer en el artículo 29 las reglas del debido proceso aplicables a todo tipo de actuaciones, incluye el derecho a presentar pruebas y a controvertir las que se aduzcan en su contra. Incluyendo los derechos convencionales ratificados por Colombia que regulan la materia.

Se consagra en la Ley 1437 de 2011, en primer lugar, una bilateralidad del procedimiento administrativo. En materia de solicitar las pruebas por las partes, pero una discrecionalidad del fallador, para llegar a la certeza y a la verdad con las medidas de mejor proveer, ejerciendo las facultades oficiosas que le otorga el C.P.A.C.A.

Según Tirado (2006), refiriéndose a la historia del proceso dispositivo: los pueblos griegos y romanos, se caracterizaron por radicar en las partes el comienzo del trámite y la iniciativa probatoria y dejar al juez como fallador de la causa. Sin embargo, las nuevas tendencias procesales adoptadas por el legislador en Colombia para configurar los procedimientos administrativos y las causas judiciales se entregan nuevas facultades que riñen con

---

27 Corte Interamericana de Derechos Humanos (Washington, 2001) 92. Párrafo 124.

28 Diana Ramírez Carvajal, *La prueba de oficio: una perspectiva para el proceso dialógico civil* (Bogotá: Editorial Externado de Colombia, 2009).

las concepciones del sistema dispositivo, configurando lo que denomina la doctrina como activismo judicial, el cual se puede corroborar desde la elaboración del C.P.A.C.A., siendo este un estatuto procesal creado por los jueces y para los jueces.

Lejos de las pretensiones que inspiraron el C.P.A.C.A. en Colombia, se puede evidenciar que los parámetros, para los litigantes en el ejercicio de la prueba judicial en el procedimiento de lo contencioso administrativo, se limitaron por parte del legislador a remitir a las disposiciones que, en materia procesal civil, regulan la prueba, toda vez que el Código General del Proceso, en materia residual, suple las falencias del C.P.A.C.A., en materias como los impedimentos, las nulidades, el amparo de pobreza, la manera de contar los términos, las clases de diligencias, las costas y el desistimiento.

Finalmente, es importante mencionar que Michele Taruffo explicó la consecuencia de adelantar un proceso rápido y barato, la de generar decisiones incorrectas:

> "Un proceso rápido y barato podría conllevar soluciones incompletas o incorrectas, mientras que una decisión justa puede requerir tiempo, dinero y una actividad judicial por parte de los litigantes y del propio tribunal.
>
> Si un sistema maximiza su eficiencia en términos de rapidez y reducción de costos, lo más probable es que la minimice en cuanto a la precisión y ecuanimidad de la solución del conflicto; por el contrario, si se potencia la eficiencia entendida como una decisión precisa y ecuánime, es probable que se minimice la reducción de inversión en tiempo y dinero"[29].

Así las cosas, la dimensión del derecho a la prueba como derecho humano implica que no prime la agilidad en la producción de fallos en el tiempo, sino que se brinde una solución justa para quien accede al sistema, con una sólida práctica probatoria de las partes y de la misma autoridad judicial, para evitar la vulneración a garantías fundamentales.

8. Conclusiones

- De acuerdo con Taruffo, las reformas introducidas en los sistemas judiciales, solo alcanzarán el grado de eficiencia cuando funcione de manera económica y rápida, y se logren obtener decisiones justas y responsables.
- El derecho a la prueba en el procedimiento administrativo queda a potestad del funcionario estatal, toda vez que el auto que las decreta no tiene recursos.
- La ley 1437 de 2011 reguló básicamente las oportunidades procesales para solicitar y practicar pruebas, dejando en manos de la ley 1564 de 2012, el ejercicio de los medios

[29] Taruffo, *Oralidad y escritura como factores de eficiencia en el proceso civil,* 3.

probatorios aceptados dentro de los procedimientos administrativos y el proceso jurisdiccional.

- El Código fue elaborado por los magistrados del Consejo de Estado, buscando fortalecer los poderes de los jueces, en detrimento de las facultades de las partes. Situación algo arbitraria y carente de legitimidad, pues se logra un código de enjuiciamiento en contravía de los intereses del ciudadano.
- Dentro del proceso judicial administrativo, conviven dos modelos procesales antagónicos, el sistema dispositivo y un sistema discrecional publicista, por parte de los jueces y magistrados de la jurisdicción administrativa con las denominadas pruebas de oficio.
- Aunque se ha propendido por la implementación del modelo oral en los sistemas jurídicos colombianos, lo cierto es que se ha conformado un hibrido en el que el sistema escritural logra mantenerse, como elemento indispensable, para la activación de la jurisdicción y como elemento de respaldo de las actuaciones que surten de manera oral.
- El derecho a la prueba en Colombia ostenta el grado de derecho fundamental desde los postulados del debido proceso en sintonía con su proclamación como DDHH desde las disposiciones de la Convención Interamericana de Derechos Humanos.

Bibliografía

Acero Gallego, Luis Guillermo. *Teoría aplicada de la jurisdicción: Estudio sobre la renovación del trinomio jurisdicción, acción y proceso*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004.

Alvarado Velloso, Adolfo. *Debido proceso versus pruebas de oficio*. Bogotá: Temis, 2004.

Alvarado Velloso, Adolfo. *Introducción al estudio del derecho procesal*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 1995.

Azula Camacho, Jaime. *Manual de Derecho Procesal. Tomo VI. Pruebas judiciales*. Bogotá: Temis, 2008.

Betancur Jaramillo, Carlos. *Derecho procesal administrativo*. 8.ª edición. Medellín: señal editora, 2013.

Ley 1564 de 2012, 12 de julio de 2012, por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. *Diario Oficial* 48489. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1564_2012.html.

Ley 1437 de 2011, 18 de enero de 2011, por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. *Diario Oficial* 47956. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1437_2011.html.

Ley 2080 de 2021, 25 de enero de 2021, por medio de la cual se Reforma el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. *Diario Oficial* 51568. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_2080_2021.html.

Ley 906 de 2004, 31 de agosto de 2004, por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. *Diario Oficial* 45658.

Constitución política de Colombia. Julio 7 de 1991.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-034. Magistrada Ponente: María Victoria Calle Correa. 2014.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-131 de 2002. Magistrado ponente: Jaime Córdoba Triviño.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-146. Magistrado ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. 2015.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá*. 2001. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_72_esp.pdf

Dellepiane, Antonio. *Nueva teoría de la prueba*. Bogotá: Temis, 2001.

Hunter Ampuero, Iván. "La iniciativa probatoria del juez y la igualdad de armas en el proyecto de código procesal civil. *Revista Ius et praxis*, vol. 17, nº 2 (2011): 53-76.

Namen Vargas, Álvaro. "Régimen probatorio, nulidades e incidentes en el nuevo código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo". En *Seminario internacional de presentación del nuevo código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo.* Bogotá: Imprenta nacional de Colombia, 2011.

Parra Quijano, Jairo. *Manual de derecho probatorio*. 11.ª edición. Bogotá: Ediciones librería del profesional, 2000.

Quintero Navas, Gustavo. "Procedimiento administrativo electrónico: aportes de la ley 1437 de 2011". Documento Gecti, Numero 12". *Revista de derecho, comunicaciones y nuevas tecnologías*, nº 5 (2011).

Ramírez Carvajal, Diana María. *La prueba de oficio: una perspectiva para el proceso dialógico civil.* Bogotá: Editorial Externado de Colombia, 2009.

Taruffo, Michele. "Oralidad y escritura como factores de eficiencia en el proceso civil". 2008.

CAPÍTULO XIX

Estándares de prueba: realidad o ficción en la obra de Michele Taruffo

> [...] Se puede concluir que el proceso debe estar orientado hacia la consecución de una decisión verídica, o sea correspondiente en la mayor medida posible con la realidad de los hechos
>
> Michele Taruffo

Luis Orlando Toro Garzón y

Lucero Ocampo Henao

1. Introducción

Los estándares de prueba son herramientas de orden procesal que, con desarrollo normativo y jurisprudencial, se orientan al razonamiento evaluativo de la prueba y la decisión judicial. Estos adquieren importancia si el juez es profesional y está caracterizado desde un sistema jurídico que se inspira en la decisión justa, a partir de la verdad como fin y la racionalidad y la argumentación jurídica como ejes de objetividad. Así, el presente estudio busca particularizar sobre el concepto, la estructura, la clasificación y su aplicabilidad, con enfoques generales en el ámbito civil y penal, tomando como fundamento los criterios hermenéuticos del maestro Michele Taruffo.

En primer lugar, se contextualiza dogmática y jurídicamente sobre los estándares de prueba. En segundo orden, se realizan acercamientos a estas herramientas desde las concepciones epistémicas de conocimiento, verdad y objetividad en la obra de Michele Taruffo. Por último, se identifican algunas posturas convergentes y divergentes sobre estándares de prueba, teniendo en consideración sus entornos polivalentes. El método investigativo es cualitativo y dogmático jurídico, con enfoque de estudio exploratorio y

descriptivo. Como resultado principal se establece que, los estándares de prueba dinamizan el proceso y legitiman la decisión judicial, pues aumentan la posibilidad de objetividad y de control intersubjetivo.

2. Aspectos generales del estándar de prueba

2.1 Referente conceptual

La expresión "Estándar de prueba", (en adelante SP), precisa de ser conceptualizada a partir de su composición gramatical y acorde a la unificación dada por la RAE, por ello, ha de entenderse el estándar como modelo, norma, nivel, patrón o referencia; y prueba como razón, argumento, instrumento u otro medio con que se pretende mostrar y hacer patente la verdad o falsedad de algo, sin desconocer otras variables del concepto de prueba que en el orden jurídico han sido ampliamente desarrolladas en la jurisprudencia y la doctrina por efecto de los estadios evolutivos de los sistemas jurídicos.

Al unir las dos expresiones de forma sintáctica, en armonía con la cultura jurídica imperante, se puede entender que el estándar de prueba está construido como un modelo o patrón de conocimiento posvalorativo de la prueba, que debe ser tenido en cuenta por el decisor en relación directa con la corroboración necesaria de los hechos, para poder afirmar y justificar que un hecho de relevancia jurídica está probado desde un nivel de conocimiento dado, de acuerdo con lo establecido como parámetro de razonabilidad y objetividad.

2.2 Antecedentes

El estándar de prueba tiene su génesis en el proceso penal inglés. Este igualmente se estima como la regla fundamental para la toma de decisiones en el proceso penal norteamericano; asimismo, existen tendencias y regulaciones de aplicación concreta de esta institución en ordenamientos propios del derecho continental-europeo como el italiano, el español y el colombiano, entre otros.

En esta localización de los orígenes del estándar, (Vásquez 2013, 13-20), sostiene que, los estándares de prueba son muy poco comunes en los sistemas de tradición romano-germánica, en nuestro sentir, tal vez por incidencia del sistema de libre valoración de la prueba y el repudio generalizado hacia el sistema de tarifa tasada en la modernidad y sumado a ello, por el arraigo de la solución de controversias a cargo de jueces profesionales y no legos o de jurados como es costumbre en el sistema anglosajón o de cultura *Common Law*.

Los estándares son de diversa connotación cognitiva, dado los niveles de corroboración fáctica que se exige en los diferentes sistemas jurídicos o como consecuencia de parámetros

de precedente judicial consolidado que sirven a los jueces para fundar su criterio de decisión. El momento efectivo del estándar acontece luego de pasar por los contextos de descubrimiento, interpretación y justificación probatoria. El uso e influencia varía de un sistema procesal a otro y depende también de la materia y el interés que se dispute, bien sea de carácter penal o civil. Por ejemplo, los sistemas de rasgo acusatorio, cuando de asuntos criminales se trata, señalan como estándar que el juez esté en un conocimiento "más allá de duda razonable"; pero si la controversia es de carácter civil utilizan el de probabilidad prevalente, que se expresa en la fórmula "más probable que no", lo cual evidencia niveles de exigencia mayor para el orden penal.

2.3 El estándar de prueba a partir de la doctrina

En la doctrina de orden nacional e internacional, resaltan algunas convergencias y divergencias sobre el concepto y la utilidad de esta institución jurídica ante las tendencias racionalistas[1] y los criterios de orientación hacia una perspectiva de la decisión justa. No obstante, mayoritariamente, el estándar de prueba es admitido como el nivel de conocimiento arraigado en las esferas del convencimiento o convicción que de un lado dan seguridad al juez para decidir como aspecto subjetivo y de otro legitiman su gestión por la intersubjetividad que aporta como garantía procesal de linaje objetivo[2].

En ese sentido conceptual Laudan[3] define los estándares de prueba "como los criterios que indican cuando se ha conseguido la prueba de los hechos", en ese mismo orden Ferrer puntualiza que "el estándar de prueba es un umbral a partir del cual se acepta una hipótesis como probada". Tal como se evidencia existe convergencia en cuanto al concepto, aunque con ello no se agotan las dimensiones de impacto de los estándares de prueba, pues a manera de cita parcial, criterios como la verdad como horizonte del proceso, el razonamiento y sus reglas jurídicas y lógicas, la dialéctica y su técnica, el proceso como escenario de garantía y su complejidad, y los derechos privilegiados, pueden afectar su manejo y su contexto.

De otro lado, Vásquez[4] indica que el concepto de estándar de prueba, "surge del acto de valorar la prueba, de darle un peso demostrativo, o de asignarle por parte del juez – validez a través del sistema de valoración adoptado". Por su parte (Torres 2012, 783) manifiesta

---

1 Al respecto Jordi Ferrer Beltrán, La prueba es libertad, pero no tanto. Una teoría de la prueba cuasibenthamiana, en *Estándares de prueba y prueba científica. Ensayos de epistemología jurídica* (Madrid: Marcial Pons, 2013), de forma particular, señala al Inglés Jeremy Bentham como precursor de la denominada tradición racionalista en relación con la valoración probatoria y la decisión judicial, 21.

2 Este a su vez, es una herramienta jurídica fundamental para la argumentación jurídica y la decisión judicial racional.

3 Larry Laudan, *Verdad, error y proceso penal* (Madrid: Marcial Pons, 2013).

4 Carmen Vásquez, E*stándares de prueba y prueba científica: ensayos de epistemología jurídica* (Madrid: Marcial Pons, 2013).

que "un estándar probatorio es la respuesta que ofrece la ley procesal ante la inquietud de cuándo una narración se encuentra acreditada (o descartada) al concluir el litigio". Estas afirmaciones se justifican si aceptamos que el juez, para aclarar dudas sobre los hechos que ocurrieron y fueron llevados al proceso —parcialmente por lo regular— acude a un estándar de prueba en el cual puede sustentar el sentido de su decisión. Como se ve en los criterios aquí mencionados trasluce el estándar de prueba conceptualizado desde sus cualidades y esencia teleológica frente a la función cognitiva y epistemológica de la prueba y no como un simple fenómeno jurídico visto de forma meramente con naturaleza semántica y vacío.

No queda duda, en consecuencia, que el concepto de estándar es pacífico, en cuanto a calificarlo como el nivel de conocimiento al que debe llegar el juez, pero consideramos que dicho nivel debe estar en el plano pragmático de la mayor posibilidad de objetividad[5], en aras de alejar la decisión del escepticismo social y jurídico.

Con el término escepticismo se hace alusión a aquellos autores que sitúan el estándar de prueba en el criterio de subjetividad como único vértice de existencia jurídica, sobre el cual propenden por acompañarlo a través de postular el aumento de confianza en el juez —así sea en la cultura del *Civil Law*—. No se puede negar que en toda decisión la subjetividad tiene asiento, a pesar de principios que rechazan el conocimiento privado y la prueba y su valoración a espaldas de las partes o sin equilibrio de carga probatoria; sin embargo, dar vía libre, nuevamente, a la íntima convicción o la certeza judicial del órgano decisor sería retroceder en la conquista de orden racionalista avalada por los nuevos desarrollos constitucionales y convencionales.

2.4 El estándar de prueba según la jurisprudencia

En Colombia, las tres altas cortes de cierre más descollantes de la jurisdicción, esto es, la Corte Constitucional[6], la Corte Suprema de Justicia[7] y el Consejo de Estado[8], han mantenido una postura consistente y consolidada en cuanto a caracterizar al estándar de prueba como un nivel de conocimiento de desarrollo legal y jurisprudencial, que sirve de fundamento a decisiones justas que orbitan en el razonamiento del juez. En este escenario impera la

---

5 La objetividad se aumenta cuando la prueba es más relevante, más ostentosa, menos limitada con presunciones o tarifa legal de orden legislativo y cuando se cumple con los deberes y cargas procesales de prueba y sobre todo cuando su razonamiento es técnico, serio y riguroso.

6 Véase al respecto que en la Sentencia SU-635 2015 define el estándar como un umbral que le permite al juez determinar las razones fundadas para tomar una decisión.

7 Esta alta Corporación en la sentencia de radicado SC-9193 de 2017 define el estándar de prueba como: El grado de conocimiento requerido para la condenar (certeza - racional).

8 A manera de ejemplo en la sentencia de radicado 2362-12 de 2016, califica el estándar de prueba como el grado de conocimiento que le permite al juez determinar la existencia de un hecho o hipótesis en la que el juez sustenta la decisión.

discrecionalidad, pero limitada por su compatibilidad con el desarrollo y adhesión del sistema procesal a los criterios y técnicas de motivación alienadas al debido proceso y, con ello, al garantismo como núcleo esencial del proceso. Estas corporaciones han delimitado con claridad los momentos probatorios y el momento decisorio, este último es una escena compuesta de al menos dos factores, de un lado está el juez que ya valoró y conoce la realidad probatoria del proceso, es decir, sabe sobre sus debilidades o fortalezas frente a la hipótesis propuesta de parte y, de otro, está el ejercicio como atributo jurisdiccional de calificación de esta información dentro del estándar, ya sea penal o civil.

2.5 Clases de estándar de prueba

El estándar de prueba en su evolución, se clasifica según el contexto procesal, según el peso probatorio necesitado, según las implicaciones de las decisiones a los derechos y garantías, además, según la aceptación doctrinal y jurisprudencial. A no dudarlo, la doctrina y la jurisprudencia han sido fundamentalmente incidentes para la particularización y forma de implementación de los estándares. A continuación, se presentan los estándares más recurrentes en el orden internacional y nacional.

2.5.1 Conocimiento más allá de toda duda razonable o BARD (Beyond All Reasonable Doubt)

El estándar de prueba de conocimiento, "más allá de toda duda razonable", tiene su origen en el sistema del *Common Law*, es decir, en el derecho consuetudinario. Basado primordialmente en las decisiones adoptadas por los tribunales, es un sistema eminentemente jurisprudencial. Posteriormente, el estándar de prueba ha sido trasladado a algunas legislaciones del sistema continental europeo, donde prima el derecho codificado, entre los que se destaca el código procesal penal colombiano.

Afirman (Bustamante y Toro 2016) que el estándar de prueba en el proceso penal, indudablemente es el límite de discrecionalidad valorativa e inferencial de la prueba; asimismo, es el mayor desafío del juez, quien se debe mover en el ámbito de la valoración con base en los criterios de la sana crítica y una decisión que se corresponda con el cumplimiento al nivel de conocimiento logrado y exigido.

Consideramos que el juez debe adoptar una actitud de cautela y control en todos los estudios de la actividad probatoria[9] para obtener el insumo de conocimiento adecuado y correctamente depurado, pero es en el momento de decisión donde realmente se resuelve si

[9] Los momentos procesales de la actividad probatoria en la obra de Ferrer Beltrán, La prueba es libertad, pero no tanto, 26-27, son la conformación del conjunto de elementos de juicio o pruebas, la valoración de los elementos de juicio o pruebas y por último la adopción de la decisión sobre los hechos probados.

la eficacia probatoria, lograda inicialmente, tiene entidad cognitiva suficiente para superar las dudas del juez y las garantías que fortalecen el estatus de inocente del procesado, la que se muestra como armadura jurídica de peso constitucional y convencional vestida de presunción legal, más acompañamiento de la duda a su favor.

En ese mérito reforzado, este estándar de prueba requiere de una rigurosa precisión, ya que, por ser de ámbito penal, la culpabilidad es una excepción y no una generalidad, como lo indica (Laudan 2013, 157) es crucial entender la lógica de la interacción entre el estándar de prueba y el beneficio de la duda.

2.5.2 Probabilidad preponderante o prevalente

El estándar de prueba denominado bajo la construcción de la regla "más probable que no", en algunos ordenamientos jurídicos, se encuentra establecido en la ley o puede desprenderse de la normativa imperante, como ocurre por ejemplo en el caso de Estados Unidos; como también existen muchos otros ordenamientos en que no existe ninguna norma expresa que haga referencia a este estándar y sin embargo se le entiende y aplica como un criterio de racionalidad mínima.

En otros términos, este se configura como la forma privilegiada para dar un contenido positivo al principio del libre convencimiento del juez, guiando y racionalizando la discrecionalidad del juez en la valoración de las pruebas, eliminando toda implicación irracional de esta valoración y vinculando al juez con la carga de criterios intersubjetivamente controlables.

El estándar de la probabilidad prevalente como también es conocido por la doctrina se funda en algunas premisas principales: a) que se conciba la decisión del juez sobre los hechos como el resultado final de elecciones en torno a varias hipótesis posibles relativas a la reconstrucción de cada hecho de la causa; b) que estas elecciones se conciban como si fueran guiadas por criterios de racionalidad; c) que se considere racional la elección que toma como "verdadera" la hipótesis sobre hechos que resulta mejor fundada y justificada por las pruebas respecto a cualquier otra hipótesis; d) que se utilice, como clave de lectura del problema de la valoración de las pruebas, no un concepto genérico de probabilidad como mera no-certeza, sino un concepto específico de probabilidad como grado de confirmación de la veracidad de un enunciado, sobre la base de los elementos de confirmación disponibles. (Taruffo 2005, 1298)

3. La obra de Michele Taruffo: aceptación y aplicabilidad de estándares de prueba para la decisión justa

Aunque cabe advertir que el desarrollo que mostró el maestro Michele Taruffo respecto a este tema, no es igual de profundo en comparación con otros autores como Marina Gascón Abellán o Larry Ludan, sí se puede decir que Taruffo en su obra, dio una definición de lo que consideraba debía ser entendido como estándar de prueba y también caracterizó el concepto como el requerimiento para determinar si un enunciado fáctico ha sido probado o no[10].

En sus intervenciones o posturas escritas, recalcó la ausencia de tratamiento unificado frente al tema de los SP por parte de la doctrina. Responsabilizó al sistema de valoración de la "libre convicción" de esta circunstancia, ya que consideró que el SP se estableció para dejar las decisiones judiciales al arbitrio del juez, y no se profundizó en las reglas que había para la producción de sentencias.

En búsqueda de consolidar los criterios de Taruffo, respecto al tema de los SP, pasamos a continuación a citar algunos de sus aportes doctrinales, consecuente a la intención del presente estudio.

3.1 Conocimento científico y estándares de prueba judicial[11]

Bajo este título, Taruffo particulariza sobre las bondades de la ciencia, en cuanto a los aportes de conocimiento en vía epistemológica al proceso judicial, resaltando su natural e inescindible relación con el derecho probatorio, no obstante, clasifica este conocimiento dependiendo de si es originado con aporte de las ciencias duras[12] y aquel que deviene de las ciencias humanas o sociales[13].

Sobre las ciencias duras, reconoce que el juez tiene menos posibilidad de evaluar con su propia ciencia, al contrario, respecto de las ciencias humanas o sociales plantea dos vías de valoración de la prueba que de esta deriva: la valoración que anticipadamente se impone en la ley y la libre valoración confiada al juez. Precisamente, en el campo de la libre valoración, Taruffo señala que el juez debe estar orientado a la decisión justa, la cual es una condi-

---

10 Michele Taruffo, La prueba científica en el proceso civil. http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1971/7.pdf (Última consulta 28 de noviembre de 2010).

11 Este es el título, con el que Michele Taruffo, participó en el periódico Boletín mexicano de derecho comparado: Michele Taruffo, "Conocimiento Científico y estándares de prueba judicial", *Boletín mexicano de derecho comparado*, vol. 38, nº 114 (2005).

12 Son algunas de las ciencias duras, por su mayor contenido de objetividad y generalidad en el conocimiento: Matemáticas, Química, Física, Biología, Medicina y la Astronomía.

13 Son algunas ciencias blandas, por ser relativas a ciertas condiciones particulares en función del conocimiento: La Economía, la Sociología, la Antropología, la Psicología y la Historia.

ción necesaria para la justicia de la decisión, que, en esa vía de decisión justa, se debe buscar la verdad así esta no sea absoluta sino relativa. Califica la verdad como relativa por las formalidades y complejidades que cotidianamente afectan el resultado cognitivo en el proceso.

Desde el enfoque de la verdad relativa, el autor se ubica en la perspectiva racionalista, para indicar que el juez se encuentra ante diferentes grados de confirmación al valorar las pruebas, por ello el concepto de probabilidad que se alcanza como escenario lógico inductivo no es unívoco. De ahí que Taruffo integre al conocimiento en el proceso, los criterios de limitación a la discrecionalidad del juez, a los que también denomina estándares de prueba.

Para este inmenso jurista del siglo XXI, los SP son criterios que debe atender el juez al valorar discrecionalmente la prueba, para establecer cuándo ha sido probado o no probado un determinado hecho. Sobre su clasificación, es concluyente al precisar que una cosa es el estándar aplicable en el campo civil, reconociendo para este, "el de la probabilidad prevalente, o sea, más probable que no, o también conocido como el *preponderance of evidence*", anunciando que este normalmente no tiene regulación normativa y requiere de un menor nivel de convicción para que el juez pronuncie la decisión en uno u otro sentido de los extremos de la litis. Para el ámbito penal, Taruffo reconoce que el estándar de origen inglés y acogido en la *Rule 401* de las *federal rules of evidence* estadounidenses denominado "la prueba más allá de toda duda razonable" o *Proof Beyond Any Reasonable Doubt*, requiere de mayor grado de confirmación, dado que en materia penal las garantías procesales están reforzadas en favor del acusado, siendo fundamento de esta protección la presunción de inocencia y la duda razonable siempre a favor de este.

De las razones de importancia de los SP, el maestro Taruffo resalta que estos: sirven de guía y racionalización de la discrecionalidad del juez en la valoración de la prueba y en la justificación de la decisión, permiten el control intersubjetivo, aportan criterios para elegir entre varias hipótesis posibles, denotan la importancia del problema de la valoración probatoria en forma particular.

Finalmente, en Taruffo es dable entender que los SP enunciados no son los únicos; que pueden ser de aceptación otros que requieren menor grado de confirmación fáctica. Es el caso de otras decisiones que el juez debe tomar en el proceso; ilustra, a manera de ejemplo, el SP de *una semiplena prueba* aplicable para la imposición de medidas cautelares. Al respecto recuérdese que en Colombia el proceso penal, regulado en la Ley 906 de 2004, está configurado con SP mínimos para ciertas decisiones relacionados con la libertad, la intimidad y el impulso de las diferentes fases del proceso.

3.2 Tres observaciones sobre: "por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar", Larry Laudan[14]

Taruffo (2005) —al analizar el criterio subjetivo que asume Larry Laudan sobre los aportes de los SP en la valoración de la prueba, en un escenario de aceptación y de rescate de la importancia de los SP en el proceso, en relación particular con la valoración probatoria y la decisión judicial— formula cuestionamientos a lo que ha de considerarse escepticismo de objetividad de este reconocido autor en el orden penal. Precisamente en su crítica respetuosa como solía ser, desde un fin constructivista, refleja por el contrario optimismo sobre la objetividad, aunque no absoluta, que pueden emerger, de la adecuada utilización de los SP en el razonamiento y la justificación de la decisión.

Taruffo, al inferir, en la obra de Laudan, lo que denominó *necesidades insatisfechas de objetividad* en la determinación judicial de los hechos, propone tres tipos de observaciones para denotar los aciertos y desaciertos del criterio negacionista de objetividad: **la primera**, se fundamenta en que Laudan "se dirige a criticar el carácter subjetivo que parece implícito en la adopción de los habituales estándares de prueba y, en particular, del estándar BARD"; **la segunda**, se relaciona con "el análisis que Laudan realiza a propósito del BARD y las razones por las que él sostiene que ese estándar no ha evitado el subjetivismo en las decisiones sobre los hechos"; y, **la tercera**, se evidencia a partir de "aquella parte del discurso de Laudan en la que él, hace referencia a los efectos de individualizar un criterio "objetivo" de valoración de la prueba alternativo al BARD, al concepto de *plausibility* propuesto especialmente en algunos escritos de Ronald Allen."

Respecto de la primera observación —en que Laudad "se dirige a criticar el carácter subjetivo que parece implícito en la adopción de los habituales estándares de prueba y, en particular, del estándar BARD"— afirma que: "Laudan considera que el BARD no asegura un nivel adecuado de racionalidad objetiva de la decisión", en argumento que sigue dice, que esta exigencia de objetividad puede ser compartida en términos generales. Acoge igualmente, tal como lo reseña Laudan, que la objetividad no puede ser dejada al arbitrio de quien decide y, en particular, la valoración de la prueba no puede ser sometida a la íntima convicción subjetiva. Para fundar esta observación pone de relieve que, en el proceso penal de Italia —a diferencia del civil—, en el antiguo sistema inquisitivo, el proceso estaba orientado a la determinación de la verdad objetiva de los hechos. En ello, no ve ningún reparo relacionado con los SP. Sin embargo, reconoce que, con los cambios constitucionales y, a partir del código procesal de 1988, con la implantación del sistema acusatorio, se produce

[14] Larry Laudan, "¿Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar?", Revista doxa, cuadernos de filosofía del derecho, vol. 28 (2005). Taruffo defiende la objetividad de los SP desde la racionalidad de la decisión judicial. Y la verdad como fin procesal y probatorio.

un desequilibrio estructural de la posición de las partes en el proceso penal, a partir de la adopción de la presunción de inocencia.

Con esta presunción de inocencia de origen constitucional, dice que ya la búsqueda de la verdad es una mera eventualidad en el proceso, pues importa más no condenar por error a un inocente, que el error de absolver a los culpables. Señala Taruffo que, sistemáticamente, se favorece al imputado y se desfavorece al acusador con la imposición de la carga probatoria a este. Termina sosteniendo que, al desequilibrio estructural, se adiciona que en materia penal el SP es muy elevado (como el BARD) para la prueba de acusación. Que con ello se pretende que la carga de prueba sea difícil de satisfacer y los errores en el proceso penal se distribuyen con finalidad de favorecimiento al imputado. Dice que lo que importa no es la correcta decisión o su coincidencia con la verdad, sino el imputado y sus garantías, que ello es cuestión de política y moral plenamente compatible. Por nuestra parte consideramos que esta es una clara referencia de Taruffo a los factores que afectan la objetividad de la decisión, de lo cual queda descartado que la objetividad se afecte solo por el nivel tan elevado de exigencia de sobrepaso de la duda y presunción de inocencia del SP de orden penal.

Al referirse al campo civil, considera que a pesar de los criterios elaborados por la doctrina, en cuanto a que, en el proceso no se busca la verdad; para él las controversias privadas deben ser resueltas con una decisión *justa* "y que es condición necesaria (obviamente no suficiente) para que se obtenga una decisión justa que esta se funde en una determinación de la verdad de los hechos de la causa", que, por ello, no puede existir desequilibrio entre las partes; así, la prueba tasada, y ningún tipo de regla limitante de las pruebas útiles para encontrar la verdad, debiera existir.

El autor afirma en consecuencia que, haciendo énfasis en la paridad de armas, decae un SP particularmente elevado para la demostración de la verdad de los hechos, por ello sostiene, no es casualidad que el SP en civil no sea el BARD sino el de "probabilidad prevaleciente, del 'más probable que no' o de la *preponderance of evidence*". Siguiendo el criterio de Taruffo, se considera fundamental diferenciar las particularidades del proceso penal y del proceso civil y los sistemas jurídicos en que estos se ubiquen, por política o directriz normativa, en comunión con los SP, para poder afirmar sobre la objetividad que se puede esperar en el horizonte procesal.

En cuanto a la segunda observación —al análisis que Laudan realiza a propósito del BARD y las razones por las que él sostiene que ese estándar no ha evitado el subjetivismo en las decisiones sobre los hechos— afirma Taruffo que el análisis de falta de objetividad de Laudan se basa en la aplicación del BARD en el proceso norteamericano, pero este no puede ser el soporte para calificar su aporte de objetividad, porque allí la primera instancia la decide un jurado conformado por un grupo de ciudadanos que no tienen que motivar sus decisiones y gozan del acto de fe en sus decisiones por parte de la sociedad y por cuestión de

política; por ello, allí no puede tener incidencia el SP. Considera eso sí, que la objetividad se puede verificar en las instrucciones del juez al jurado y en las afirmaciones de la Corte de Apelaciones o la Corte Suprema.

Para sostener los aportes de objetividad de los SP, utiliza la teoría comparatista, que en recurrentes escritos fue su fundamento de grandes planeamientos en torno a los sistemas jurídicos, en particular tomando como referente el modelo del *Civil Law,* en cuanto al proceso alemán, italiano y francés, en los que defiende la posición del juez como un jurista profesional, de carrera y a quien se le puede preparar y esperar que entienda el manejo del SP del BARD o cualquier otro estándar en la valoración de la prueba. Refiere que "el juez del *civil law* está obligado, incluso por normas constitucionales, a ofrecer una motivación detallada, racional y 'objetiva' de sus propias decisiones". Con esto, aduce que el juez está obligado a objetivar sus decisiones a través del señalamiento de los criterios seguidos y la argumentación de la decisión. Afirma de manera concluyente: "en un contexto de este tipo, tiene sentido pensar en criterios de decisión "objetivos".

Por ello Taruffo, en este escenario comparativo, posiciona el argumento totalmente aceptable, que con estas exigencias al juez en la valoración de la prueba y en la justificación de la decisión, se garantiza el control intersubjetivo y decae el argumento de que el juez decide según su arbitrio subjetivo. Por lo tanto, también nos permite concretar que los SP más elevado en penal o menos elevado en civil, si, sirven de fundamento para aumentar la objetividad de la decisión, pero no son los únicos responsables de esta.

En cuanto al tercer tipo de observaciones —referido a aquella parte del discurso de Laudan en la que él hace referencia a los efectos de individualizar un criterio "objetivo" de valoración de la prueba alternativo al BARD, al concepto de *plausibility,* propuesto especialmente en algunos escritos de Ron Allen— en cuanto a que Laudan se opone a la valoración individual de la prueba y se orienta por una valoración holística de la misma, Taruffo es preciso en indicar la importancia de realizar las valoraciones individuales de las pruebas, como primer paso, y la valoración conjunta, como segundo evento, con una clara obligación de decidir conforme a la demostración de la verdad de los hechos, de acuerdo con la historia y la prueba llevada al proceso por efecto de la acusación o por efecto de la demanda.

Además, Taruffo es claro en rechazar la alternativa de decidirse por lo plausible o no de la historia contada en el proceso por las partes, fortalece, con su discurso, el criterio de objetividad cuando el juez decide conforme a la historia que emana de las pruebas como verídica y no respecto de sus modelos cognitivos propios, o, según sus consideraciones propias y generales de aceptación o según la cultura media de un determinado contexto de personas o de momento histórico o sistema jurídico particular, como puede ser atribuible a los jurados en el proceso norteamericano que deciden aplicando el criterio holístico de la prueba y por

aquella historia más persuasiva o plausible con acompañamiento de su modelo jurídico, que no exige valoración individual de carácter probatorio, ni motivación de la decisión.

En definitiva, considera Taruffo que la experiencia norteamericana, no puede ser importada a los sistemas jurídicos donde se opera con jueces profesionales, pues de estos, se exige valoración probatoria racional individual y conjunta, y esta calificación de decisión solo se logra con orientación en la verdad y no en la verosimilitud, pues esta es una categoría diferente de comprobación de los hechos.

Con lo anterior, desde el título de este trabajo, "Tres observaciones sobre: "por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar", queda de fundamento, que en la construcción académica del maestro Taruffo, los SP de prueba son una realidad desde la era moderna del derecho y por supuesto necesarios en los sistemas jurídicos para mejorar la objetividad en la decisión judicial, siendo de gran relevancia su correcta estructuración para los diferentes momentos del proceso y los campos jurídicos. y su adecuada interpretación. Esta última se expresa de mejor manera en razonamientos de orden lógico, en criterios de racionalidad y en mecanismos argumentativos que estén sobrepuestos en la plataforma de la verdad como fin institucional en el proceso y no sobre las presunciones legales, pruebas tasadas o íntima convicción.

3.3 Verdad, prueba y motivación en la decisión sobre los hechos[15]

A través de este texto, Taruffo (2013) ratifica lo indicado en textos anteriores sobre la realidad del contexto procesal y del uso que en este se hace de las pruebas con el fin de averiguar la verdad de los hechos, pruebas que se interpretan mucho mejor a partir del concepto de probabilidad como confirmación lógica, en el cual, la probabilidad corresponde precisamente al grado de confirmación que las pruebas disponibles permiten atribuir a los enunciados relativos a los hechos de la causa.

Reitera Taruffo que la función de la prueba consiste en proveer al juez los datos cognoscitivos necesarios para establecer cuál de los enunciados puede ser considerado verdadero y con ello poder tomar una decisión.

Teniendo presente que la decisión sobre los hechos se fundamenta en la elección y descripción de estos y que, desde las pruebas, debe recibir un grado adecuado de confirmación lógica, es necesario establecer en qué consiste y cómo se determina la aptitud del grado de confirmación que el juez debe tomar en consideración y si existen criterios normativos dedicados a guiar la elección del juez.

---

[15] Michele Taruffo, *Verdad, prueba y motivación en la decisión sobre los hechos* (Mexico: Coordinación de Comunicación Social, 2013). A lo largo de seis capítulos el autor hace una exposición de los tres elementos que enuncia en el título de la obra: la verdad, la prueba y la motivación judicial. La articulación de estos conceptos y de los que los ligan entre sí resulta interesante.

En algunos sistemas procesales, como lo es el sistema procesal civil, estos criterios no existen ya que la evaluación de las pruebas y, por ende, la decisión sobre los hechos son encargadas a la discrecionalidad del juez. Sin embargo, el hecho de que sea libre el convencimiento de que el juez forma sobre las pruebas, ello no significa que no esté vinculado por normas (de prueba legal) y que la valoración y convicción puedan ser casual o arbitraria. Es más, el discurso valorativo y decisorio tiene que ser guiado por reglas lógicas y criterios que permitan su formulación racional y controlable.

Considera Taruffo que desde esta perspectiva surge la posibilidad de aplicar un criterio racional de decisión, que se puede definir como el de la probabilidad prevalente el cual incluye en realidad dos reglas: la del "más probable que no" y la de la "prevalencia relativa de la probabilidad". La regla del "más probable que no" implica que para cada enunciado factual se considere la posibilidad de que este sea verdadero o falso, lo que significa que del mismo hecho haya siempre dos hipótesis complementarias: una positiva y una negativa; donde el juez tiene que escoger aquella que, con base en las pruebas, tenga un grado de confirmación lógica superior a la otra.

Por otro lado, la situación es notablemente diferente cuando existen estándares normativos, que se refieren a la elección del juez en torno a lo que se considera verdadero en cuanto a lo probado. El ejemplo principal para Taruffo es el que se presenta en el proceso penal donde solo se puede extender la condena cuando la culpabilidad del imputado resulte probada más allá de toda duda razonable.

En definitiva, para Taruffo, elegir entre lo que se considera verdadero en cuanto a lo probado es una elección fundamental de tipo ético —aun antes que jurídico— según la cual es preferible que muchos culpables sean absueltos a que un inocente sea condenado. Esta opción ética conlleva varias consecuencias, una de las cuales concierne precisamente al grado de confirmación probatoria que la hipótesis relativa a la culpabilidad del imputado debe conseguir, para que pueda considerarse como verdadera y pueda, entonces, ser de fundamento aceptable a la condena.

3.4 Convergencias y divergencias sobre estándares de prueba en el proceso

El tema de los estándares de prueba es una preocupación actual, no obstante, la bibliografía al respecto está lejos de ser suficiente y convergente, en ese sentido, no existen criterios unificados que permitan ubicar los SP en un contexto de valoración y en un orden metodológico definido puntualmente, para resolver, amparado en este, sobre los diferentes niveles de probabilidad de ocurrencia fáctica que se pueden presentar en las causas particulares, ya sea del orden penal o civil.

Las posiciones doctrinales con respecto a la institución jurídica del estándar de prueba, y en específico al denominado "más allá de toda duda razonable", son diversas y, en algunos casos, contrarias. Esto debido a que se coloca de un lado aquellos argumentos que aceptan y defienden el estándar como un elemento objetivo y colaborativo en el momento de la decisión y que, además, lo ubican como el nivel de conocimiento que hace parte del cauce de la verdad como fin del proceso. Así, en un lado opuesto, se pueden situar a aquellos argumentos que consideran al estándar desde la perspectiva subjetiva y dotado de incertidumbres para el razonamiento, que no brinda herramientas de plenitud valorativa para argumentar si la decisión es justa o no.

En este escenario, nos permitimos ilustrar tales posturas convergentes y divergentes en torno a los SP, para mayor comprensión e inclusive para determinar su realidad o ficción en el proceso judicial.

Tabla 3. Posiciones convergentes y divergentes

Posiciones convergentes	**Posiciones divergentes**
(Carmen Vásquez 2013) El concepto de estándar de prueba surge del acto de valorar la prueba, de darle un peso demostrativo, o de asignarle, por parte del juez, validez (con respecto a la confirmación verdadera de uno o más hechos, materia de discusión en el proceso) a través del sistema de valoración adoptado.	Ronald Allen Las principales cuestiones conceptuales sobre los estándares de prueba se reducen al significado y la aplicación de la carga de persuasión. El autor asume como correcta la concepción de la carga de la persuasión como grado de probabilidad y expone que la carga de la persuasión es una herramienta importante para comprender el desarrollo del proceso.
(Luz Marina Gascón Abellán 2005) Los estándares de prueba ofrecen una visión heurística y justificativa, ofrecen al juez los criterios para valorar la prueba y determinan el umbral de suficiencia probatoria para que la hipótesis se considere probada. Imponer un estándar de prueba es aclarar cuál es dicho nivel de certeza o de probabilidad que se le va a exigir al juez o al jurado, lo que determina, además, que el éxito o la derrota en la creación de un SP será la construcción de requisitos y parámetros objetivos para poder medir dicha certeza o probabilidad. Los SP son criterios que indican "cuándo se ha conseguido la prueba de un hecho, o sea los criterios que indican cuándo está justificado aceptar como verdadera la hipótesis que lo describe".	(Michael S. Pardo 2013) El profesor analiza los estándares de prueba en el contexto de las teorías generales del proceso probatorio e identifica criterios para evaluar estas propuestas teóricas y el papel que cumplen los estándares de prueba, así concluye que la teoría que entiende los estándares de prueba en términos de probabilidades matemáticas, fracasa en atención a los criterios teóricos que identifica. Pardo propone una concepción explicativa de la prueba para la comprensión del contenido del estándar de prueba de conocimiento más allá de toda duda. Se trata de una concepción alternativa que examina las relaciones que hay entre los enunciados fácticos y las pruebas; en lugar de centrarse en las relaciones probabilísticas.

Posiciones convergentes	Posiciones divergentes
(Michele Taruffo 2005) La valoración debe depender de la credibilidad de cada una de las pruebas, detallando desde allí cada uno de los hechos que han sido demostrados en contraposición a los que no lo han sido, afirmando que: "*un criterio de plausibilidad corre el riesgo de ser cuanto menos genérico, cultural y subjetivamente relativo y, por tanto, carente de toda garantía de objetividad. Un sujeto que debe decidir si una historia relativa a ciertos hechos es o no plausible no puede más que hacer referencia a lo que según él puede ser considerado 'normal' en una situación como la que se le presenta*".	(Larry Laudan 2005) Los estándares de prueba están permeados por una dificultad y es que han sido construidos sin siquiera tener como paso previo la definición clara acerca de qué es un SP y qué características debe cumplir. "*… si no disponemos de un criterio que nos indique las condiciones en que la duda que disponemos de un estándar de decisión objetivo (o al menos intersubjetivo) y cognoscible a priori será razonable (que no podrá ser cuantitativo), no podremos decir en ningún caso*".
(Nicolás Schiavo 2013) Un SP apropiado no depende de una confianza subjetiva en una hipótesis, al contrario, el estándar objetivo de la prueba nos indica cuándo la confianza subjetiva está justificada […] Fuera del derecho, la confianza racional en una conjetura sigue a su prueba, nunca la precede. Pero, dentro del derecho, tal confianza precede, certifica, e incluso constituye, la prueba.	James Q, Whitman (2015) El estándar de la duda razonable, hoy conocido como SP en el proceso penal —más allá de toda duda razonable—, en su evolución histórica, se caracterizó por ser una regla que nació en relación a los jurados no profesionales de orden anglosajón como expresión de la teología moral de la duda y de los viejos temores de la justicia pública a réplicas por errores de decisión, para dar seguridad y tranquilidad en la decisión a dicho jurado en el orden personal y jurídico, y no como limitante a la discrecionalidad valorativa de la prueba particularmente extendida a los jueces profesionales, con la que actualmente se identifica.
(Jordi Ferrer Beltrán 2021) Señala que "los estándares probatorios tienen su finalidad en establecer la veracidad o autenticidad de los hechos para alcanzar la justicia en las decisiones judiciales, lo que implica que se deberá implantar un umbral dentro del cual se aceptará una hipótesis como probada en el ejercicio de la valoración de las pruebas.	

Posiciones convergentes	Posiciones divergentes
(Susan Haack 2013) El estándar de prueba no debe entenderse como una simple cuestión psicológica del grado de convicción del jurado, sino como una cuestión principalmente epistemológica, el grado de creencia *avalado por las pruebas*, o la falta de ello. Considera que, para entender los grados de prueba y los estándares probatorios en el derecho, no debemos acudir a la teoría de la probabilidad, sino, en su lugar, a la epistemología, por eso para ella el lenguaje de los estándares de prueba es también en parte epistemológico.	(Jordi Nieva Fenol 2020) A lo más a lo que se puede aspirar es a que la motivación del juez sea intersubjetivamente razonable, en el sentido de que pueda convencer a la mayoría de observadores. Y en esa tarea es preciso realizar generalizaciones que desbordan el contenido de los estándares, porque no se puede clasificar a través de los mismos esa convicción judicial de manera que el juez diga que está convencido, más convencido o muy convencido, lo cual, además, no deja de ser una sensación absolutamente subjetiva.

Fuente Propia.

4. Conclusiones

En Michele Taruffo:

En estricto sentido, los SP son instrumentos jurídicos diseñados para servir de control a la discrecionalidad valorativa de la prueba. Por ello, su presencia procesal es de mayor relevancia cuando se razona prudentemente en torno a estos, para poder afirmar con convicción cognitiva, si está probada o no probada la hipótesis de respuesta al conflicto suscitado entre las partes.

El razonamiento en torno a los SP varía según el sistema procesal acogido, el momento procesal de aplicación e interés de afectación y en razón de los mínimos o mayores niveles de confirmación probatoria que se necesiten. Para esta diferenciación, es igualmente fundamental la correcta comprensión de los ámbitos civil y penal, pues, en estos, el proceso y sus garantías de respaldo entre partes, posee orientaciones constitucionales y legales diferentes.

Los retos de confirmación y de convicción que se requieren por exigencia de los SP, se resuelven con el equilibrio que se logre entre los actos de probar, valorar, razonar y justificar la decisión y, a su vez, si se garantiza con ello, el control funcional e intersubjetivo como soporte de legitimación decisional.

Al estudiar los SP y sus efectos procesales, queda excluido, en el plano teórico general, que la discrecionalidad de la valoración que el juez realiza acerca de la credibilidad y eficacia de la prueba coincidan necesariamente con un arbitrio subjetivo, irracional e incontrolable; esto porque el juez tiene el deber preciso de extraer de su contacto directo con la prueba, los factores epistémicamente aceptables.

En consecuencia los SP, son una realidad más, no una ficción por efecto de la evolución de los sistemas procesales y la decisión judicial con aceptación de la doctrina procesalista y, en torno a estos, se integran como necesarios para mayor racionalidad: la evidencia de las inclinaciones personales y las orientaciones profesionales del juez, así como la correcta armonía entre los hechos y la prueba de estos con soporte en la adecuada justificación, lo cual favorece la contradicción y con ello, la decisión justa que como horizonte de justicia tiene perfecta aplicabilidad en el campo civil y penal. En este contexto de decisión justa, la determinación de la verdad de los hechos de la causa es fundamental, aunque no absoluta, pues en su búsqueda se incorpora con prioridad, otros componentes procesales como la eliminación o reducción de errores, limitar la tarifa legal, acompañar la libertad valorativa con base al debido y oportuno razonamiento en oposición a la íntima convicción y resolver sobre el manejo de los problemas filosóficos del concepto de verdad

Bibliografía

Allen, Ronald J. "Los estándares de prueba y los límites del análisis jurídico". En *Estándares de prueba y prueba científica. Ensayos de epistemología jurídica*. Madrid: Marcial Pons, 2013.

Carnelutti, Francesco. *Cómo se hace un proceso*. Bogotá: Temis, 2004.

Fenoll, Jordi. *La duda en el proceso penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013.

Ferrer Beltrán, Jordi. La prueba es libertad, pero no tanto. Una teoría de la prueba cuasibenthamiana. En *Estándares de prueba y prueba científica. Ensayos de epistemología jurídica.* Madrid: Marcial Pons, 2013.

Ferrer Beltrán, Jordi. *Prueba sin convicción. Estándares de prueba y debido proceso*. Madrid: Marcial Pons, 2021.

Gascón Abellán, Marina. *Los hechos en el derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2004.

Gascón Abellán, Marina. "Sobre la posibilidad de crear estándares de prueba objetivos". *Revista doxa, cuadernos de filosofía del derecho*, vol. 28 (2005).

Haack, Susan "El probabilismo jurídico: una disensión epistemológica". En *Estándares de prueba y prueba científica*. *Ensayos de epistemología jurídica*. Madrid: Marcial Pons, 2013.

Laudan, Larry. "¿Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar?" *Revista doxa, cuadernos de filosofía del derecho,* vol. 28 (2005).

Laudan. Larry. "Prólogo". En *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007.

Laudan, Larry, 2013: Verdad, error y proceso penal, Madrid: Marcial Pons.

Pardo, Michael S. "Estándares de prueba y teoría de la prueba". En *Estándares de prueba y prueba científica. Ensayos de epistemología jurídica,* 99-118. Madrid: Marcial Pons, 2013.

Schiavo, Nicolás. *Valoración racional de la prueba en materia penal: un necesario estándar mínimo para la habilitación del juicio de verdad*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2013.

Taruffo, Michele. *Verdad, prueba y motivación en la decisión sobre los hechos*. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2013.

Taruffo, Michele. "Conocimiento Científico y estándares de prueba judicial". *Boletín mexicano de derecho comparado,* vol. 38, nº 114 (2005): 1285-1312.

Taruffo, Michele. *La Prueba.* Barcelona: Marcial Pons, 2008. https://letrujil.files.wordpress.com/2012/01/la-prueba-michele-taruffo.pdf

Taruffo, Michele. *La prueba de los hechos.* 3.ª ed. Madrid: Trotta, 2009.

Taruffo, Michele. "Tres observaciones sobre 'Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar'" (2005).

Taruffo, Michele. "Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa" (2006).

Taruffo, Michele. *La prueba científica en el proceso civil*. http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1971/7.pdf

Toro, Luis, y Mónica Bustamante. "El estándar de prueba en el proceso penal. 'El conocimiento más allá de toda duda razonable'. Algunas generalidades desde la legislación y la jurisprudencia colombiana". En *El derecho probatorio y la decisión judicial*, 74-105. Medellín: Sello Editorial Universidad de Medellín, 2016.

Vásquez, Carmen. *Estándares de prueba y prueba científica: ensayos de epistemología jurídica*. Madrid: Marcial Pons, 2013.

Whitman, Q. *Orígenes de la duda razonable: raíces teológicas del proceso penal*. Palermo: Colección ciencias jurídicas, 2015.

CAPÍTULO XX

Hechos jurídicos y su relevancia en la motivación de las decisiones judiciales que generan precedentes judiciales vinculantes en el derecho brasileño

Legal facts and their relevance in the motivation of the judicial decisions with binding effects in Brazilian law

Camilo Zufelato

1. Introducción

Este artículo tiene como objetivo, a partir del análisis de la obra de Michele Taruffo, resaltar la importancia de los hechos para la motivación de las decisiones judiciales y su correlación con la formación de la *ratio decidendi* de precedentes judiciales vinculantes. Además, el artículo también pretende mostrar cómo el sistema procesal brasileño debe ser más analítico sobre los hechos que caracterizan sus precedentes, especialmente la *súmula*.

2. Hechos, motivación de las decisiones judiciales y precedentes en la obra de Michele Taruffo: justificativa por la elección del tema

Este texto busca conectar tres temas fundamentales en la obra de Michele Taruffo: i) la relevancia de los hechos para la decisión judicial; ii) cómo estos mismos hechos son parte de la motivación de la decisión y iii) la importancia de los hechos en la teoría de los precedentes

judiciales en la atribución de su identidad y trascendencia. La perspectiva de análisis se centra en la experiencia jurídica brasileña reciente —con algunas reflexiones sobre países latinoamericanos— en la adopción de precedentes judiciales vinculantes como característica sobresaliente en las últimas reformas procesales que ha experimentado el país.

La vasta obra de Taruffo constituye el marco teórico fundamental para las reflexiones sobre la combinación de estos tres temas, cuyo *análisis estará guiado por el carácter determinante de los hechos en la acción jurisdiccional*. La producción académica de Taruffo sobre estos temas es muy rica y fructífera, por lo que para introducir el tema se utilizan pasajes considerados significativos en el pensamiento del autor, obviamente sin pretensiones de agotar su rico conjunto de obras sobre el tema.

En cuanto a los hechos y su relevancia para el proceso, Taruffo observa que el reconocimiento de los hechos está vinculado a la aplicación de las reglas al caso concreto, en una relación complementaria que no permite que los hechos —ni siquiera el derecho— existan en aislamiento.

> "Inoltre, nel proceso si dimostrano fatti non per soddisfare esigenze di conoscenza allo stato puro, ma per risolvere controversia giuridiche vertenti sull'exigenza di diritti: si accerta cioè il fatto non in sè, ma in quanto esso è il presupposto per l'applicazione di norme nel caso concreto. Si intuisce allora facilmente come non si possa parlare di "fatto" separandolo completamente dal "diritto", o dimenticandone le implicazioni giuridiche. Non si vuole con questo richiamare qui tutta la tradizione, e per molti versi logora, problematica dei "rapporti tra fatto e diritto". Essa nasceva spesso da equivoci metodologici e non teneva conto delle peculiarità dei diversi ordinamenti, ricercando definizioni assolute dove bisognava invece numerose questioni non legate al problema della prova nel processo. Occorre tuttavia tener presente un fattore importante: nel processo i fatti di cui occorre stabilire la verità vengono individuati sulla base di criteri giuridici, rappresentati essenzialmente dalle norme che si ritengono applicabili per decidere la specifica controversia. Per usare una formula sintetica: è il diritto che definisce e determina ciò che nel processo constituisce "il fatto". Ciò non implica nè consente confusioni tra fatto e diritto, nè tanto meno autorizza a destituire di autonomia il fatto per diluirlo e annullarlo nella genérica dimensione giuridica della controversia […]".[1]

Si bien esta idea básica puede parecer bastante obvia y evidente, parece fundamental retomarla, especialmente en lo que respecta a la importancia de los hechos en la motivación de la decisión que genera precedentes vinculantes, ya que en muchos países de *civil law* existe una tendencia —equivocada— a que las decisiones de las cortes supremas se limitan

[1] Michele Taruffo, *La prova dei fatti giuridici* (Milano: Giuffré, 1992), 69-70.

a cuestiones de derecho, por lo que los hechos son insignificantes, o incluso imposibles de analizar en el contexto de las decisiones de la Corte Suprema.[2]

El hecho de que la interpretación de las normas sea una actividad esencial de las Cortes Supremas no significa que la atribución de sentido a las normas no dependa inexorablemente del análisis de los hechos que sustentan el caso concreto. La construcción de la *ratio decidendi* requiere un análisis exhaustivo de los hechos.

Como se verá a lo largo de este texto, las posiciones de Taruffo sobre la necesidad de que los hechos integren el significado de la decisión judicial son emblemáticas y, en consecuencia, integren los precedentes.

3. Hechos y motivación de los precedentes judiciales vinculantes en Brasil

Pocos temas han atraído tanta atención de la doctrina, de la legislación y de la jurisprudencia en Brasil como los precedentes judiciales vinculantes.[3] En los últimos 15 años, este es sin duda uno de los temas más debatidos y objeto de intensas reformas legislativas.

Como señala Zaneti, la transformación derivada de la teoría de la constitución, la teoría de los derechos fundamentales, la teoría de la interpretación, comenzó a atribuir al poder judicial en Brasil —y parece que también en varios países latinoamericanos— un desborde de sus atribuciones tradicionales y por lo tanto requiere un fortalecimiento de las decisiones

---

2 "[...] è evidente che la motivazione delle scelte interpretative tende ad essere logicosistematica negli ordinamenti di *civil law*, ove si trata di giustificare l'attribuzione di un certo significato ad uma norma scritta inserita in un sistema di norme, mentre tende ad essere più dialletica e valutativa nel sistema di *Common Law*, ove il problema principale è di individuare la *ratio ratio* decidendi sulla base dei precedenti. Analogamente, la motivazione tende ad essere più 'giuridica' e formalística presso gli ornani giurisdizionali ordinari, ove il problema è di giustificare la 'corretta applicazione della legge', mentre tende ad essere più 'valutativa', presso le Corti costituzionali, ove si trata di giustificare l'affermazione di principi giuridico-politici tratti dalla *Grundnorm* dell'ordinamento". Michele Taruffo, *La motivazione della sentenza civile* (Padova: Cedam, 1975), 23.

3 Son algunos ejemplos de esta profusión de escritos: Georges Abboud, y Lênio Luiz Streck, *O que é isto: o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* 3ª ed. (Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015); Alexandre Freitas Câmara, *Levando os padrões decisórios a sério: formação e aplicação de precedentes e enunciados de súmula* (São Paulo: Atlas, 2018); Ronaldo Cramer, *Precedentes judiciais: teoria e dinâmica* (Rio de Janeiro: Forense, 2016); Rodolfo de Camargo Mancuso, *Incidente de resolução de demandas repetitivas: a luta contra a dispersão jurisprudencial excessiva*. 2.ª ed. (Salvador: Juspodivm, 2019); Luiz Guilherme Marinoni, *Precedentes obrigatórios.* 5.ª ed. (São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016); Patrícia Perrone Campos Mello, *Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo* (Rio de Janeiro: Renovar, 2008); Daniel Mitidiero, *Precedentes: da persuasão à vinculação.* 2.ª ed. (São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017); Marcelo Alves Dias Souza, *Do precedente judicial à súmula vinculante* (Curitiba: Juruá, 2008); José Rogério Cruz E. Tucci, *Precedente judicial como fonte do direito* (São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004); Hermes Zaneti Junior., *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 4. ed. (Salvador: Jus Podivm, 2019).

judiciales para alinearse con los derechos fundamentales y constitucionales consagrados en las constituciones contemporáneas.[4]

Como país típico de *civil law*, históricamente la jurisprudencia siempre se ha adoptada no como una fuente formal del derecho, sino como una guía para orientar e interpretar el sistema legal. Desde los años 1960, el Supremo Tribunal Federal ya contaba con un instrumento simplificador de la jurisprudencia —que no tenía fuerza vinculante— llamada *súmula*, que pretende condensar, en un texto muy breve, la esencia de lo decidido por la Corte.

Algunos de los precedentes se volvieron vinculantes, a través de una Enmienda Constitucional de 2004 (EC n.° 45), abriendo así el camino para que otras decisiones judiciales se conviertan en precedentes vinculantes. Este movimiento ganó fuerza y sistematización con el Código Procesal Civil de 2015 y la creación de una lista de precedentes vinculantes, la gran mayoría formada por las Cortes Superiores del país, pero no todos.[5]

La adaptación de los precedentes en los países de *civil law*, incluidos Brasil y otros países de América Latina, no es automática, ni representa simplemente una mutación lingüística, de la jurisprudencia al precedente. Como acertadamente observó Taruffo, implica el supuesto de una orientación más analítica, con estricta observación de las razones y justificaciones de las decisiones judiciales.[6]

---

4 "[…] a mudança causada pelo advento das constituições rígidas e pelo controle de constitucionalidade também influenciou a teoria das fontes do direito e o princípio da legalidade, sendo da natureza da constitucionalização das normas de direito natural a existencia de normas abertas no texto constitucional com eficácia imediata e autoaplicáveis que introduzem um controle de validade substancial sobre o conteúdo dos atos dos poderes públicos e privados. Portanto, revela-se necessário, para manutenção do caráter contramajoritário dos direitos fundamentais, que estes obriguem independentemente das circunstancias e das maiorias ocasionais. Também aqui, percebemos que a diferenciação entre texto e norma ensejou o reconhecimento da falência da teoria da interpretação formalista, exigindo um trabalho mais intenso dos intérpretes e, portanto, um compartilhamento das funções de decidir e interpretar o conteúdo dos direitos nos contemporâneos Estados Democráticos Constitucionais". Zaneti Junior, *O valor vinculante,* 429.

5 Los siguientes son precedentes vinculantes en Brasil: Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II - os enunciados de súmula vinculante; III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados".

6 "Una primera consideración que vale la pena hacer a este propósito es que el paso de la referencia a la "jurisprudencia" –la cual se da por descontada y es poco significativa para los juristas– al análisis del "precedente", no implica solo una mutación en las actitudes lingüísticas. Ocuparse del precedente en lugar de la jurisprudencia implica realmente la asunción de una orientación más analítica, interesada en profundizar los mecanismos mediante los cuales la decisión de un caso influye sobre la decisión de un caso posterior, y el indagar sus razones y sus justificaciones". Michele Taruffo, "Dimensiones del precedente vinculante", en *Páginas sobre justicia civil*, Traducción de Maximiliano Aramburo Calle (Madrid: Marcial Pons, 2009), 541.

Como señala Taruffo, en esta orientación analítica es fundamental entender cómo el caso proyecta los elementos esenciales para la definición de la *ratio decidendi*, aunque existe alguna divergencia en el *Common Law* sobre su configuración exacta entre hechos y derecho, pero por cualquiera de las posiciones adoptadas, los hechos son siempre fundamentales para la comprensión de la *ratio decidendi*, incluso para la tarea de los jueces de los sucesivos casos, los que aplicarán el precedente. [7]

En este sistema de precedentes vinculantes adoptado en Brasil, que tiene su ejemplo más emblemático en la *súmula*, existe un enorme grado de abstracción de los hechos que dificulta enormemente la identificación precisa de la *ratio decidendi*, lo que puede generar enormes dificultades en la aplicación del precedente. Como ya tuve la oportunidad de expresar, este modelo brasileño se aparta completamente del modelo utilizado en sistemas en los que las decisiones tradicionalmente tienen un *binding effect*.[8]

Tradicionalmente, los precedentes en el derecho brasileño no se refieren a la *ratio decidendi*, es decir, no mencionan hechos y fundamentos jurídicos que motivan la decisión, sino que simplemente resumen el *decisum* de un juicio[9], que no contempla los requisitos de la teoría de los precedentes. La misma observación ya había sido mencionada por Taruffo, al

---

7 "Es necesario, por otra parte, considerar que la noción de *ratio decidendi* es fuertemente ambigua. Existen, en efecto, versiones diferentes en la misma doctrina del *Common Law*, así que resulta arriesgado usar esta noción como instrumento analítico para obtener una definición de lo que tiene eficacia de precedente. De todas formas, se consideran *ratio decidendi* cosas diferentes en los diferentes ordenamientos, o incluso en el mismo ordenamiento: a veces se trata del criterio jurídico para calificar los hechos relevantes de la controversia y para decidir, con énfasis en la referencia a la norma y no en el hecho; otras veces se entienden el argumento jurídico empleado para justificar la decisión relativa a la calificación de los hechos, o la decisión relativa a la elección de la *regula iuris*, o ambas. Además, debe considerarse que la determinación de la *ratio decidendi* depende en buena medida de la interpretación del precedente que le da el juez del caso posterior, lo que introduce un elemento adicional irreducible de variabilidad. Obviamente, el objeto del precedente cambia según la idea de *ratio decidendi* que se asuma, aun implícitamente, y varía con la variación del significado que se atribuye al correspondiente concepto". Taruffo, *Dimensiones del precedente vinculante*, 547.

8 "Não há, via de regra, cuidado na identificação do caso e da estrutura da decisão considerada precedente – *ratio decidendi* – e a sua perfeita comparação com o caso em julgamento, de modo que poderá haver problemas na aplicação de figuras típicas do direito jurisprudencial, tais como a distinção – *distinguishing* – e a superação da regra – *overruling*. Por essas razões, parece-nos que o sistema de precedentes brasileiro é muito distinto do originário do *case law*, especialmente do estadunidense, pois tem características próprias que o distancia daquele modelo, tais como: (i) a existência de súmula que, como já referido, afasta o caso que deu origem ao precedente, isolando-o dos fatos e fundamentos que deram origem à regra; (ii) a própria corte que julga o caso o reconhece, no ato de emaná-lo, que aquele é o precedente a ser seguido; (iii) cria-se uma lógica de julgamentos em série, em geral sobre matéria exclusivamente de direito, com reprodução em escala, do precedente, de modo que no Brasil a técnica do precedente vinculante é utilizada para uniformizar a jurisprudência, trazer racionalidade ao sistema, julgar casos de massa e por consequência acelerar a tramitação processual". Camilo Zufelato, "Precedentes judiciais vinculantes à brasileira no novo CPC: aspectos gerais", en *O novo Código de Processo Civil: questões controvertidas* (São Paulo: GEN-Atlas, 2015), 100.

9 "As atuais súmulas brasileiras, via de regra, não fazem referência às peculiaridades do caso concreto no qual se originou o precedente, mas sintetizam o *decisum*". Zufelato, *Precedentes judiciais vinculantes*, 99.

hablar de la idea de jurisprudencia de países de *civil law* y la diferencia entre este modelo y los precedentes del *Common Law*.[10]

En el derecho brasileño hay un fenómeno hacia la abstracción de los precedentes judiciales, que se alejan de los hechos que están en la base de los casos resueltos. Como señala Garay, este desdén por los hechos puede generar la situación indeseable de aplicar un caso a otras situaciones que no guardan similitud fáctica con los casos previos considerados y que generaron la decisión vinculante.[11]

En el Código Procesal Civil Brasileño de 2015, además de un refuerzo significativo de las decisiones que generan precedentes, también hubo un intento de mejorar el sistema, con la disposición expresa de que "*en la redacción de enunciados de súmulas, los tribunales deben adherirse a la circunstancias de los precedentes que motivaron su creación*".[12]

Esta disposición merece elogios, ya que busca conectar los hechos —indispensables para la formación de la *ratio decidendi* de una decisión— con el significado exacto de aplicar una *súmula*, así como cualquier otro precedente vinculante, buscando romper con la tradición brasileña de absoluto desprecio por los hechos en la redacción del texto de sus *súmulas*.

Además, existen varias otras disposiciones legales que requieren una motivación de las decisiones judiciales que enfrentan directamente la identidad o no de situaciones fácticas similares para aplicar o no un precedente vinculante,[13] o incluso mecanismos de revisión

---

10 "[...] os sistemas nos quais vige a regra do precedente não conhecem nada de similar aos nossos enunciados: naqueles ordenamentos, de fato, o precedente é constituído pelo inteiro teor da sentença e não de trechos mais ou menos sintéticos extraídos da motivação em direito. Aqui, portanto, uma primeira diferença assaz relevante: em regra, os textos que constituem a nossa jurisprudência não incluem os fatos que foram objeto das decisões, por isso a aplicação da regra formulada em uma decisão precedente não se funda sobre analogia dos fatos, mas sobre subsunção da *fattispecie* sucessiva em uma regra geral". Michele Taruffo, "Precedente e jurisprudência", *Revista de Processo*, vol. 199, nº 36 (2011), 143.

11 "[...] en lugar de analizar los hechos de casos anteriores para verificar con la mayor precisión posible qué fue lo que se decidió, preferimos deducir de párrafos sueltos, muchas veces tomados fuera de contexto, la solución del problema o del caso que tenemos a examen. Hay una especie de atracción hacia lo abstracto, un deseo de superar el marco de los hechos del caso, utilizándolos como trampolín para saltar a construcciones de vasto alcance. […] De alló también que cuando nos toca trabajar con normas que han nacido del contacto con los hechos, nos apresuramos a cortar el cordón umbilical que las liga con estos, para quedarnos con la norma como sustrato de sentido independiente y autónomo. […] Este desdén por los hechos entraña serios riesgos. Existe el peligro de que si se elimina de las normas creadas en la experiencia judicial las indispensables referencias a los hechos que condicionaron su nacimiento y, con ello, su sentido, el producto de esa eliminación – la norma en estado de pureza – sea luego utilizada como punto de arranque de nuevas series de deducciones que, despojadas de todo contralor fáctico, pueden llevar a cualquier parte". Alberto F. Garay, *La doctrina del precedente en la corte suprema* (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2013), 79.

12 "Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. § 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante. § 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação".

13 Según Leandro Giannini, *"Revisitando la Doctrina de la 'Carga Dinámica de la Prueba'. Aportes paraesclarecer sus principales problemas conceptuales"*, 99-104.

de decisiones con cosa juzgada en las que no se haya habido una correcta aplicación de los precedentes,[14] revelando así un importante sistema de respeto por la correcta aplicación de las decisiones vinculantes.

Sin embargo, el requisito legal de indicar las circunstancias fácticas no ha sido respetado por la gran mayoría de los Tribunales brasileños, que continúan emitiendo *súmulas* y tesis sin resaltar las circunstancias fácticas de los precedentes decididos.

Esta dificultad para reconocer la importancia de los hechos para la definición de la *ratio decidendi* y la identificación de un precedente se pone de manifiesto en otros pasajes del CPC, por ejemplo, en lo que respecta a la regulación del llamado *incidente de resolución de demandas repetitivas*, que representa uno de las decisiones que puedan constituir un precedente vinculante (art. 927, inciso III, del CPC). En el art. 976 del CPC, como condición de admisibilidad del incidente, la ley exige que la *controversia sea una cuestión unicamente de derecho*.[15]

Una de las figuras más destacadas entre estos precedentes judiciales vinculantes, el *incidente de resolución de demandas repetitivas*, tal cual la *súmula*, genera la edición de una *tesis*, que también se caracteriza por un enorme grado de abstracción, sintetizando una especie de juicio por muestreo, en el que la Corte decide que un caso se aplicará a todos los casos repetitivos en curso.[16]

En cuanto al aspecto de la ley, si referir *únicamente al tema de derecho*, es importante resaltar que en realidad la interpretación más correcta debe ser en el sentido de que el tema es de hecho y de derecho, pero la controversia recae solo en el sentido de la aplicación de la norma legal a aquellos hechos,[17] que no son controvertidos y, por lo tanto, no requieren, por ejemplo, la producción de pruebas para certificar cómo sucedieron estos hechos. [18]

---

14 CPC, "Art. 966, § 5º Cabe ação rescisória, com fundamento no inciso V do caput deste artigo, contra decisão baseada em enunciado de súmula ou acórdão proferido em julgamento de casos repetitivos que não tenha considerado a existência de distinção entre a questão discutida no processo e o padrão decisório que lhe deu fundamento".

15 "Art. 976. É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente: I - efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito".

16 "Aliás, bem vistas as coisas, o objeto do IRDR não consiste – ao menos não exatamente – na resolução de demandas, como à primeira vista deflui da denominação do instituto, mas também preordena-se à emissão de uma tese jurídica (art. 985, *caput*), com aptidão paradigmática, de modo a otimizar a resposta jurisdiccional, propiciar ganho de tempo e promover o tratamento isonômico de questões jurídicas replicadas masivamente em muitos procesos. (Algo semelhante se passa, no STF e no STJ, ao cabo do julgamento por amostragem do RE ou REsp afetado como representativo da controversia, quando aquelas Cortes emitem uma decisão-quadro, falando o art. 1.040, *caput*, do CPC, em 'acórdão paradigma')". Mancuso, *Incidente de resolução de demandas repetitivas,* 259.

17 "Além da multiplicação de demandas, exige-se que todas elas discutem, exclusivamente, a mesma questão de direito (art. 976, I, CPC). Não pode, nas demandas repetitivas, haver controversia sobre fato; estes devem ser incontroversos. Pode haver, porém, mais de uma questão de direito controvertida". Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart y Daniel Mitidiero, *Novo código de processo civil comentado.* 3.ª ed. (São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017), 1052.

18 "Já o nosso IRDR tem por pressuposto 'controvérsia sobre a mesma questão únicamente de direito' (inc. I do art. 976), podendo relevar de direito material ou procesual - § 4° desse artigo. A limitação à questão só jurídica, além de se distanciar

En todo caso, la redacción jurídica debe hacer referencia expresa a la necesidad de detallar los elementos fácticos que subyacen a la causa decidida, incluso si la controversia no se trata de hechos, ya que es de suma importancia para la comprensión exacta de la *ratio decidendi* detallar los hechos a lo que recaerá la interpretación de la norma jurídica.

En suma, Brasil ingresó, por fuerza de ley, en el sistema de adopción de precedentes judiciales vinculantes, sin entender exactamente cómo constituirlo y, sobre todo, sin dar la debida importancia a los hechos que constituyen la esencia de los casos resueltos y que se vuelven vinculantes. Más que un cambio de jurisprudencia, a precedentes a través de los medios legales, es necesario un cambio cultural y especialmente de aquellos magistrados y tribunales que actúan directamente en la producción de decisiones vinculantes.

4. Experiencia latinoamericana: breves datos de Perú y Colombia

En algunos países de América Latina, el movimiento hacia el fortalecimiento de las decisiones judiciales con eficacia vinculante ha dado sus frutos, llamando la atención, como en Brasil, sobre el uso adecuado de estos mecanismos por parte de países cuya cultura jurídica se forjó históricamente en un contexto distinto, sin el manejo y técnica de redacción de decisiones o estrato de decisiones, fielmente al material fáctico y jurídico decidido.

Como ejemplos de estos países latinoamericanos, destaco el reciente Proyecto del Nuevo Código Procesal Civil del Perú,[19] que propone la fuerza vinculante de los precedentes emitidos por la Corte Suprema y la Corte Constitucional. [20] Incluso para las decisiones de la Corte Suprema que no tienen fuerza vinculante pero que tienen una identidad entre los

---

do modelo alemão evocado na Exposição de Motivos do anteprojeto do novo CPC é de discutível operacionalidade: a uma, pela notória dificuldade em se proceder a um corte cirúrgico entre questões de fato e de direito (*ex facto oritur jus*); a duas, porque os fatos constituem a base do sistema probatório, e há questões jurídicas relevantes envolvendo não só a avaliação da prova, como a indicação dos meios pelos quais certos fatos podem ser reprobados. Nesse sentido, afirma José Miguel Garcia Medina: 'Rigorosamente, nenhuma questão pode ser exclusivamente de direito; afinal, pensa-se na construção de normas jurídicas para resolver problemas, e problemas que ocorrem no plano dos fatos'. Na sequência, buscando uma fórmula conciliatória, o autor propugna: 'O que se quer dizer, ao se exigir que a questão seja somente de direito, é que a controversia diga respeito não ao modo como ocorreram os fatos, mas apenas sobre como debe ser considerada a disposição legal, ou o principio que servirá de solução da controversia'". Mancuso, *Incidente de resolução de demandas repetitivas,* 258-259.

19 Para tener acceso completo al Proyecto: Proyecto del Nuevo Código Procesal Civil | Gobierno del Perú (www.gob.pe)

20 "Artículo X. Juez y derecho. [...] 3. Los jueces están obligados a respetar los precedentes vinculantes de la Corte Suprema y los del Tribunal Constitucional, garantizando la igualdad y la predictibilidad de la justicia. 4. Todo juez está obligado a mantener estable y coherente su propia jurisprudencia, motivando aquellas decisiones en las que se aparte de ella".

casos, que puede entenderse como la identidad de los hechos, el juez solo puede dejar de seguir la decisión si lo hace de manera motivada. [21]

El mismo proyecto, al abordar la motivación de las decisiones judiciales, hace especial énfasis en el tema de la motivación y la absoluta necesidad de considerar los hechos que conforman el objeto del proceso, así como justificar la incidencia de un precedente en el caso sometido a consideración, el cual deberá indicar que en la justificación el magistrado emite el juicio de comparación entre los hechos del precedente y el caso actual para aplicarlo debidamente.[22]

Sin duda, el campo más rico de detalles en la regulación propuesta por el Perú sobre los precedentes vinculantes se ubica en el tema del recurso de casación, ya que es el tipo de recurso considerado por la Corte Suprema, máxima instancia del poder judicial, que tendría natural jurisdicción para estandarizar la jurisprudencia, mediante la emisión de precedentes vinculantes.[23]

Y en la edición de un precedente vinculante, el Proyecto es expreso al exigir que "Cuando la Sala Suprema constituye el precedente, debe identificar expresamente la norma general y enunciarla de forma condicional, *teniendo en cuenta, para ello, los hechos del caso y la justificación dada para la solución jurídica. La Sala Suprema está impedida de hacer remisiones genéricas a los considerandos de la sentencia*. Cuando la Sala Suprema crea reglas jurisprudenciales a partir de la resolución del caso concreto, establece enunciados para facilitar la interpretación y aplicación de las disposiciones legales vigentes".[24]

---

21 "Artículo 557. Motivación. Los jueces, tribunales y demás órganos juzgadores, públicos o privados, están obligados a conocer la jurisprudencia de la Sala Suprema Civil. En los casos en los que la Sala no haya otorgado eficacia vinculante a una decisión que pueda aplicarse en un caso por existir identidad o analogía, el órgano juzgador está obligado a respetarla, expresando las razones por las que decide no seguir la jurisprudencia, de ser el caso".

22 "Artículo 117. Motivación. Se considera debidamente motivada aquella resolución, sea auto o sentencia, que: 1. Considere los hechos que conforman el objeto litigioso del proceso y evalúe todos los puntos sobre los que exista controversia entre las partes que sean esenciales para la decisión y que hayan sido oportunamente alegados por ellas; [...] 5. Justifique la incidencia de un precedente constitucional o judicial al caso en concreto, evitando la mera indicación, reproducción o paráfrasis de los mismos".

23 "Artículo 541. Fines del recurso de casación. Es función principal y obligatoria de la Corte Suprema uniformizar la jurisprudencia, mantenerla estable y coherente, a través de la emisión de precedentes vinculantes. Los órganos judiciales de menor grado, en aplicación del principio constitucional de igualdad ante la ley, están obligados a aplicar los precedentes vinculantes que la Corte Suprema adopte, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 554 de este Código".

24 Para la totalidad del dispositivo: "Artículo 551. Requisitos para la emisión de precedentes y reglas jurisprudenciales vinculantes. Para formar sentencia o auto solo se requieren tres votos conformes. Las sentencias de la Sala Suprema pueden contener un precedente vinculante. Cuando la Sala Suprema constituye el precedente, debe identificar expresamente la norma general y enunciarla de forma condicional, teniendo en cuenta, para ello, los hechos del caso y la justificación dada para la solución jurídica. La Sala Suprema está impedida de hacer remisiones genéricas a los considerandos de la sentencia. Cuando la Sala Suprema crea reglas jurisprudenciales a partir de la resolución del caso concreto, establece enunciados para facilitar la interpretación y aplicación de las disposiciones legales vigentes. Tales

Los hechos también se destacan en las reglas relativas a la distinción entre casos precedentes y sucesivos,[25] o en las reglas relativas a la revocación de precedentes.[26]

En Colombia, el tema de los precedentes fue recientemente objeto de dos intervenciones legislativas, que establecieron, en síntesis, lo siguiente.

La Ley 1.437 de 2011, que regula el Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo, en su artículo 10,[27] introdujo el deber de aplicación uniforme de las normas y de la jurisprudencia relativas a situaciones que tengan los *mismos supuestos fácticos* y jurídicos. Esta disposición fue declarada exigible por el Tribunal Constitucional, en su sentencia C-634.

Posteriormente, la Ley 1.564, que dictó el *Código General del Proceso*, al tratar, en su artículo 7, de lo que se denomina doctrina probable para designar los entendimientos jurisprudenciales sobre el tema debatido, establece que el juez, al apartarse de la doctrina probable, debe *obligatoriamente exponer sus fundamentos jurídicos*.[28] Esta hipótesis se refiere, naturalmente a la identidad de la materia fáctica, porque de no ser así, ni siquiera sería necesario considerar el requisito de justificar por qué no se siguió la *doctrina probable*.

Si bien se trata de análisis superficiales, en estos países, al menos en el ámbito legislativo o proyectado, se cuida la identidad fáctica para que exista la aplicación de un precedente

---

enunciados deben ser redactados de forma clara y concisa y en ningún caso pueden sustituir al texto de la ley, salvo que se haga control difuso".

25 "Artículo 554. Distinción de precedentes. Todo juez de la República puede desvincularse del precedente siempre que se argumente adecuadamente: 1. Que los hechos del caso no guardan identidad ni son análogos a aquellos respecto de los cuales se generó el precedente. 2. Que la cuestión jurídica del caso que debe resolver no fue analizada en la sentencia de la Sala Suprema y, por tanto, que no está cubierta por el precedente. Si la distinción es realizada por la Sala Suprema que emitió el precedente, aquella puede consistir en una ampliación o reducción del ámbito de aplicación del precedente, sin que ello se entienda como revocación de este, en los términos del artículo 555 de este Código".

26 "Artículo 555. Revocación de precedentes y de reglas jurisprudenciales vinculantes. Ante circunstancias debidamente justificadas, la Sala Suprema puede revocar sus precedentes o reglas jurisprudenciales de forma parcial o total, debiendo precisar la razón esencial de dicha variación de criterio. Tal razón debe ser una que no haya sido analizada al momento de la emisión del precedente o regla, o, en todo caso, que haya sufrido variaciones en el tiempo de vigencia de la decisión. La revocación del precedente o de las reglas jurisprudenciales solo se aplica a los hechos ocurridos en casos aun no iniciados antes de la publicación de la sentencia. En ningún caso puede perjudicar a los casos en trámite, los cuales deben ser decididos conforme al precedente o regla revocado".

27 "Artículo 10. *Deber de aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia.* Al resolver los asuntos de su competencia, las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Con este propósito, al adoptar las decisiones de su competencia, deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas".

28 "Artículo 7°. *Legalidad*. Los jueces, en sus providencias, están sometidos al imperio de la ley. Deberán tener en cuenta, además, la equidad, la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina. Cuando el juez se aparte de la doctrina probable, estará obligado a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión. De la misma manera procederá cuando cambie de criterio en relación con sus decisiones en casos análogos".

vinculante, evitando la generalización indeseada en la aplicación de precedentes para situaciones cuya realidad fáctica el material es diferente.

5. Una crítica constructiva: efectiva valorización de los hechos para un verdadero y coherente sistema de precedentes judiciales vinculantes en Brasil

Como se menciona en el ítem 2, a pesar de que el Código de Procedimiento Civil brasileño de 2015 ha buscado mejorar la técnica de redacción de precedentes vinculantes, especialmente las tradicionales *súmulas*, imponiendo la mención de los hechos que caracterizan los casos analizados, la práctica judicial está muy lejos de cumplir con esta prescripción legal.

En este sentido, el modelo brasileño de precedentes judiciales vinculantes debe reorientarse hacia soluciones que, naturalmente, se preocupen por la interpretación de las normas, sin caer, sin embargo, en el error de abstracciones excesivas que desconocen el material fáctico que conforman los casos considerados.

Según Taruffo, el valor de la interpretación y aplicación uniforme del derecho, que sin duda es muy relevante en prácticamente todos los ordenamientos jurídicos, implica la garantía de la igualdad de los ciudadanos ante la ley, y está en la base de la teoría del *stare decisis*.[29]

Y en este contexto de búsqueda de uniformidad en la toma de decisiones, Taruffo señala que las *súmulas* del derecho brasileño son un instrumento de estandarización que no se refiere a los hechos que subyacen a la cuestión jurídica enfrentada, por lo que técnicamente no pueden ser consideradas como un verdadero precedente:

> "Una tecnica análoga molto interessante, e per certi versi estrema, è quella che fa perno sulle *súmulas vinculantes* del sistema brasiliano. La formulazione delle *súmulas* risale ad una prassi consolidata in quell'ordinamento […] Esse hanno la funzione di risolvere un contrasto che si sia verificato nella giurisprudenza delle corti inferiori. Vale la pena di osservare che la *súmula* non deriva della decisione di un caso concreto, poichè si trata

[29] "L'uniformità nella interpretazione e nell'applicazione del diritto costituisce da molto tempo un valore fondamentale (si potrebbe dire addiritura: un oggetto del desiderio) presente in pressochè tutti gli ordinamenti, che tentano in vario modo – como si vedrà – di realizzarlo nella più amplia misua possibile. Le giustificazione che stanno alla base di questa generale aspirazione sono varie e non possono essere qui esaminate in modo completo. Per indicare solo quelle a cui si fa più spesso riferimento si può ricordare anzitutto l'esigenza di assicurare la certeza del diritto, dato che una giurisprudenza uniforme evita l'incertezza nell'interpretazione del diritto e la conseguente varietà e variabilità delle decisioni giurdiziarie. Si fa inoltre riferimento alla garanzia dell'uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge, in base al principio dello *stare decisis* típico degli ordinamenti angloamericani, secondo cui casi uguali debbono essere decisi in modo uguale." Michele Taruffo, "Le funzioni delle corti supreme tra uniformità e giustizia", en *I Colóquio Brasil-Itália de direito processual civil,* coordinado por Camilo Zufelato, Giovanni Bonato, Heitor Vitor Mendonça Sica y Lia Carolina Batista Cintra. Salvador: Juspodivm, 2015, 27.

di una enunciazione interpretativa formulata in termini generali. Di conseguenza, essa non fa alcun riferimento ai fatti che sono alla base della questione giuridica affrontata, e quindi non può essere considerata come un precedente in senso proprio, ma solo come una decisione che esprime la scelta tra due opzioni interpretative relative a norme generali e astratte. La sua evidente funzione consiste nell'eliminazione di incertezze e conflitti nell'ambito della giurisprudenza, assicurandone l'uniformità. Per questo scopo si prevede che essa abbia efficacia vincolante per tutti i giudici ed anche per tutti gli organi pubblici dello Stato federale".[30]

Esta observación es muy interesante y revela cómo la ausencia de mención de los hechos caracteriza erróneamente la *súmula* como un mecanismo auténtico de formación de precedente, como se ve en los países de *Common Law*.

Taruffo también enfatiza que la decisión judicial no consiste en la mera enunciación de reglas y la correcta interpretación, en abstracto, de estas reglas. Es fundamental que exista referencia a los hechos para dar sentido a las reglas y al proceso de interpretación judicial. Y dice:

"Analogamente, come si è già accennato, è essenzialmente analizando i fatti e stabilendo una suficiente analogia tra i fatti del caso precedente e i fatti del caso successivo che il giudice di questo secondo caso decide circa l'applicabilità della *ratio decidendi* che costituisce il precedente".[31]

En síntesis:

In sostanza, è il fatto che determina l'interpretazione della regola di diritto che ad esso dev'essere applicata. Non a caso è proprio il rapporto della norma con il fatto a costituire uno dei problema fondamentali della teoria del diritto e del diritto processuale. Di conseguenze, sono le peculiarità dei fatti dei vari casi che possono portare a diverse interpreta-

30 Taruffo, "Le funzioni delle corti supreme", 30-31.

31 "Anzitutto, va precisato che la decisione giudiziaria non consiste nella mera enunciazione di regole (o di massime) presentate come l'unica interpretazione astrattamente correta, uniforme e vincolante, di disposizioni normative, posto che – come ormai si riconosce uniformemente – è l'interprete a scegliere e a determinare il loro significato. D'altronde, bisogna pure risconoscere che vi possono essere buone ragioni per decidere casi simili in modo diversi: posto che non esistono due fatti uguali, è piuttosto sulle differenze, ossia sui particulars, che deve fondarsi l'interpretazione della norma che debe essere applicata al caso specifico. Pare evidente che quando una norma viene interpretata per derivarne la regola di giudizio da applicare ad un caso concreto, come accade nel processo, è il riferimento ai fatti di quel caso a guidare l'interpretazione della norma. In caso contrario, ossia se la norma non viene interpretata con riferimento a quei fatti, la conseguenza è che quella norma non è applicabile in quel caso. Analogamente, come si è già accennato, è essenzialmente analizando i fatti e stabilendo una suficiente analogia tra i fatti del caso precedente e i fatti del caso successivo che il giudice di questo secondo caso decide circa l'applicabilità della ratio decidendi che costituisce il precedente". Taruffo, "Le funzioni delle corti supreme", 33-34.

zioni della stessa regola, e di conseguenza a non applicarla in casi aparentemente simili o ad applicarla in casi apparentemente diversi.[32]

Es muy interesante el hecho detectado por Taruffo cuando afirma que los precedentes los establecen las Cortes de Vértice que "dicen el derecho" de manera vinculante para todos, con un alto grado de abstracción y muy lejos del análisis del caso concreto, que es resuelto por jueces de primer grado y tribunales inferiores, en el que se analizaron y definieron los hechos y se aplicó la ley a esos hechos.[33]

En este contexto, al analizar las *súmulas* del derecho brasileño, Taruffo observa acertadamente que se ubican en un *locus* de universalismo extremo y que lo ideal sería que las Cortes Supremas, depositarias e intérpretes del paradigma universalista, fueran sensibles a los requerimientos que surgen de los casos concretos.[34]

Las lecciones de Taruffo son muy oportunas para una reflexión crítica y propositiva sobre la mejora del modelo de precedentes judiciales vinculantes adoptado por países como Brasil. El tema involucra la base de las decisiones, especialmente las autorizadas a formar precedentes, en la construcción de una *ratio decidendi* que es capaz y eficaz para apoyar a todos los jueces en el acto de aplicar los precedentes. Los países de *Common Law*, debido a su cultura jurídica, encuentran más fácil explicar en detalle estos elementos fácticos y legales

---

32 Taruffo, "Le funzioni delle corti supreme", 34.

33 "Ciò pare evidente nel momento in cui si consacra un modelo piramidale in cui è solo il vértice a 'dire il diritto', in modo vincolante per tutti e *once and forever*. Per di più, in questo modo il diritto viene 'detto' con formule ad alto grado di astrazzione, senza considerare una cosa ovvia, ossia che più si sale verso l'alto nella scala delle astrazioni più si perde di vista il concreto, ossia la realtà. Ne resulta un'immagine parziale, unilaterale e deformata dell'amministrazione della giustizia, quasi che essa si svolga solo al livello delle corti supreme mentre le decisioni delle corti inferiori, e soprattutto quelle dei giudici di prima istanza, ossia proprio quelli che si occupano dell'accertamento dei fatti e dell'applicazione delle norme nei casi particolari, fossero irrilevanti". Taruffo, "Le funzioni delle corti supreme", 36.

34 "[…] se si considera la giurisprudenza che opera producendo massime o *súmulas*, come accade presso le corti supreme di cui si è fatto cenno più sopra, allora pare evidente che essa si coloca in un punto abastanza vicino all'estremo universalista, e magari – negli esempi di peggiore formalismo – viene addirittura a coincidere con esso. Se invece si considerano le decisioni prodotte dalle corti inferiori, e in particolare dai giudici di primo grado, allora ci si trova in un punto più vicino al paradigma particolaristico, almeno nella misura in cui questi giudici individuano ed accertano tutte le circostanze rilevanti dei singoli casi concreti. Si potrebbe peraltro immaginare una situazione ideale in cui la corte suprema, come tale depositaria e interprete del paradigma universalista, sia tuttavia sensibile alle esigenze di giustizia che nascono delle situazione concrete che sono oggetto di decisione, e formuli le proprie interpretazioni – pur destinate ad essere applicate in modo uniforme – tendendo contro il più possibile delle circostanze rilevanti di queste situazioni, soprattuto nel rapido variare delle condizioni economiche, sociali e politiche, in cui sorgono le controversia. Reciprocamente, i giudici dei singoli casi concreti non dovrebbero addotare atteggiamenti di particolarismo assoluto, e dovrebbero invece far riferimento alle indicazioni interpretative che provengono dalle corti supreme, almeno finchè queste interpretazioni forniscono regole di giudizio capaci di realizzare la giustizia del caso concreto". Taruffo, "Le funzioni delle corti supreme", 38.

que conformarán la *ratio decidendi*, mientras que los países de *civil law* deben mejorar estas técnicas a medida que evolucionan hacia la adopción de precedentes vinculantes.[35]

En efecto, la doctrina brasileña reconoce la importancia del § 2 del artículo 926 como un intento —al determinar que la Corte se apegue a los hechos al momento de redactar una *súmula*— de definir con mayor precisión la *ratio decidendi* que constituye la verdadera esencia del precedente establecido.[36]

En relación con el *incidente de resolución de demandas repetitivas*, aun teniendo en cuenta la literalidad de la disposición que se refiere ***únicamente a cuestiones de derecho***, no es posible aislar las cuestiones fácticas que están presentes en el objeto decidido, y estas deben componer las razones de decidir en la tesis fijada con su decisión.[37]

En un interesante trabajo Andrade realizó un análisis de las *súmulas* editadas por la Sección 2[da] del Superior Tribunal de Justicia —encargada de temas de derecho privado—, editadas desde la vigencia del CPC hasta el 1 de octubre de 2020, en un total de 17 *súmulas*,[38]

---

35 "Aparentemente, a motivação das decisões é algo fundamental em um sistema jurídico como o inglês, que adota a doutrina do *stare decisis*, uma vez que, segundo essa doutrina, não é bem a decisão judicial do caso que é obrigatória, mas, sim, sua *ratio decidendi*, determinada através da cuidadosa análise da fundamentação dada pelo juiz ou tribunal. E, comumente, os tribunais ingleses, sobretudo os superiores, têm sido pródigos em fundamentar suas decisões. Há casos, todavia, em que é extremamente difícil identificar uma *ratio decidendi*. São decisões com fundamentação insuficiente, sem um princípio claro, mesmo que implícito. Devem, segundo a opinião dominante, ser consideradas como desprovidas de *ratio* e, por conseguinte, de autoridade obrigatória". Souza, *Do precedente judicial à súmula vinculante*, 139.

36 "Entendo que a exigência prevista no art. 926, § 2°, do CPC consagra a respeito à *ratio decidendi* na edição de súmulas de forma que o tribunal deberá considerar os fundamentos principais dos precedentes aplicáveis aos fatos sobre os quais recaíram a aplicação do Direito, só podendo se valer de julgados da edição da súmula que respeitam esse binomio". Daniel Amorim Assumpção Neves, *Código de processo civil comentado artigo por artigo*. 4.ª ed. (Salvador: Juspodivm, 2019), 1.597; "É importante, pois, que ao editar enunciados de súmula, o tribunal procure ater-se ***às*** 'circunstâncias ***fáticas' em que os casos paradigma*** foram resolvidos (art. 926, § 2º). Em outras palavras, a súmula, em regra identificará a *ratio decidendi*, que serviu de fundamento dos diversos casos que justificaram o enunciado representativo da jurisprudencia sumulada. Como a causa de decidir envolve necesariamente questões de direito e de fato, também as súmulas haverão de retratar esses dois aspectos nos seus enunciados. É preciso considerar que dentro de um julgado se desenvolvem vários tipos de raciocinio e argumento. Não são todavia, todos eles que se revestem da qualidade de precedente judicial passível de figurar em enunciado de súmula ou de assumir a categoria de jurisprudencia dominante. Theodoro ***Júnior, Humberto.*** *Curso de direito procesual civil, volume III*. (Rio de Janeiro: GEN/Forense, 47 ed., 2015), 796.

37 "O IRDR foi construido tendo por perspectiva a resolução de questões de direito e a construção de precedentes qualificados, com força vinculante (art. 927, III), razão pela qual a participação das partes envolvidas nos casos não selecionados como representativos é secundária, condicionada à apresentação de novos argumentos (v. comentarios ao art. 983, ítem 3, infra) [...] O que são, afinal, questões de direito? Não se pretende, à evidencia, o isolamento completo dos aspectos fáticos das causas que originarem o IRDR, pois fato e direito são duas faces de uma mesma moeda, mas apenas apontar que o incidente não debe ser instaurado para elucidar materia fático-probatória. Fatos incontroversos, por exemplo, admitem o surgimento de uma mesma questão de direito". André Roque, "Comentários ao art. 976 do CPC". En *Execução e Recursos: Comentários ao CPC de 2015*. (São Paulo: Método, 2018), 809.

38 Los siguientes son las súmulas de STJ: 572, 573, 580, 581, 594, 595, 596, 597, 602, 608, 609, 610, 616, 620, 621, 632 e 638.

para las cuales el Tribunal analizó un total de 177 casos concretos, destacando de estos casos los elementos que conformarían la *ratio decidendi* subyacente a las *súmulas*.[39]

En este análisis, se observó que en varios casos es imposible o muy difícil conocer los hechos contenidos en la demanda y en los precedentes de los que resultará la edición de una determinada *súmula*, pues el propio STJ cuenta con mecanismos que impiden el análisis de la materia fáctica,[40] confundiendo gravemente el análisis de los hechos con la imposibilidad de volver a analizar la prueba sobre los hechos, lo que efectivamente está prohibido en las Cortes Superiores. Esta dificultad en encontrar la descripción de los hechos para proceder con el análisis del texto de la *súmula* fue muy fuerte,[41] lo que revela que cualquier magistrado o investigador que quiera comprender los hechos y la *ratio decidendi* de un precedente, enfrentará la misma o incluso mayores dificultades.

A partir del análisis de estos precedentes y de las *súmulas* que resultaron de ellos, la autora identificó la necesidad de revisar ciertas *súmulas*, proponiendo incluso nuevas redacciones que tuvieran en cuenta los elementos fácticos de los casos concretos y, por tanto, las *rationes decidendi*,[42] así como que prestaran mayor atención a los casos que servirán de

---

39 Leda Maria de Andrade, "O sistema brasileiro de precedentes judiciais e as circunstâncias fáticas dos enunciados: análise das súmulas do Superior Tribunal de Justiça", Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da USP, 2020, 108 "Após a leitura atenta de todos os precedentes referentes a cada súmula, foram selecionados aqueles cuja fundamentação melhor concatenou as razões necessárias e suficientes para a solução do caso concreto (*ratio decidendi*), e foi feita a descrição dessas razões. Não foram descritos os fundamentos marginais (*obiter dicta*), que não colaboraram para a edição da súmula".

40 "Nem todos os precedentes analisados continham um relatório minucioso e completo dos fatos ocorridos no processo, o que dificultou a compreensão da *ratio decidendi* de algumas súmulas. Outro fator que também causou prejuízos para a pesquisa é o óbice das súmulas 5 e 7 do Superior Tribunal de Justiça, onde alguns ministros, amparados por esses entendimentos, acabavam por negligenciar a descrição dos fatos ocorridos no processo".

41 "A maior dificuldade que se enfrentou ao analisar os acórdãos foi a deficiência na descrição dos fatos do caso concreto. Essa deficiência foi sentida de maneira mais intensa nas Súmulas 602 e 632, que dependiam sobremaneira do contexto fático para compreensão da origem do entendimento sumulado. O STJ, amparado nas Súmulas 5 e 7, que vedam o reexame das cláusulas contratuais e das provas, não descreveu ou se quer mencionou os fatos ou as conclusões a que chegaram os juízes e tribunais ordinários sobre a valoração das provas. O que as Súmulas 5 e 7 vedam é valoração, e não a descrição para compreensão do contexto do caso concreto".

42 Un ejemplo de esta reescritura de una *súmula*, más fiel a los hechos del caso: "Súmula 572 Ementa: O Banco do Brasil, na condição de gestor do Cadastro de Emitentes de Cheques sem Fundos (CCF), não tem a responsabilidade de notificar previamente o devedor acerca da sua inscrição no aludido cadastro, tampouco legitimidade passiva para as ações de reparação de danos fundadas na ausência de prévia comunicação. Data da decisão: 11/05/2016. Proposta de nova ementa: 1. O Banco do Brasil, na condição de gestor do Cadastro de Emitentes de Cheques sem Fundos (CCF) – cadastro de natureza pública, porém de acesso restrito e que serve a interesses da coletividade – não tem a responsabilidade de notificar previamente o devedor acerca da sua inscrição no aludido cadastro, tampouco legitimidade passiva para as ações de reparação de danos fundadas na ausência de prévia comunicação, responsabilidade essa que compete ao banco sacado, junto ao qual o correntista mantém relação contratual (arts. 16 e 27, alínea "a" da Resolução 1.682/1990 do BACEN). 2. É equivocada a comparação entre o CCF e o SPC e SERASA, os quais se tratam de cadastros de natureza

precedente para la edición de las *súmulas*, con atención expresa a la necesidad de respetar el art. 926, § 2, del CPC.[43]

6. Conclusión

El trabajo de Michele Taruffo es emblemático al revelar la importancia de los hechos para todo el sistema procesal, especialmente para la decisión judicial. En el campo de la motivación, Taruffo destacó que los hechos constituyen la esencia de las razones que permiten la construcción de una *ratio decidendi* que, proyectada en el campo de los precedentes judiciales vinculantes, constituirá los elementos esenciales para que los jueces de los sucesivos casos apliquen o no un dato precedente: es la identidad de los hechos lo que permite reconocer la identidad de los casos y por tanto la aplicación de un precedente.

Estas conocidas lecciones de Taruffo merecen ser observadas atentamente por países con una cultura jurídica en el mundo del *civil law*, como los latinoamericanos, que más recientemente comenzaron a adoptar, incluso por la fuerza de la ley, decisiones judiciales vinculantes. Los tribunales de estos países frecuentemente dictan decisiones vinculantes sin prestar mucha atención al material fáctico constituido en la base de los casos resueltos, ni siquiera expresan en el texto de las decisiones que constituirán el precedente tales hechos. Estos comportamientos pueden hacer totalmente inviable la aplicación de precedentes vinculantes en estos países, o incluso generar distorsiones e injusticias derivadas de generalizaciones por la aplicación de precedentes para situaciones fácticas diferentes a las de los casos que generaron los precedentes.

En Brasil, el movimiento de los precedentes se vio muy fortalecido por el Código Procesal Civil de 2015, que amplió fuertemente las posibilidades de decisiones judiciales que generen precedentes (art. 927 del CPC). En este movimiento expansionista, la figura tradicional de la *súmula*, entendida como síntesis muy sumaria de la decisión, sigue siendo la principal figura de precedentes vinculantes, aunque por regla general no hace ninguna referencia a los hechos del caso resuelto.

Una novedad legislativa sensible es la exigencia legal expresa (art. 926, § 2, del CPC), según el cual los tribunales deben atenerse a las circunstancias fácticas del caso al editar sus

privada, com acesso amplo aos seus dados e que desempenham função de interesse, predominantemente, privado, qual seja, a proteção ao crédito comercial e que por essa razão se submetem ao art. 43, § 2º do CDC e Súmula 359 do STJ".

43 "Bem como que os nossos tribunais, em especial o STJ, tenham mais cuidado na seleção dos acórdãos que comporão os precedentes de suas súmulas, que deem uma maior atenção ao relatório e à descrição dos fatos de seus acórdãos, e que ao redigirem suas súmulas façam constar não só as circunstâncias fáticas (como prevê o § 2º, do art. 926 do CPC), mas também os fundamentos jurídicos que levaram à formação do entendimento, já que é função do STJ, uniformizar a interpretação das leis infraconstitucionais (art. 105, III, da CF)".

súmulas, lo que debe considerarse un elemento muy positivo en la evolución de la técnica de crear, redactar y aplicar precedentes judiciales para un país con poca o ninguna experiencia en *case law*. Este movimiento legislativo tiene como objetivo fortalecer la identificación de la *ratio decidendi* de una decisión judicial, condición *sine qua non* para el correcto funcionamiento de los precedentes judiciales.

Sin embargo, en los primeros cinco años de vigencia del Código, lamentablemente no hubo cambios en la forma en que los tribunales brasileños editaron las *súmulas*, que, en general, mantienen el formato tradicional de las *súmulas*, a menudo incluso con una redacción desconectada de los hechos que caracterizó los casos considerados precedentes. Esto es preocupante, pues revela cómo la intención del legislador no se ha cumplido en la aplicación concreta de la ley.

No habrá avances seguros en el campo de la adopción de precedentes en países como Brasil y otros países latinoamericanos sin respetar los hechos que subyacen a los casos analizados, los cuales deben reflejarse fielmente en la construcción de la *ratio decidendi* de las sentencias. Para la construcción segura de estos avances, el trabajo de Michele Taruffo es absolutamente fundamental.

Bibliografía

Abboud, Georges, y Streck, Lênio Luiz. *O que é isto: o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

Andrade, Leda Maria de. "O sistema brasileiro de precedentes judiciais e as circunstâncias fáticas dos enunciados: análise das súmulas do Superior Tribunal de Justiça". Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da USP, 2020.

Câmara, Alexandre Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério: formação e aplicação de precedentes e enunciados de súmula*. São Paulo: Atlas, 2018.

Cramer, Ronaldo. *Precedentes judiciais: teoria e dinâmica*. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

Garay, Alberto F. *La doctrina del precedente en la corte suprema*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2013.

Mancuso, Rodolfo de Camargo. *Incidente de resolução de demandas repetitivas: a luta contra a dispersão jurisprudencial excessiva*. 2.ª ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

Marinoni, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios.* 5.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

Marinoni, Luiz Guilherme, Sérgio Cruz Arenhart y Daniel Mitidiero. *Novo código de processo civil comentado*. 3.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

Mello, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

Mitidiero, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação.* 2.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

Neves, Daniel Amorim Assumpção. *Código de processo civil comentado artigo por artigo*. 4.ª ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

Roque, André. "Comentários ao art. 976 do CPC". En *Execução e Recursos: Comentários ao CPC de 2015*. São Paulo: Método, 2018.

Souza, Marcelo Alves Dias. *Do precedente judicial à súmula vinculante*. Curitiba: Juruá, 2008.

Taruffo, Michele. *La motivazione della sentenza civile*. Padova: Cedam, 1975.

Taruffo, Michele. "Dimensiones del precedente vinculante". En *Páginas sobre justicia civil*, Traducción de Maximiliano Aramburo Calle, 541-554. Madrid: Marcial Pons, 2009.

Taruffo, Michele. "Precedente e jurisprudência". *Revista de Processo*, vol. 199, nº 36 (2011): 139-155.

Taruffo, Michele. *La prova dei fatti giuridici: nozioni generali*. Milano: Giuffrè, 1992.

Taruffo, Michele. "Le funzioni delle corti supreme tra uniformità e giustizia". En *I Colóquio Brasil-Itália de direito processual civil,* coordinado por Camilo Zufelato, Giovanni Bonato, Heitor Vitor Mendonça Sica y Lia Carolina Batista Cintra. Salvador: Juspodivm, 2015.

Tucci, José Rogério Cruz E. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

Zaneti Jr. Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 4. ed. Salvador: Jus Podivm, 2019.

Zufelato, Camilo; Bonato, Giovanni; Sica, Heitor Vitor Mendonça; Cintra, Lia Carolina Batista. (Coords.) *I Colóquio Brasil-Itália de direito processual civil*. Salvador: Juspodivm, 2015.

Zufelato, Camilo. "Precedentes judiciais vinculantes à brasileira no novo CPC: aspectos gerais". En *O novo Código de Processo Civil: questões controvertidas,* 89-118. São Paulo: GEN-Atlas, 2015.

CAPÍTULO XXI

Puentes entre los hechos y el derecho aplicable en la verificación probatoria: estándar y valoración de la prueba

Álvaro Pérez Ragone

1. Introducción

La justicia se relaciona directamente con los problemas de la sociedad; es un reflejo fiel de la misma por ello civil es la justicia social. La actividad del Estado, como actividad pública, implica que el juez se transforma no solo en el garante del correcto desarrollo del procedimiento, sino de la justicia de lo que en definitiva decida que supone un correcto conocimiento y verificación de los hechos del caso. Resulta imposible una decisión correcta a partir de hechos equivocados[44].

La justicia decisional como algoritmo trabaja con tres elementos-criterios: i) veracidad de la elección e interpretación de la norma jurídica aplicable al caso; ii) la verificación fehaciente de los hechos relevantes del caso; iii) el uso de un iter o procedimiento válido, debido y justo para llegar a la decisión. Así una decisión correcta debe necesaria y suficientemente satisfacer los elementos referidos, sino es incorrecta. La justicia en la decisión y de la decisión interrelaciona los valores que contienen estos tres criterios[45].

Acá resultan relevantes las narrativas judiciales o cómo los hechos son incorporados al proceso mediante las alegaciones de las partes. La alegación de un hecho consiste en la formulación de un enunciado descriptivo, realizada por una parte fundado en el principio

[44] Michele Taruffo, "Idee per una teoria della decisione giusta", *Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile*, núm. 2, 1997, 316.

[45] Michele Taruffo, *Idee per una teoria della decisione giusta*, 317; Comp. con la finalidad de la prueba en el proceso civil Mark Schweizer, "Standard of Proof as Decision Threshold", en *Standard of Proof in Europe* (Tübingen: Mohr Siebeck, 2019), 23-25.

dispositivo en uno de sus actos enunciado que se caracteriza por una pretensión de verdad, ya que la parte que alega el hecho lo indica como verdadero[46]. Por ello es importante la determinación y partir de los hechos, no se parte de lo jurídico, sino de lo fáctico. El hecho tiene prelación sobre la norma ya que constituye el inicio del razonamiento judicial para las decisiones[47]. La referencia a los "hechos" no alude a su existencia material y empírica: las alegaciones fácticas o narraciones judiciales solo aluden a enunciados acerca de hechos y ellos son calificables de verdaderos o falsos, por ende en su caso, necesitados de prueba[48].

Así con corrección la verdad nos sirve para fijar o determinar la realidad de los hechos alegados por las partes y para aplicarle la consecuencia jurídica prevista normativamente. La verdad es el criterio válido para la correcta aplicación de la norma jurídica que corresponda al caso, lo que determina la justicia de la decisión[49]. La verdad es un basamento común de las relaciones personales y sociales, propio de la democracia liberal. La verdad tiene además un valor epistémico como base de la teoría del conocimiento que se orienta a aquella[50]. Finalmente la conexión entre verdad y derecho surge de lo antes expuesto considerado como la verificación de un hecho sobre el cual se funda un derecho, o sea que el sujeto satisfaga los presupuestos fácticos que la ley considera válidos para ese derecho que requiere tutela[51].

La argumentación jurídica sobre hechos controvertidos se ocupa de la evidencia que permite llegar a un veredicto preciso sobre los hechos[52]. La evidencia es necesaria para respaldar las afirmaciones fácticas hechas por las partes y las conclusiones de hecho realizadas

---

46 Michele Taruffo, "Il fatto e l'interpretazione", *Rev. Fac. Dir. Sul de Minas*, vol. 26, núm. 2, jul./dez. 2010, 197.

47 Michele Taruffo, "Sulla complessità della decisione giudiziaria", *Contesto, cultura, diritto. Special Issue of Psicologia culturale* (Roma, New York & London: Firera & Liuzzo Publishing, 2013), 29- 44. Básicamente, la justicia de la decisión conforma un algoritmo donde cada criterio tiene autonomía y señaliza valores. Es necesaria una verificación veraz de los hechos del caso, ya que una decisión no es aceptable si se funda en una reconstrucción errónea o falsa de las circunstancias subyacentes a la controversia.

48 Pavel Holländer, "Proof and Changing Idea of Truth in Legal Thinking", en *Standard of Proof in Europe* (Tübingen: Mohr Siebeck, 2019), 3-18.

49 Amal Clooney y Philippa Webb, *The Right to a Fair Trial in International Law* (Oxford: Oxford U. Press, 2020), 304-309.

50 Michele Taruffo, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, trad. de Daniela Accatino Scaglioti (Madrid: Marcial Pons, 2010) 112 y 113.

51 Michele Taruffo, *Proceso y decisión. Lecciones mexicanas de derecho procesal* (Madrid: Marcial Pons, 2012), 44. La verdad es el presupuesto que da validez a la decisión judicial justa. Acá conviene sentar algunas premisas relacionado con esto. Siendo la verdad un valor de carácter moral, sería inaceptable cualquier sistema moral que de algún modo atribuya legitimación a la falsedad.

52 Michele Taruffo, *La prueba de los hechos*, trad. de Jordi Ferrer Beltrán (Madrid: Trotta, 2002) 177. "Podría decirse que el proceso, al no ser una empresa científica o filosófica, no necesita de verdades absolutas, pudiéndose contentar con mucho menos, es decir, con verdades relativas con distintos tipos, pero suficientes para ofrecer una base razonablemente fundada a la decisión. En resumen: incluso si las verdades absolutas fueran posibles en abstracto, no serían necesarias en el proceso, y si aquellas fueras imposibles, ni importaría a los efectos de lo que es necesario conocer en el proceso".

por los tomadores de decisiones[53]. Pero la prueba *per se* no arroja veredictos. La evidencia debe ser evaluada y quien decide debe considerar si satisface o no un mínimo básico para considerar probado un hecho, si llega a cumplir con un estándar de prueba. Se ha trabajado mucho en el tema de los estándares legales de prueba. Los teóricos de la argumentación jurídica, los estudiosos de la prueba, los estudiosos del proceso civil y penal, entre otros, han abordado ampliamente este tema[54]. Algunos de ellos han hecho un esfuerzo analítico para aclarar la idea de un estándar probatorio; otros han realizado un trabajo descriptivo para comprender cómo funcionan realmente los estándares; otros han realizado una especie de trabajo normativo con la esperanza de sugerir mejores estándares o al menos mejor definidos; y las mejores contribuciones al debate hacen más de una de estas cosas al mismo tiempo[55].

El presente trabajo tiene como objetivo hacer un esfuerzo de aclaración, proporcionando una adecuada distinción conceptual entre *estándares de prueba y criterios de evaluación o valoración de la prueba*, para comprenderlos y categorizarlos mejor. Cabe señalar en particular tres cosas: (i) las diferencias entre criterios y normas reflejan algunas diferencias institucionales y de procedimiento; (ii) el alcance de la argumentación legal se reduce significativamente cuando se imponen criterios fijos de evaluación de pruebas; (iii) se puede argumentar que existe una conexión funcional entre criterios y estándares, lo que no equivale a decir que sean lo mismo o que hagan el mismo trabajo. El punto teóricamente más ambicioso del artículo es la afirmación sobre la conexión funcional entre criterios de evaluación y estándares: algunos estándares incorporan criterios de evaluación y viceversa[56].

Como es bien sabido, desde la época de Jerome Frank (uno de los padres del realismo jurídico estadounidense), los académicos han sido conscientes del desequilibrio de la atención dedicada a las cuestiones de hecho, a pesar de las cuestiones de derecho, por parte de la educación jurídica tradicional y los planes de estudio académicos.[57]. Los hechos no son "datos", no son algo que se "da"; no están esperando en algún lugar, ya formulados, para que

---

53 Taruffo Michele, "¿Verdad negociada?", *Revista de Derecho*, vol. XXI, núm. 1, julio de 2008, 141.

54 Mark Schweizer, "Standard of Proof as Decision Threshold", 10-50.

55 En el mundo del *Civil Law* hubo menos atención a ese tema, pero una mayor preocupación por los criterios de evaluación y valoración de la prueba. Un debate continental muy antiguo se centra en la cuestión de si es mejor que las pruebas se evalúen de acuerdo con criterios legislativos o jurisprudenciales fijos (era la idea de una "prueba legal"), o con criterios más relajados acomodados por los propios investigadores (es la idea de una "evaluación libre" de la prueba).

56 Mark Schweizer, "Standard of Proof as Decision Threshold", 10-50.

57 Siendo Frank "hostil" al dogmatismo desarrolló una especie de escepticismo bien conocido sobre la investigación de hechos, convencido de la relatividad del conocimiento, sin confiar en el determinismo y enfatizando el funcionamiento de la elección individual. Jerome Frank, *Courts on Trial. Myth and Reality in American Justice* (Princeton: Princeton University Press, 1950), *passim*; Comp. William Twining, *Rethinking Evidence*, 2nd Edition (Cambridge: Cambridge University Press, 2006), 116-118.

la corte los descubra, los "encuentre". Más exactamente, son procesados por el tribunal, por así decirlo, "reconstruidos /construidos" por él[58].

En los últimos años, los giros epistemológicos arraigados en la filosofía, la psicología, la antropología (de la ciencia, es decir, la teoría del actor en red) han puesto de relieve cómo no es posible mirar los hechos en términos meramente descriptivos, proporcionando categorías para hablar en términos de "construcción de hechos", "construcción narrativa de hechos" y más en general de una construcción narrativa de la realidad jurídica, la narrativa judicial con la que comenzó este aporte[59]. Mientras tanto, investigadores de diferentes campos han demostrado que el conocimiento y la verdad siempre están cargados de contexto y que no es posible ignorar el contexto de la adquisición de hechos para una investigación orientada al derecho y la cultura[60].

Siguiendo estas premisas y pasando por algunos de los puntos de la convocatoria, esta exposición se organizará en tres partes:

i) Al recordar brevemente los caminos filosóficos y científicos que han provocado un cambio de paradigma de una especie de enfoque del conocimiento "objetivo" o kantiano a uno constructivista, voy a pasar de la teoría a la práctica para mostrar qué significa que "los hechos son construido dentro del juicio". Ello es marcar las evoluciones de los hechos de una etapa a otra del juicio, centrándome en la actividad de construcciones narrativas judiciales por parte de los actores (cliente, abogado y juez)[61];

ii) Al expandir este marco científico hacia una perspectiva más orientada hacia el derecho y la cultura, se desarrollarán ejemplos de modelos comparados no solo con reglas formales sino también con reglas implícitas o consuetudinarias con el fin de resolver el caso y obtener el reconocimiento de sus derechos[62].

---

58 Jerome Frank, *Courts on Trial. Myth and Reality in American Justice*, 23-24. Así, el escepticismo de Frank llevó a los académicos a caminos interdisciplinarios en la investigación de hechos antes y como preesupuesto del derecho, mejorando una especie de interconexión entre teoría y práctica para comprender el derecho en la vida real. En particular, al hablar sobre la investigación de hechos dentro del juicio, señaló que: considerando cómo un tribunal de primera instancia llega a su determinación en cuanto a los hechos, es sumamente engañoso hablar, como hacen los abogados, que el tribunal "encuentre" los hechos.

59 Lance Bennett y Martha Feldman, *Reconstructing Reality in the Courtroom: Justice and Judgement in American Culture*. (New Brunswick (NJ): Rutgers University Press, 1981), 10-35; Flora Di Donato, "*Constructing Legal Narratives. Client-Lawyer Stories*", en *Exploring Courtroom Discourse* (Farnham: Ashgate, 2011), 111-131; Michele Taruffo, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti* (Roma-Bari: Laterza, 2009), 10-25.

60 Oscar Chase, *Law, Culture and Ritual*, (New York & London: New York University Press), 5-55; Flora Di Donato y Francesa Scamardella, "La ricerca della verità tra diritto, realtà, cultura. Note a margine di un caso giudiziario", en *Il contributo di Law & Humanities nella formazione del giurista* (Proceedings of the National Conference of the IV Italian Society for Law and Literature, 2013) 184-208; William Twining, *Rethinking Evidence*, 15-40.

61 Flora Di Donato, *La realtà delle storie*. (Tracce di una cultura. Napoli: Guida, 2012), 5-25.

62 Jerome Bruner, "Culture and Mind: Their Fruitful Incommensurability", *Ethos*, 36, 1, 2008, 29-45.

iii) Finalmente, como han sido receptados estos temas en el reciente proyecto ELI/UNIDROIT, como producto jurídico intercultural de encuentro.

2. Determinación de premisas socio-epistemológicas

Para su desarrollo, la primera parte se funda en una definición sociológica de la disputa, propuesta por Abel[63], quien la interpretó como una especie de interacción social que toma forma a través de los roles que juegan las partes: partiendo de la percepción de que una disputa no es más que una forma de relación social, una etapa de desarrollo por la que puede pasar cualquier relación.

Esta definición de la disputa principalmente fáctica que se hace de las relaciones sociales que requieren una especie de "domesticación normativa" parece abordar perfectamente una definición de "narración" como una "herramienta" para dar forma a las interacciones humanas a través de negociaciones de significados que están arraigados en la vida cotidiana, así como en contextos legales[64].

2.1 Cuestiones de hecho en contexto

A su vez, los teóricos del derecho y los epistemólogos han reconocido que:

i) las cuestiones de hecho, junto con las cuestiones de derecho, representan la fase clave de la transformación de los "acontecimientos cotidianos" en "historias jurídicas", ya que los abogados utilizan la narración como una herramienta para dar forma a fragmentos de información y elementos únicos de prueba dentro de un marco ordenado; contexto que tiene una relevancia significativa para la ley[65]. ii) Pero la justicia requiere no solo leyes justas y una administración justa de esas leyes, sino también la verdad fáctica y, lo que es más importante, la "evidencia legal" no es independiente de las "percepciones" del observador[66].

---

63 Ronald Abel, "A Comparative Theory of Dispute Institutions in Society", *Law and Society Review*, 8, 1974, 226-227. Esta definición de Abel puede extenderse al proceso judicial, al concebir estos contextos como "lugar dinámico", donde las relaciones humanas toman forma dentro de las limitaciones normativas (reglas, procedimientos y prácticas).

64 La narración posibilita la organización de la realidad, según una actitud natural del ser humano (homo narrans), y al hacerlo, constituye la realidad: gran parte de la realidad humana y sus 'hechos' no son meramente narrados por la narrativa, sino constituidos por ella" / "los relatos construyen hechos que los componen. Estas conocidas afirmaciones, en cierto sentido, están en el corazón del movimiento de la narración jurídica, y han contribuido en gran medida al paso de una lógica deductiva de la investigación fáctica a una constructivista.

65 William Twining, *Rethinking Evidence*, 10-50.

66 Susan Haack, *Evidence matters. Science, proof, and truth in the law* (Cambridge University Press, Cambridge, 2014), 3-5.

2.2 Rol de los actores dentro del proceso

Se ha resaltado una actitud típica del abogado de "traducir" la historia, releyendo elementos de la realidad aportados por el cliente —tales como fechas y lugares, la organización general del contexto profesional, funciones desempeñadas, asignaciones robadas— con el objetivo de definir "¿Quién ha hecho qué, cómo, cuándo, por qué y dónde?"[67].

Mientras los clientes y abogados parecen "creativamente" dedicados a la actividad de reconstrucción de hechos, el juez muestra por su lado una tendencia a describir los hechos en términos generales, refiriéndose a situaciones abstractas similares que son más bien jurídicas o de derecho. En algunos otros casos similares, el juez parece buscar una especie de plausibilidad social y cultural para su decisión, con una tendencia a conservar en lugar de subvertir el sistema[68].

3. Situación en la búsqueda y aporte de información de hechos en contexto

Pero esta construcción de los hechos en la narrativa judicial persigue un fin relacionado con la perspectiva del derecho y la cultura para reconstruir historias legales en contextos.

Aquí, es primordialmente importante enfatizar el rol del contexto, entendido como un "lugar" sociocultural hecho de valores, opiniones, creencias, tradiciones, donde las relaciones, controversias y casos toman forma. El contexto actúa de manera reflexiva sobre el caso, dándole origen e incidiendo en su solución, al converger valores, creencias e instancias en el juicio a través de la representación de los actores legales. El análisis del contexto, a través de sus prácticas culturales y legales, puede ayudarnos a comprender el papel de los seres humanos que actúan de acuerdo con la ley y la estrecha conexión entre hechos e historias (la forma en que los hechos se correlacionan).

---

67 Michele Taruffo, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, 10-50. Son conexiones que no están predefinidas por naturaleza, y que corresponden más a menudo a una relación de "probabilidad" (lógica o cualitativa) más que cuántica o de causalidad absoluta.

68 Patricia Ewick y Susan Silbey, *The Common Place of Law. Stories from Everyday Life* (Chicago and London: The University of Chicago Press, 1998) 10-25. La adopción de paradigmas constructivistas y métodos de análisis han permitido analizar "el juicio" como el lugar donde no se dan significados, sino que son el resultado de un proceso de negociación entre los actores sociojurídicos involucrados, en un primer momento cliente y abogado y luego el juez. Las historias de cliente-abogado no son construcciones arbitrarias sino representaciones narrativas de la realidad que apuntan a afirmar una base de verdad relativa sobre la cual sustentan el derecho que reclaman.

Por lo tanto, se puede adoptar el concepto de agente jurídico, para enmarcar cómo se comporta la gente común —los clientes— cuando busca una solución a problemas legales o judiciales, con la ayuda de su abogado y en cooperación con las instituciones[69].

La historia jurídica que se deriva del proceso de reconstrucción de materiales documentales (archivos, diario, imágenes), incluidas las transcripciones de entrevistas, es el resultado de diferentes narrativas en las que el caso toma forma la voz de los protagonistas del caso: el abogado, el funcionario, el testimonio, etc., como resultado de un discurso polifónico[70].

3.1 Criteios, elementos y estándares objetivos y subjetivos

A veces, los criterios fijos se entienden como objetivos y los relajados como subjetivos, en el sentido de que los primeros restringen a los investigadores de una manera que los segundos no lo hacen. Pero varios estudiosos han insistido en la posibilidad e importancia de entender también estos últimos criterios como objetivos: su objetividad no consistiría en el hecho de que sean mandatos legislativa o jurisprudencialmente, sino en sus fundamentos epistemológicos[71].

Como cuestión general, la "prueba" es el requisito previo para que el juez base su razonamiento en un tema determinado. Esto puede ser —y generalmente es— una cuestión de hecho, ya que el juez normalmente reacciona [72] a eventos acontecidos en el pasado[73], pero que son retirados y descritos por las partes de manera diferente. Sin embargo, también puede ser una cuestión de derecho si la ley procesal aplicable trata las cuestiones de hecho y de derecho por igual, de modo que sea necesario probar el derecho.[74] En ambas situaciones, el

---

69 Elinor Ochs y Lisa Capps, *Living Narratives. Creating Lives in Everyday Storytellling* (Cambridge (MA): Harvard University Press, 2001), 5-30. Se presume que la narración y la materialidad - también entendidas como "formas visuales" - también proporcionarán rastros de la cultura en la que se moldean los hechos. De hecho, en un enfoque etnográfico, las narrativas jurídicas pueden ser consideradas en su dimensión dinámica, ubicadas dentro de prácticas sociales y contextos de acción específicos (empresarial, organizacional, etc.). Un enfoque etno-pragmático toma en cuenta las dimensiones interactivas y relacionales de las narrativas que se ocupan de los intercambios comunicativos

70 Richard Sherwin, "The Narrative Construction of Legal Reality", *18 Vt. L. Rev.,* 1994, 681-719.

71 Susan Haack, "The Embedded Epistemologist: Dispatches from the Legal Front", *Ratio juris*. 25 (2), 2012, 206-235; Conf. Magne Strandberg, "The More-Probable-than-not Standard: A Critical Approach", en *Standard of Proof in Europe* (Tübingen: Mohr Siebeck, 2019), 65-94.

72 Ver Lon L. Fuller y Kenneth I. Winston, *"The Forms and Limits of Adjudication", 92 Harv. L. Rev. 353*, 1978.

73 Moritz Brinkmann, *Das Beweismaß im Zivilprozess aus rechtsvergleichender Sicht* (Köln: Carl Heymanns, 2005), 5: reconstrucción de una realidad histórica.

74 Para England, ver Nelson v. Bridport, (1845) 8 Beav. 527: "Knowledge of foreign law is not to be imputed to an English judge", foreign law is a question of fact and must be proven by the evidence of experts in the foreign law; The King of Spain v. Machado, (1827) 4 Russ. 225, 239: the onus of proving lies upon party who pleads the difference; Geoffrey Chevalier Cheshire, *Private International Law* (Oxford: Clarendon Press, 1935), 69: courts apply a presumption that foreign law is identical to English law.

juez que tiene que decidir el caso necesita un estándar para saber en qué hechos o leyes debe basar su razonamiento: el estándar de prueba.

Como cuestión de teoría —y de historia, como veremos de inmediato— hay dos formas de proporcionar al juez el estándar necesario. Uno es abstracto y general en el sentido de que no depende del juez individual y del caso, sino que es un ejercicio que puede ser replicado en cualquier caso y por cualquier persona; el otro es concreto e individualista en el sentido de que depende del caso en cuestión y requiere del juez una evaluación intrapersonal.[75]

El enfoque abstracto fue el enfoque elegido en la Edad Media bajo la influencia del derecho romano-canónico, una mirada que se perfeccionó hasta el extremo en España y Alemania.[76] Bajo este enfoque, las reglas abstractas decidían sobre el peso y el rango de los diferentes medios de prueba. Normalmente, una prueba completa era necesaria; requería dos testigos que fueran suficientemente independientes de la parte que lleva la carga de la prueba (*plena probatio*). Si la parte no podía proporcionar estos dos testigos, sino solo uno de ellos (*semiplena probatio*), se le permitía complementar el testimonio de los testigos con su juramento.[77] Los jueces últimos basaban su decisión exclusivamente en los informes escritos de la fase de investigación.[78] El propósito de este enfoque era proteger al decisor de toda influencia indebida y convertir la búsqueda de hechos en un ejercicio puramente racional e igualitario.[79] Cabe señalar que las normas inglesas sobre la admisibilidad de las pruebas pueden entenderse y explicarse desde el mismo contexto, y parece que, de hecho, tienen sus raíces en el procedimiento romano-canónico.[80]

---

75 Comp. Rolf Stürner, "Beweisregeln und freie Beweiswürdigung im Zivilprozess der Europäischen Staaten", en *Festschrift für Eduard Picker* (Tübingen: Mohr Siebeck, 2010) 809, 816 (solo usando abstracto y concreto).

76 Rolf Stürner, "Prozessrecht und Rechtskulturen", en *Prozeßrecht und Rechtskulturen. Eröffnungsvortrag und Deutsche Landesberichte zur Weltkonferenz für Prozeßrecht in Mexico City, Mexiko, 2003* (Baden-Baden: Nomos, 2004) 31, 43.

77 Para Alemania, ver Wilhelm Endemann, "Die Folgen freier Beweisprüfung im Civilprozesse", *AcP 41*, 1858, 289, 302-303; Achilles Renaud, "Das richterliche Moderationsrecht hinsichtlich der Zahl der vorgeschlagenen Zeugen im Civilprozesse*", AcP 42*, 1859, 301; ver también Johann Jakob Lauk, "Zur Lehre von dem zusammengesetzten Beweis im Civilprozeß", *Archiv für practische Rechtswissenschaft aus dem Gebiete des Civilrechts, des Civilprozesses und des Criminalrechts* 3, 1855, 337 et seq.

78 Wilhelm Endemann, *Die Beweislehre des Civilprocesses* (Heidelberg: von Bangel und Schmitt, 1860) 31, 43-44. Las reglas sobre el peso y el rango de los medios de prueba y otros tecnicismos del derecho probatorio de la época llenaron libros enteros. Lo que es interesante para nosotros es que el juez solo tenía que aplicar mecánicamente todas estas reglas. La aplicación correcta de estas reglas fue, por supuesto, un desafío intelectual, pero en teoría no dependía de del juez. En otras palabras, quien aplicaba todas las reglas de manera correcta habría obtenido el mismo resultado. El efecto de estas reglas fue exacerbado por el hecho de que el juez que tomó la prueba no era idéntico al juez, típicamente un panel de jueces, que decidía el caso.

79 Idem.

80 Ibidem.

El enfoque individualista, a su vez, deja la evaluación de la evidencia a la personalidad del investigador. Se caracteriza por la falta de reglas preestablecidas sobre el peso y el rango de los diferentes medios de prueba. Por supuesto, hay algunas pautas, pero no son obligatorias y dejan espacio para las particularidades del caso individual. Por ejemplo, la declaración del testigo del esposo no se excluye *per se*, sino que, por supuesto, se analiza de manera muy crítica, en particular si no hay hechos adicionales que respalden la declaración. Este enfoque se puede encontrar en el derecho romano clásico y volver al continente europeo con las ideas de la Ilustración y la Revolución Francesa. En la práctica, primero influyó en el procedimiento penal, pero luego tuvo éxito también en el procedimiento civil, en Francia con el Código de 1806,[81] mientras que en Alemania tardíamente en el 1877.[82] Bajo este enfoque, la evaluación de la prueba es "libre". Esto significa que el juez es responsable de evaluar la evidencia; él debe decidir si ve un problema como probado de acuerdo con su conciencia.

Tomemos el estándar de "más allá de toda duda razonable": en principio, puede satisfacerse tanto a través de criterios fijos como relajados, siempre que en el primer escenario la legislatura o alguna otra autoridad determine *ex ante* el valor fijo de los tipos relevantes de elementos probatorios junto con el umbral relevante, mientras que en el segundo escenario los investigadores apelan a algunos criterios no fijos (ya sean epistémicos, prácticos o de otro tipo) para evaluar la evidencia disponible y juzgar si satisface el estándar relevante. Sin embargo, tanto en el mundo del *Common* como del *Civil Law* existe cierta tendencia a superponer esos temas y mezclarlos. Por ejemplo, la convicción íntima francesa a menudo se toma como un criterio subjetivo de evaluación, mientras que otros la toman como un estándar subjetivo de prueba. La preocupación por este estado de cosas no es solo teórica, en mi sentido, sino también práctica en el sentido de que tal confusión torna opacas las decisiones sobre qué las justifica. Se produce confusión si se utiliza el vocabulario de los criterios de evaluación para hablar sobre los estándares de prueba y viceversa[83].

---

81 (Ancien) Code de procédure civile, Law of 14 April 1806, en vigencia desde 1 enero 1807.

82 *Civilprozeßordnung* del 30 de 1877, RGBl. 1877, 83, en vigencia desde 1 octubre 1879. Se supone que los jueces de casos deben realizar una "evaluación prudente" de la evidencia. Este es un criterio bastante relajado que confiere una discreción significativa a los jueces, pero se puede insistir en la necesidad de fundamentarlo en razones epistémicas, si se lee epistémicamente "prudente" (si se lee de manera práctica, enfatizando los valores en juego, debería agregar las razones prácticas relevantes) Ahora, si miramos esos temas y tratamos de conceptualizarlos, vemos que una cosa es un criterio de examen y valoración de la prueba y otra muy diferente es un estándar de prueba. Ello ya que la evaluación de la evidencia no es suficiente para tomar una decisión y porque, en principio, la satisfacción de un estándar de prueba se puede alcanzar a través de diferentes criterios.

83 Magne Strandberg, "The More-Probable-than-not Standard: A Critical Approach", en Standard of Proof in Europe (Tübingen: Mohr Siebeck, 2019), 65-94.

3.2 Marco analítico

La prueba permite a los investigadores llegar a veredictos precisos sobre los hechos litigados. Pero, como dije antes, la evidencia *per se* no arroja veredictos. A tal efecto, existen al menos cuatro requisitos sobre la prueba jurídica: primero, debe ser admisible de acuerdo con las normas del ordenamiento jurídico correspondiente; en segundo lugar, debe ser "inferencializado" por las partes y los investigadores, ya que la evidencia no habla por sí misma y los participantes en la controversia deben construir argumentos probatorios basados en los elementos presentados; tercero, se debe evaluar la prueba para determinar su valor probatorio o, mejor, se deben evaluar las inferencias y argumentos probatorios en juego para determinar el sustento probatorio, o justificación, o justificación que brindan las premisas a las conclusiones; cuarto, quienes investigan los hechos deben considerar si la evidencia cumple con el estándar de prueba relevante, o si se ha satisfecho la carga de la prueba relevante.

Muchos de los puntos discutidos bajo el título de "estándares de prueba" también pueden ser discutido bajo el título de "cargas de la prueba"[84]. Para simplificar las cosas, no utilizaré la última terminología y el aparato conceptual correspondiente. De todos modos, permítanme aclarar esto: es cierto que, como ha observado un revisor, la carga de la prueba se refiere a la cuestión de qué parte tiene que demostrar qué, mientras que el estándar de la prueba se refiere a la cuestión de "cuánta" evidencia es necesaria para descargar una carga determinada[85]. Pero también es cierto que la literatura se centra en una carga, a saber, la "carga de la persuasión", que i) se considera que indica el estándar de prueba relevante y ii) se considera que es qué otra carga (la "carga de la producción")[86]

Los puntos que nos conciernen aquí son el tercero y el cuarto de los referidos supra. Una cosa es evaluar, o evaluar, la evidencia presentada, y otra, muy distinta, saber si satisface el estándar de prueba relevante. Las dos operaciones son conceptualmente diferentes y la última requiere la primera como condición necesaria. Nadie puede determinar si la evidencia admitida y presentada cumple con el estándar relevante, a menos que la evidencia haya sido evaluada. Para ser más precisos, la evidencia debe ser "inferencializada", es decir, traducida en argumentos probatorios, y quienes investigan los hechos deben evaluar dichos argumentos para ver si se cumple o no con el estándar relevante[87].

---

84 Ver Ronald Allen, "Burdens of proof", *Law Probab Risk*, 13, 2014, 195–219.

85 Roman Kehrberger, *Die Materialisierung ds Zivilprozessrechts,* (Tübingen: Mohr Siebeck), 2019, 175-186.

86 Magne Strandberg, "The More-Probable-than-not Standard : A Critical Approach", 65-94; Amal Clooney y Philippa Webb, *The Right to a Fair Trial in International Law*, 49-56.

87 De hecho, la evaluación per se tampoco determina una decisión, porque un resultado definido solo puede justificarse si se considera un estándar de prueba. La "evaluación prudente", por ejemplo, es un criterio de evaluación en los casos

Entonces, tanto los criterios de evaluación como los estándares de prueba son componentes necesarios de la toma de decisiones legales sobre los hechos, y ninguno de ellos es una condición suficiente para ello. Esto parece bastante obvio desde un punto de vista conceptual y filosófico. Pero, sorprendentemente, algunos tribunales y juristas parecen perder el punto. Un ejemplo significativo lo proporciona el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en *Gäfgen v. Alemania* (2010), cuando el Tribunal dice que "al evaluar las pruebas en las que basar una decisión [...] el Tribunal adopta el estándar de prueba 'más allá de toda duda razonable'"(§ 92). La comprensión de "más allá de toda duda razonable" como criterio de evaluación aparece como un tema recurrente en las decisiones del TEDH. En estas decisiones, el estándar de la prueba se toma como un criterio de evaluación de la evidencia, en lugar de ser una regla de decisión que entra en juego una vez que se han evaluado las pruebas[88].

4. Problemas terminológicos y conceptuales

La misma confusión no es infrecuente en el trabajo académico, cuando los criterios de evaluación de la evidencia se equiparan con los estándares de prueba o, viceversa, los estándares con los criterios. Ahora, ¿por qué es así? ¿Por qué los académicos educados y los tomadores de decisiones caen en esta confusión sobre evidencia y prueba? ¿Por qué no ven la diferencia entre los criterios de evaluación y los estándares de prueba? Esta será nuestra primera pregunta de investigación.

Algunos sistemas tienen reglas que consisten claramente en estándares de prueba, mientras que otros tienen reglas que consisten claramente en criterios de evaluación de la evidencia, mientras que también hay reglas que son difíciles de categorizar de una forma u otra. Dado el propósito teórico y el enfoque conceptual del presente artículo, pasaré por alto muchos detalles positivos y haré abstracción de muchas complejidades sistémicas. Lo que es importante para nuestros propósitos es comprender las formas en que los diferentes sistemas manejan el problema que estamos tratando. Comenzaré por hacer algunas observaciones sobre el mundo del *Common Law* y luego pasaré a algunos países de *Civil Law*[89].

---

civiles pero, para tomar una decisión, necesitamos un estándar de prueba como la "preponderancia de la evidencia" (más sobre esto más adelante). Ninguna decisión se deriva de la evaluación únicamente

88 Kevin Clermont y Emily Sherwin, "A comparative view of standards of proof", *Am J Comp Law*, 50, 2002, 243–275.

89 Lubos Tichy, "Standard of Proof: Fundamental Problems Through the Perspective of Comparative Analysis", en *Standard of Proof in Europe* (Tübingen: Mohr Siebeck, 2019), 287-316.

4.1 Enfoques en el *Common Law*

En el mundo del *Common Law* se distinguen tres estándares básicos de prueba. Dos de ellos se aplican a los casos civiles, uno a los casos penales[90].

i) En los casos civiles, el estándar habitual es la preponderancia de las pruebas (como lo llaman en los EE.UU.), O el equilibrio de probabilidades (como lo llaman en el Reino Unido). Esto significa que, según la opinión recibida, el reclamo de la parte demandante debe ser más probable a la luz de las pruebas presentadas. Si la afirmación fáctica de la parte que tiene la carga de la prueba se considera más probable que no, dada la evidencia, esa parte tiene derecho a un veredicto a su favor[91].

ii) Si no se considera así, la parte no tiene ese derecho, pero en algunos casos civiles el sistema estadounidense adopta un segundo estándar, el estándar de evidencia clara y convincente. Se utiliza en "casos graves", es decir, casos en los que lo que está en juego es más grave que en los normales. Ejemplos de tal "seriedad" son los casos de daños punitivos y los casos de inmigración donde lo que está en juego es el derecho a estar en un determinado país. Este segundo estándar es más exigente que el primero. Para tener un veredicto a su favor, la parte gravada debe realizar un mayor esfuerzo probatorio, presentando pruebas más sólidas o de mayor valor probatorio que las que bastan en los casos normales.

iii) El estándar, especialmente arraigado en los EE. UU., es la prueba más allá de toda duda razonable. Este estándar requiere una cantidad de evidencia que solo deja lugar a dudas irrazonables sobre la culpabilidad del imputado defendido. Entonces, si la evidencia presentada hace que sea razonable creer que el acusado es culpable y no es razonable dudarlo, entonces la fiscalía tiene derecho a un veredicto a su favor y los investigadores de los hechos se comprometen a decidir en contra del acusado. Por supuesto, este estándar penal es incluso más exigente que el estándar de evidencia clara y convincente que se usa en casos civiles graves: la evidencia presentada tiene que ser aun más fuerte que esto, dejando espacio solo para dudas irrazonables[92].

---

90 Para un análisis en el Derecho Internacional ver Amal Clooney y Philippa Webb, *The Right to a Fair Trial in International Law*, 49-51.

91 John Sorabji, "The English Approach to the Standard of Proof in Civil Proceedings", en *Standard of Proof in Europe* (Tübingen: Mohr Siebeck, 2019), 249-272.

92 Estos son a veces expresadas en términos probabilísticos (como la idea de que no podemos estar 100% seguros de nada) Ha habido algunos intentos de traducir esos estándares cualitativos en umbrales cuantitativos. Esto se hace con algo de teoría de la probabilidad y alguna asignación de un valor de probabilidad numérico a cada uno de los estándares. La justificación para tener un estándar más alto en los casos civiles graves, en comparación con los no graves, es la protección de algún valor más importante que está en juego en ellos. Y la justificación recibida para tener un estándar aun más alto en los casos penales, en comparación con los civiles, es la protección del individuo contra la coerción estatal,

4.2 Enfoque en el *Civil Law*

Los países de derecho civil suelen tener en sus respectivos códigos algunas reglas básicas sobre prueba. La mayoría de las veces, estas reglas establecen criterios de evaluación de la evidencia en lugar de estándares de prueba. Justamente, hoy en día estos criterios son bastante relajados, dejando margen a la discreción judicial.

Esto tiene una explicación histórica definida: en muchos países continentales, el esfuerzo de codificación apuntaba a deshacerse, entre otras cosas, de las complejidades previas en la evaluación de la evidencia. Esas complejidades equivalían al llamado sistema de "prueba legal", que dominó Europa desde fines del siglo XIII hasta la Revolución Francesa a fines del XVIII. En ese sistema, a cada tipo de evidencia sensible se le asignaba un valor predeterminado y valor probatorio fijo, sobre la base de alguna autoridad legal u opinión doctrinal; luego, una vez que se presentaron algunas pruebas en el juicio, la tarea del juez fue básicamente la de calcular el valor de cada alegación fáctica, dada la prueba disponible. En otras palabras, una vez que los tipos de pruebas habían recibido un valor fijo, el juez debía considerar las fichas en el caso en cuestión y calcular el resultado en consecuencia, con poca o ninguna discreción de su parte[93].

Esta regla proporciona claramente un criterio general de evaluación de la evidencia. Entonces la pregunta es: ¿cuál es el estándar de prueba por ejemplo en el sistema italiano de proceso civil? Es difícil de decir, porque no hay una regla explícita ni en el código ni en la ley. Algunos tribunales han sentido en los últimos años la necesidad de especificar que el estándar de prueba en asuntos como la negligencia médica es el "más probable que no" [94]. Entonces, según estos jueces, es básicamente el estándar utilizado en los países de *Common Law*. Por otro lado, no está claro si el estándar está concebido para aplicarse solo a tales[95]. La situación es diferente si tomamos en consideración el código de procedimiento penal italiano: los investigadores solo condenarán si el estándar más allá de toda duda razonable se cumple (art. 533, modificado en 2006). La norma fue introducida por el Parlamento hace algunos años con el propósito de hacer más difíciles las condenas penales.

Consideremos Francia ahora. Según el código de procedimiento civil francés, existe una "prueba libre" de los hechos jurídicos (véanse los artículos 9 a 10, 198, 213) y una "prue-

---

es decir, la protección de un valor fundamental como la libertad individual (e incluso la vida en aquellos sistemas donde la pena capital todavía está en vigor).

93 Luego, para abreviar una larga historia, los pensadores legales de la Ilustración y las autoridades de la Revolución Francesa diseñaron un sistema que, por el contrario, confiaba en los buscadores de hechos otorgándoles cierta discreción.

94 Roberto Poli, "Standard of Proof in Italy", en *Standard of Proof in Europe* (Tübingen: Mohr Siebeck, 2019), 197-248.

95 Ver p. Ej. Cass. sez. III civile, decisión n. 10285/2009, n. 10741/2009, n. 15991/2011, n. 23933/2013, n. 18392/2017

ba legal" de (determinados) actos jurídicos[96]. No se da un estándar explícito, y la situación es similar a la civil italiana. Lo más interesante del sistema francés es la noción muy controvertida de condena a tiempo que se utiliza en los juicios penales[97]. Según el código procesal penal, los jueces deben decidir sobre la base de las pruebas de acuerdo con su condena íntima (art. 427); lo mismo ocurre con los tribunales mixtos, integrados por jueces y jurados, que no están sujetos a normas legislativas de apreciación y deben preguntarse "en silencio y meditación" si, ante las pruebas, tienen una convicción íntima sobre la culpabilidad del imputado (art. 353). Se ha hablado mucho sobre esta idea. Varios eruditos lo han criticado asumiendo que no es más que una apelación a la opinión del investigador[98].

España se encuentra en una situación similar. Según el código de procedimiento civil, las pruebas deben evaluarse de acuerdo con las "reglas de la sana crítica" (por ejemplo, el artículo 348 sobre el testimonio pericial, el artículo 376 sobre los testigos). La situación es similar a la de otros países de derecho civil en que la "prueba legal" es la excepción, no la regla. Aquí la regla es la evaluación de acuerdo con la "sana crítica"[99].

Por último, unas palabras sobre Alemania. Según el código de procedimiento civil, el tribunal debe decidir "a su discreción y condena" y teniendo en cuenta "todo el contenido de las audiencias y los resultados obtenidos por la obtención de pruebas" (art. 286.1). El énfasis en la discreción judicial confirma la tendencia de los sistemas de derecho civil en materia civil[100]. En cuanto al código de procedimiento penal alemán, el tribunal decidirá "sobre el resultado de la prueba de acuerdo con su condena libre obtenida de la audiencia en su conjunto" (art. 261). Una vez más, el énfasis está en la evaluación y la convicción "libre". Pero aun sobre la base de las pruebas y la audiencia. Por tanto, tanto en el contexto civil como en el penal, la ley alemana enfatiza el papel de la discreción judicial en la evaluación de pruebas[101].

---

96 Loïc Cadiet, *Code de Procédure Civile* (Paris: LexisNexis, 2021), 21 y ss.

97 Emmanuel Jeuland, "The Standard of Proof in France", *Standard of Proof in Europe* (Tübingen: Mohr Siebeck, 2019), 181-196.

98 Ahora bien, ¿es la convicción a tiempo un estándar de prueba? ¿Es más bien un criterio de evaluación de la evidencia? ¿Son ambos? Los comentaristas angloamericanos tienden a pensar que es un estándar.

99 Muchos países de habla hispana en América Latina adoptan el mismo criterio. En cambio, ese sabor epistemológico falta en el código procesal penal español, según el cual los jueces deciden valorar la prueba con su "conciencia" (art. 741.1). La apelación a la conciencia parece estar en consonancia con la apelación francesa a la condena íntima.

100 Ver en general ya históricamente Michael Huber, *Das Beweismaß im Zivilprozeß* (Köln: Carl Heymanns, 1983); Ernst Ludwig Nell, *Wahrscheinlichkeitsurteile in juristischen Entscheidungen*, (Berlin: Duncker & Humblot) 1983; Richard Motsch, *Vom rechtsgenügenden Beweis*, (Berlin: Duncker & Humblot, 1983); Dieter Leipold, *Beweismaß und Beweislast im Zivilprozeß* (Berlin/New York: de Gruyter, 1985); Moritz Brinkmann, *Das Beweismaß im Zivilprozess aus rechtsvergleichender Sicht* (Köln: Carl Heymanns, 2005); Mark Schweizer, *Beweiswürdigung und Beweismaß. Rationalität und Intuition* (Tübingen: Mohr Siebeck, 2015).

101 Hans-Jürgen Ahrens, "Fact Finding under German Law of Civil Procedure: Evaluating Evidence and The Relevant Degree of Certainty", en *Standard of Proof in Europe* (Tübingen: Mohr Siebeck, 2019), 95-108.

Ningún estándar de prueba se hace explícito en el derecho positivo (a menos que se lea "convicción libre" como estándar, lo cual es tan desconcertante como la idea de tener un "estándar libre"). Pero el lector atento habría notado que esas disposiciones se refieren a decisiones judiciales, no solo a la evaluación de pruebas. Por lo tanto, se supone que dichos criterios de evaluación de la evidencia desempeñan también el papel de las reglas de decisión.

En resumen, los países de derecho civil contemporáneo son similares en que, con respecto a los asuntos civiles, la "prueba legal" es una eventualidad residual y una "evaluación libre" de la evidencia es la regla[102].

5. Elementos subjetivos y objetivos

En general, no es una situación de equilibrio, porque la discreción general de la evaluación de la evidencia y la falta de estándares explícitos en algunos contextos generan no solo litigios y controversias adicionales, sino también confusión en cuanto a lo que falta en un sistema legal dado y lo prescribe (como el procedimiento civil en Italia, por ejemplo). Como punto adicional, téngase en cuenta que el alcance de la argumentación realizada por las partes y los investigadores sobre las pruebas se reduce significativamente cuando se imponen criterios fijos de evaluación de pruebas[103].

Podría deslindarse "probabilidad" en estos dos enfoques. Bajo el enfoque abstracto, el lugar de la probabilidad está en las reglas abstractas mismas: las reglas sobre el peso y el rango de la evidencia debían, históricamente, al menos hasta cierto punto, reflejar de manera general la confiabilidad de los diferentes medios de evidencia. La confiabilidad, a su vez, no significa nada más que la probabilidad de que la afirmación para la cual se encuentra un medio particular de prueba sea correcta.

Las cosas son diferentes para el enfoque subjetivo. Aquí, es el juez quien tiene que decidir de acuerdo con sus hallazgos intrapersonales. La probabilidad puede guiar al juez,

---

102 Según algunos estudiosos, existen grados de tal libertad, ya que el método francés es algo extremo al dar discreción a los investigadores, mientras que el método español impone más restricciones epistemológicas a su juicio, y aparece el método italiano de "evaluación prudente". estar en el medio. Ahora bien la "evaluación libre" no debe tomarse como una libertad respecto de las reglas de la lógica, los requisitos de la racionalidad y las limitaciones que la ciencia y la epistemología imponen a los investigadores de los hechos. Lubos Tichy, *Standard of Proof: Fundamental Problems Through the Perspective of Comparative Analysis*, 287-316.

103 Esto era bastante obvio en el antiguo sistema de "prueba legal", donde cualquier discusión sobre la credibilidad de los testigos o las circunstancias del testimonio era irrelevante una vez que los investigadores estaban sujetos a alguna medida como la regla de los dos testigos. Cuanto más discreción tengan los investigadores, más prominente será el papel de la argumentación jurídica sobre las pruebas y los hechos litigados. Se supone que las partes deben proporcionar argumentos persuasivos sobre la evidencia y los investigadores deben proporcionar argumentos que justifiquen sus decisiones. Lubos Tichy, *Standard of Proof: Fundamental Problems Through the Perspective of Comparative Analysis*, 287-316.

incluso puede ser suficiente, y puede, en el nivel de los recursos de apelación, ser un aspecto bajo el cual la decisión del tribunal inferior puede ser analizada. Por lo tanto, la probabilidad puede tener algo que ver con la determinación del juez de una cuestión de hecho o derecho en un caso individual, es decir, con el estándar de prueba. Por lo tanto, continuaremos nuestro análisis sobre la base del enfoque individualista. Pero antes de hacerlo, echemos un vistazo más profundo a lo que es, o puede ser, "probabilidad".

5.1 Interrelaciones: objeto, elemento y estándar de prueba desde lo subjetivo del juzgador

Al analizar la probabilidad y la prueba "subjetiva", distingamos nuevamente tres tipos o relaciones entre probabilidad y prueba y comencemos con la probabilidad como un objeto de prueba. A primera vista, hay pocas situaciones en las que deba probarse la probabilidad de que alguien creyera que cierto evento así aconteció. Sin embargo, la probabilidad "subjetiva" puede ser el objeto de la prueba si el tribunal debe determinar si alguien actuó intencionalmente: cuanto más probable fue un determinado evento a los ojos del acusado, más justificado es asumir que él o ella actuó al menos con *dolus eventualis*,[104] aunque la probabilidad por sí sola puede no ser suficiente.[105]

Para discutir la probabilidad "subjetiva" como estándar de prueba, debemos cambiar la perspectiva. Si bien la probabilidad "subjetiva" es un objeto de prueba en lo que respecta a las partes o terceras personas, la probabilidad "subjetiva" solo puede ser el estándar de prueba si el sujeto es el juez mismo. De hecho, la probabilidad "subjetiva" puede ser, y con frecuencia es, el estándar de prueba aplicable.[106] Este es el caso, en primer lugar, en aquellos países de *Common Law* que definen el estándar de prueba en materia civil como el "equilibrio de probabilidades" o como la "preponderancia de la evidencia", un estándar que generalmente se dice que es inferior a el estándar "más allá de toda duda razonable" que estas jurisdicciones aplican en derecho penal.[107] La "satisfacción cómoda" se define como más que el equilibrio de probabilidades, pero menos que el estándar más allá de toda duda razonable.[108] Finalmente, es el estándar que se aplica en muchos países de *Civil Law* con respecto

104 Ver BGH StV 2014, 88, 89 mn. 25.

105 BGHSt 46, 30, 35 = NJW 2000, 2364, 2366; BGH NStZ 1999, 507, 508.

106 Más matizado Moritz Brinkmann, *Das Beweismaß im Zivilprozess aus rechtsvergleichender Sicht*, 29: El "grado de convicción" se convierte en parte del estándar de prueba a través de la probabilidad.

107 Moritz Brinkmann, *Das Beweismaß im Zivilprozess aus rechtsvergleichender Sicht*, 27, citando a Carleton Kemp Allen, "The Presumption of Innocence", en *Legal Duties and Other Essays in Jurisprudence* (Oxford: Clarendon Press, 1931) 253, 286 (287) quien pronuncia, sin embargo, con algo de escepticismo.

108 Art. 3.1 oración 3 WADA-Code.

a las medidas cautelares.[109] La plausibilidad requerida se describe normalmente como "más probable que no".[110]

Si la prueba es la línea de cuando el juez puede basar su decisión en un tema determinado, ¿qué significa "probabilidad" subjetiva "como elemento de prueba"? Esta pregunta es compleja[111].

5.2 Interpretación del estándar de prueba

Desde un punto de vista técnico, la respuesta a estas preguntas es simple: de hecho, existen otros estándares de prueba que los estándares basados directa o indirectamente en la probabilidad: el estándar "más allá de toda duda razonable" que rige, entre otras cosas, el derecho penal de los Estados Unidos y el estándar de "convicción íntima", que es el estándar de prueba regular en la mayoría de los países de derecho civil, que requiere que el juez esté "totalmente convencido". Estas otras normas podrían interpretarse como que abarcan, pero van más allá, de la probabilidad. Uno podría sostener perfectamente que todos estos estándares son, en una mirada más cercana, estándares que requieren una probabilidad particularmente alta.[112] Viceversa, estos estándares también podrían interpretarse como algo categóricamente diferente de la probabilidad, tan diferente que la probabilidad ni siquiera podría ser un elemento de ellos.[113] La tercera solución es interpretar estos estándares de prueba de manera

---

109 Para Alemania, §§ 920(2), 294 ZPO.

110 Ver para Inglaterra Miller v. Minister of Pensions, [1947] 2 All E.R. 372 (K.B.) 374 (Lord Denning); para Alemania BGH, BeckRS 107304 mn. 10; NJW-RR 2007, 776, 777 mn. 11; OLG München, GRUR 2017, 630, 632 mn. 25.

111 (i) En primer lugar, está claro que si discutimos la probabilidad "subjetiva" como elemento de la prueba, nos enfrentamos a una situación en la que la probabilidad "subjetiva" no es idéntica al estándar de prueba; (ii) Además, si la probabilidad "subjetiva" es solo un elemento de prueba, también está claro que tratamos una situación en la que el estándar de prueba de alguna manera abarca la probabilidad. En otras palabras, estamos interesados en una situación en la que el estándar de prueba requiere más que una mera evaluación de probabilidades. (iii) A partir de este punto de partida puramente semántico, podemos deducir dos preguntas: en primer lugar, ¿existen otros estándares de prueba que los basados en la probabilidad subjetiva y, en segundo lugar, pueden estos otros estándares de prueba ser interpretados en el sentido de que abarcan la probabilidad?

112 En este sentido, va la posición según la cual el juez debe estar convencido de una alta probabilidad, no de la verdad: Hans-Joachim Musielak, "Das *Överviktsprincip* – Zum Verhältnis von richterlicher *Überzeugung* und Wahrscheinlichkeit", en *Festschrift für Gerhard Kegel* (Frankfurt a.M: Alfred Metzner, 1977) 451 et seq.; Walter H. Rechberger, "Maß für Maß im Zivilprozeß? Ein Beitrag zur Beweismaßdiskussion", en *Festschrift für Gottfried Baumgärtel* (Köln: Carl Heymanns, 1990), 471, 476; Rolf Bender, "Das Beweismaß", en *Festschrift für Fritz Baur* (Tübingen: Mohr Siebeck, 1981) 247 et seq.; Stelios Koussoulis, "Beweismaßprobleme im Zivilprozeßrecht", en *Festschrift für Karl Heinz Schwab* (München: C.H. Beck, 1990) 277.

113 En esta dirección Karl Heinz Schwab,*"Das Beweismaß im Zivilprozeß*", en *Festschrift für Hans W. Fasching* (Wien: Manz, 1988) 451 et seq. Algunos autores interpretan la posición de la Corte Suprema Federal de Alemania en este sentido. Sin embargo, esta interpretación descuida los límites aceptados por la Corte Suprema; ver Moritz Brinkmann, *Das Beweismaß im Zivilprozess aus rechtsvergleichender Sicht*, 44.

que incluyan la probabilidad "subjetiva", pero no se detengan allí. En otras palabras, el juez debe creer que un cierto problema es probable hasta cierto punto, pero que algo debe ser de alguna manera u otra[114].

5.3 Interrogantes abiertos

Un análisis conceptual de los comentarios anteriores se centra en las diferencias sistémicas relevantes. Algunos sistemas legales tienen estándares explícitos de prueba (como reglas de decisión) y carecen de criterios de evaluación explícitos. Algunos otros sistemas tienen criterios de evaluación explícitos y carecen de estándares explícitos de prueba (nuevamente, entendidos como reglas de decisión). Además, es difícil decir si las cosas no explícitas son implícitas o indeterminadas. Por ejemplo, es *prima facie* difícil decir si en el sistema de procedimiento civil italiano hay un estándar de prueba implícito o ninguno. Si todo eso es correcto, surgen dos preguntas de investigación adicionales después de la que planteamos anteriormente. Aquí está la segunda pregunta, en pocas palabras: ¿Por qué difieren los sistemas? Es decir, por qué algunos de ellos tienen criterios de evaluación y carecen.

¿Criterios de evaluación o estándares de prueba? ¿Un esfuerzo en... estándares de prueba, mientras que otros lo hacen al revés? Y ahora la tercera pregunta: ¿cómo pueden funcionar los sistemas sin uno de esos elementos? Es decir, si los criterios de evaluación y las normas de prueba son componentes necesarios de la determinación de los hechos jurídicos, ¿cómo puede ser que un sistema que carece de uno de ellos pueda funcionar a pesar de todo? La segunda de nuestras tres preguntas de investigación encuentra principalmente su respuesta en la historia. Las diferencias anteriores entre sistemas (y la relativa confusión en trabajos académicos y opiniones judiciales) son generadas por diferentes preocupaciones históricas, procesales e institucionales. Basta decir que el mundo del *Common Law* muestra una preocupación prominente por los estándares de prueba y esto encuentra una explicación en las características del juicio por jurado. El hecho de que los investigadores de los hechos sean legos, que necesitan instrucciones de los jueces pero no dan razones escritas de las decisiones que toman, milita a favor de un sistema simple en el que los investigadores de los hechos deben considerar un estándar de prueba y pueden serlo. Instruido por los jueces sobre

[114] Lubos Tichy, "Standard of Proof: Fundamental Problems Through the Perspective of Comparative Analysis", 287-316. Parece imposible responder a esta pregunta desde un punto de vista puramente lógico. El estándar de "convicción íntima" parece estar más centrado en el estado mental del juez en el sentido de que todo lo que importa es la convicción individual del juez. Esto también encajaría bien con los orígenes históricos de esta norma, ya que se consideró, junto con la evaluación libre de la evidencia por parte del juez, la antípoda a las reglas legales que rigen la evaluación de la evidencia, reglas que tenían mucha que ver con la medición Esto no excluye que la convicción individual, aunque sea algo binario en el sentido de que el juez está convencido o ella no, está de alguna manera vinculada a la probabilidad "subjetiva".

el significado del estándar y las formas de evaluar si se cumple con el estándar. Esto facilita la tarea del jurado[115].

Por otro lado, el mundo del *Civil Law* muestra una preocupación prominente por la evaluación de la evidencia y esto encuentra una explicación en las características de los juicios con profesionales como los jueces que alguna vez debieron aplicar el complejo sistema de "prueba legal" y, finalmente, en contraste con el sistema vinculante anterior, se les pidió que evaluaran libremente la evidencia. La naturaleza desconcertante de la convicción íntima es menos desconcertante si la consideramos en la perspectiva de este proceso histórico. Se introdujo en Francia para emular la forma inglesa de decidir casos penales con jurados legos y, finalmente, se extendió a jueces profesionales liberados de las complejidades del sistema de "prueba legal"; por lo que tiene el rostro de Jano en el sentido de que refleja diferentes culturas y tradiciones legales y porque ha absorbido, por así decirlo, las diferentes preocupaciones de estas culturas y tradiciones.

Estas últimas observaciones nos llevan a mi respuesta tentativa a la tercera pregunta de investigación especificada anteriormente. Existe cierta conexión entre criterios y estándares, a pesar de su diferencia conceptual. ¿Qué tipo de conexión? Se supone que existe una conexión funcional entre ellos. Ahora bien, una conexión funcional debe distinguirse de una especie de identidad o equivalencia funcional. La idea de una equivalencia funcional consistiría en el hecho de que los estándares y criterios desempeñan la misma función procedimental y sistémica. Esta idea tiene un interés intuitivo, ya que explicaría el rompecabezas de los sistemas que funcionan bastante bien sin uno de los componentes aparentemente necesarios de la toma de decisiones fáctica.

6. Modelo de fusión Eli/Unidroit

La idea detrás del proyecto ELI / UNIDROIT ha sido identificar el núcleo común del derecho probatorio y redactar las reglas más convenientes, incluidas las relacionadas con la gestión probatoria. La investigación comparada muestra una fuerte divergencia con respecto a muchos de los puntos cruciales de la ley de la prueba: más o menos formalismo en la obtención de pruebas; más o menos apego al principio de inmediatez; y las reglas más o menos proactivas sobre el acceso a la información y / o evidencia en poder del oponente o de terceros son buenos ejemplos de diversidad.[116]

---

115 Tarence Anderson, David Schum y William Twining, *Analysis of evidence*, 2nd edn. (Cambridge: Cambridge University Press, 2005), 20-45.

116 Ver http://www.unidroit.org/english/governments/councildocuments/ 2017session/cd-96-07-e.pdf.

El estándar de prueba también pertenece a este conjunto de cuestiones problemáticas o peculiares y también por dos razones: primero, porque es una noción que pertenece más a una discusión académica que a la legislación. Abordar el estándar de la prueba, por tanto, implicará introducir una nueva noción jurídica que muchos ordenamientos jurídicos no tienen. Y, por supuesto, la segunda razón es decidir el contenido de dicha regla, es decir, proponer qué estándar de prueba debe considerarse el mejor para los procedimientos civiles en Europa[117]. En teoría jurídica, es común hacer referencia a diferentes posibles estándares de prueba, requiriendo distintos niveles de condena por parte del juez, cuyo mínimo aceptable sería el balance de probabilidades (el juez considera más probable la existencia de un hecho que el inexistencia de los mismos). En cuanto a la primera pregunta, el Grupo de Trabajo decidió responder afirmativamente; el debate académico es cada vez más intenso sobre este tema[118].

El estándar de la prueba es de suma importancia e influye en gran medida no solo en la determinación de los hechos del tribunal, sino también en las estrategias de las partes. Por tanto, cabría esperar que un nuevo conjunto de normas europeas comunes sobre pruebas incluyera una propuesta de regulación sobre este tema.

En cuanto a los contenidos, la gran decisión fue si asumir el enfoque estadounidense del "equilibrio de probabilidades" (el famoso 51 por ciento) o exigir un mayor nivel de convicción. La segunda opción fue claramente favorecida, con la siguiente redacción en la Regla 3 del Proyecto de Reglas:

"Una cuestión de hecho controvertida se prueba cuando el tribunal está razonablemente convencido de su verdad". La regla propuesta tiene como objetivo establecer un alto estándar calificado de prueba en los procedimientos civiles. Sin embargo, exigir a cualquier tribunal en cualquier caso que demuestre una condena "plena" sería igual de exigente y difícil de imaginar en la práctica. Por lo tanto, el término "razonablemente" utilizado en la redacción de la regla debe entenderse en el sentido de "lo más cerca posible de la plena convicción", asumiendo que la plena convicción es probablemente solo un ideal[119].

El término "verdad" en este contexto debe leerse libre de cualquier connotación filosófica. Su objetivo es simplemente describir el nivel o grado de confianza suficiente para que el tribunal pronuncie una decisión sobre los hechos. El término "convencido" también

---

117 Michael Stürner, "Evaluation of Evidence and Standard of Proof in the ELI/UNIDROIT European Rules of Civil Procedure", en *Standard of Proof in Europe* (Tübingen: Mohr Siebeck, 2019), 273-286.

118 Fernando Gascón Inchausti y Michael Stürner, "Access to information and evidence in the ELI/UNIDROITEuropean rules on civil procedure: some fundamental aspects", *Uniform Law Review,* Volume 24, Issue 1, March 2019, 14–41, https://doi.org/10.1093/ulr/unz002.

119 Idem

debe tomarse con cautela y debe entenderse como sinónimo de "satisfecho". Por lo tanto, es necesario asumir que, con el fin de establecer un alto estándar, existe cierta flexibilidad y la necesidad de adaptarse a las circunstancias para decidir cuándo un tribunal está "razonablemente convencido".

Huelga decir que el tribunal solo puede considerarse convencido o satisfecho de la verdad, teniendo en cuenta todas las pruebas pertinentes u otros métodos válidos, como la admisión de hechos, notoriedad o presunciones; el conocimiento privado del tribunal nunca será la base para una decisión sobre cuestiones de hecho[120].

7. Conclusiones

En el Estado constitucional de derecho, regido por la juridicidad, una decisión judicial es considerada apropiada y justa, se debe determinar la verdad o realidad de los hechos del caso para la subsunción en la norma jurídica correspondiente aceptable y legitimada para las partes y para los ciudadanos. La verdad, así en el proceso civil, no solo es necesaria desde el punto de vista de la justicia, sino que además es posible diferenciándose entre la probabilidad, la verosimilitud y la certeza. Así la prueba como método debe asegurar: i) un método que permita plantear y escuchar todas las razones; ii) se pueda asegurar que se identifiquen adecuadamente los elementos base de la decisión final.[121]

Un proceso configurado para la consecución de decisiones justas, y dándose cuenta que ello depende de la constatación de la veracidad de los hechos el juez asume y debe asumir un rol activo en la búsqueda de la verdad de los hechos, pasa a formar parte del modelo procesal que aparece en gran medida dominante en la cultura procesal del derecho civil[122].

Por tanto, la teoría no obliga a la práctica si hace explícito lo que está implícito en el sistema debido a alguna conexión funcional. Y la teoría no obliga a la práctica si trata de dar una explicación precisa de su función de llenar lagunas cuando un componente necesario de la búsqueda de hechos está indeterminado. En resumen, la explicación de la conexión funcional explica mejor cómo funcionan los sistemas sin uno de esos componentes analíticamente necesarios de la toma de decisiones basada en hechos. O, mejor, sin que uno de esos componentes se haga explícito en el derecho positivo. Los sistemas funcionan, sin embargo, ya sea porque hay alguna incorporación del elemento que falta en el explícito, o porque la práctica legal llena el vacío cuando uno de esos componentes es indeterminado.

---

120 Ibidem

121 Michele Taruffo, "Giudizio: processo, decisione", *Rivista Trimestrale di Diritto e Proce- dura Civile*, núm. 3, 1998, 790.

122 Michele Taruffo, "Cultura e proceso", *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, núm. 1, 2009, 71; Comp. Amal Clooney y Philippa Webb, *The Right to a Fair Trial in International Law*, 304-309.

La respuesta es teóricamente más intrigante según lo tratado hasta ahora. Consiste en la afirmación de que existe una conexión funcional entre los criterios de evaluación y los estándares de prueba. Debido a esa conexión, un elemento puede incorporar al otro Y debido a esa conexión, donde una de esas cosas no se hace explícita en el derecho positivo ni se incorpora en el explícito, la práctica jurídica y la literatura académica se esfuerzan por llenar el vacío relevante, proporcionando respuestas y soluciones a las preguntas y problemas que se plantean casos reales plantean a los juristas y académicos.

Bibliografía

Abel, Ronald. "A Comparative Theory of Dispute Institutions in Society". *Law and Society Review*, vol. 8, nº 2 (1974): 226-227.

Ahrens, Hans-Jürgen. "Fact Finding under German Law of Civil Procedure: Evaluating Evidence and The Relevant Degree of Certainty". En *Standard of Proof in Europe*, 95-108. Tübingen: Mohr Siebeck, 2019.

Allen, Ronald. "Burdens of proof". *Law, Probability & Risk*, vol. 13, nº 3-4 (2014): 195-219. https://doi.org/10.1093/lpr/mgu005.

Anderson, Tarence, David Schum, y William Twining. *Analysis of evidence*, 2nd ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

Bender, Rolf. "Das Beweismaß". En *Festschrift für Fritz Baur*, 247 et seq. Tübingen: Mohr Siebeck, 1981.

Bennet, Lance, y Martha Feldman. *Reconstructing Reality in the Courtroom: Justice and Judgement in American Culture*. New Brunswick (NJ): Rutgers University Press, 1981.

Brinkmann, Moritz. *Das Beweismaß im Zivilprozess aus rechtsvergleichender Sicht*. Köln: Carl Heymanns, 2005.

Brinkmann, Moritz. *Das Beweismaß im Zivilprozess aus rechtsvergleichender Sicht*. Köln: Carl Heymanns, 2005.

Bruner, Jerome. "Culture and Mind: Their Fruitful Incommensurability". *Ethos*, vol. 36, nº 1 (2008): 29-45.

Cadiet, Loïc. *Code de Procédure Civile*. Paris: LexisNexis, 2021

Chase, Oscar. *Law, Culture and Ritual*. New York & London: New York University Press, 2005.

Cheshire, Geoffrey Chevalier. *Private International Law*. Oxford: Clarendon Press, 1935.

Clermont, Kevin, y Emily Sherwi. "A comparative view of standards of proof". *Am J Comp Law*, vol. 50, nº 2 (2002): 243–275.

Clooney, Amal, y Philippa Webb. *The Right to a Fair Trial in International Law*. Oxford: Oxford U. Press, 2020.

Di Donato, Flora, y Francesca Scamardella. "La ricerca della verità tra diritto, realtà, cultura. Note a margine di un caso giudiziario". En *Il contributo di Law & Humanities nella formazione del giurista. Proceedings of the National Conference of the IV Italian Society for Law and Literature*, 184-208. 2013.

Di Donato, Flora. "Constructing Legal Narratives. Client-Lawyer Stories". En *Exploring Courtroom Discourse*, 111-131. Farnham: Ashgate, 2011.

Di Donato, Flora. *La realtà delle storie*. Napoli: Guida, 2012.

Endemann, Wilhelm. *Die Beweislehre des Civilprocesses*. Heidelberg: von Bangel und Schmitt, 1860.

Endemann, Wilhelm. "Die Folgen freier Beweisprüfung im Civilprozesse". *AcP,* vol. 41, nº 3 (1858): 302-303.

Ewick, Patricia, y Susan Silbey. *The Common Place of Law. Stories from Everyday Life.* Chicago and London: The University of Chicago Press, 1998.

Frank, Jerome. *Courts on Trial. Myth and Reality in American Justice*. Princeton: Princeton University Press., 1950.

Fuller, Lon L., y Kenneth Winston. "The Forms and Limits of Adjudication". *Harv. L. Rev.,* vol. 92, nº 2 (1978): 353.

Haack, Susan. "The Embedded Epistemologist: Dispatches from the Legal Front". *Ratio juris*, vol. 25, nº 2 (2012): 206-235.

Haack, Susan. *Evidence matters. Science, proof, and truth in the law*. Cambridge: University Press, 2014.

Holländer, Pavel. "Proof and Changing Idea of Truth in Legal Thinking". En *Standard of Proof in Europe*, 3-18. Tübingen: Mohr Siebeck, 2019.

Huber, Michael. *Das Beweismaß im Zivilprozeß*. Köln: Carl Heymanns, 1981.

Inchausti, Fernando Gascón, y Michael Stürner.. "Access to information and evidence in the ELI/Unidroit European rules on civil procedure: some fundamental aspects". *Uniform Law Review,* vol. 24, nº 1 (2019): 14-41. https://doi.org/10.1093/ulr/unz002.

Jeuland, Emmanuel. "The Standard of Proof in France". En *Standard of Proof in Europe*, 181-196. Tübingen: Mohr Siebeck, 2019.

Kehrberger, Roman. *Die Materialisierung des Zivilprozessrechts.* Tübingen: Mohr Siebeck, 2019.

Koussoulis, Stelios. "Beweismaßprobleme im Zivilprozeßrecht". En *Festschrift für Karl Heinz Schwab*, 277. München: C.H. Beck, 1990.

Lauk, Johann Jakob. "Zur Lehre von dem zusammengesetzten Beweis im Civilprozeß". En *Archiv für practische Rechtswissenschaft aus dem Gebiete des Civilrechts, des Civilprozesses und des Criminalrechts,* 337 et seq. 1855.

Leipold, Dieter. *Beweismaß und Beweislast im Zivilprozeß*. Berlin/New York: de Gruyter, 1985.

Motsch, Richard. *Vom rechtsgenügenden Beweis*. Berlin: Duncker & Humblot, 1983.

Musielak, Hans-Joachim. "Das Överviktsprincip – Zum Verhältnis von richterlicher Überzeugung und Wahrscheinlichkeit". En *Festschrift für Gerhard Kegel*, 451 et seq. Frankfurt a.M: Alfred Metzner, 1977.

Nell, Ernst Ludwig. *Wahrscheinlichkeitsurteile in juristischen Entscheidungen*. Berlin: Duncker & Humblot, 1983.

Ochs, Elinor, y Lisa Capps. *Living Narratives. Creating Lives in Everyday Storytellling*. Cambridge (MA): Harvard University Press, 2001.

Poli, Roberto. "Standard of Proof in Italy". En *Standard of Proof in Europe*, 197-248. Tübingen: Mohr Siebeck, 2019.

Rechberger, Walter. "Maß für Maß im Zivilprozeß? Ein Beitrag zur Beweismaßdiskussion". En *Festschrift für Gottfried Baumgärtel*, 471-476. Köln: Carl Heymanns, 1990.

Renaud, Achilles. "Das richterliche Moderationsrecht hinsichtlich der Zahl der vorgeschlagenen Zeugen im Civilprozesse". *AcP,* vol. 42, nº 3 (1859): 301-11.

Schwab, Karl Heinz. „Das Beweismaß im Zivilprozeß". En *Festschrift für Hans W. Fasching*, 451 et seq. Wien: Manz, 1988.

Schweizer, Mark. "Standard of Proof as Decision Threshold". En *Standard of Proof in Europe*, 10-50. Tübingen: Mohr Siebeck, 2019.

Schweizer, Mark. "Standard of Proof as Decision Threshold". En *Standard of Proof in Europe*, 23-25. Tübingen: Mohr Siebeck, 2019.

Schweizer, Mark. *Beweiswürdigung und Beweismaß. Rationalität und Intuition*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2015.

Sherwin, Richard. "The Narrative Construction of Legal Reality". *Vt. L. Rev.,* vol. 18, nº 3 (1994): 681-719.

Sorabji, John. "The English Approach to the Standard of Proof in Civil Proceedings". En *Standard of Proof in Europe*, 249-272. Tübingen: Mohr Siebeck, 2019.

Strandberg, Magne. "The More-Probable-than-not Standard: A Critical Approach". En *Standard of Proof in Europe*, 65-94. Tübingen: Mohr Siebeck, 2019.

Strandberg, Magne. "The More-Probable-than-not Standard: A Critical Approach". En *Standard of Proof in Europe*, 65-94. Tübingen: Mohr Siebeck.

Stürner, Michael. "Evaluation of Evidence and Standard of Proof in the ELI/UNIDROIT European Rules of Civil Procedure". En *Standard of Proof in Europe*, 273-286. Tübingen: Mohr Siebeck, 2019.

Stürner, Rolf. "Beweisregeln und freie Beweiswürdigung im Zivilprozess der Europäischen Staaten". En *Festschrift für Eduard Picker*, 809-816. Tübingen: Mohr Siebeck.

Stürner, Rolf. "Prozessrecht und Rechtskulturen". En *Prozeßrecht und Rechtskulturen. Eröffnungsvortrag und Deutsche Landesberichte zur Weltkonferenz für Prozeßrecht in Mexico City, Mexiko, 2003*, 31-43. Baden-Baden: Nomos.

Taruffo, Michele. "¿Verdad negociada?" *Revista de Derecho,* vol. 21, nº 1 (2008): 141.

Taruffo, Michele. "Cultura e proceso". *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, vol. 63, nº 1 (2009).

Taruffo, Michele. "Giudizio: processo, decisione". *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, vol. 52, nº 3 (1998).

Taruffo, Michele. "Idee per una teoria della decisione giusta". *Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile*, nº 2 (1997): 316.

Taruffo, Michele. "Il fatto e l'interpretazione". *Rev. Fac. Dir. Sul de Minas,* Pouso Alegre, vol. 26, nº 2 (2010): 197.

Taruffo, Michele. "Narrativas judiciales". *Revista de Derecho,* vol. 20, nº 1 (2007): 240.

Taruffo, Michele. "Sulla complessità della decisione giudiziaria". En *Contesto, cultura, diritto. Special Issue of Psicologia culturale*, 29-44. Roma, New York & London: Firera & Liuzzo Publishing, 2013.

Taruffo, Michele. *La prueba de los hechos*, trad. de Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Trotta, 2002.

Taruffo, Michele. *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*. Laterza: Roma-Bari, 2009.

Taruffo, Michele. *Proceso y decisión. Lecciones mexicanas de derecho procesal*. Madrid: Marcial Pons, 2012.

Taruffo, Michele. *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, trad. de Daniela Accatino Scaglioti. Madrid: Marcial Pons, 2010.

Tichy, Lubos. "Standard of Proof: Fundamental Problems Through the Perspective of Comparative Analysis". En *Standard of Proof in Europe*, 287-316. Tübingen: Mohr Siebeck, 2019.

Twining, William. *Rethinking Evidence*. 2nd Edition. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

Twining, William. *Rethinking Evidence*. 2nd Edition. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

Lista de tablas y figuras

Tabla 1. Diferencias entre la jurisdicción penal militar y la jurisdicción penal ordinaria. 66

Tabla 2. Cuadro comparativo en legislaciones 226

Tabla 3. Posiciones convergentes y divergentes 419

Figura 1. Esquema explicativo respecto de la colisión de competencias
entre la jurisdicción penal militar y la jurisdicción penal ordinaria. 67

Figura 2. Esquema explicativo del fuero penal militar conforme a los criterios constitucionales. . . 71

Reseña de los autores

Paloma Arrabal Platero

Doctora en Derecho con mención internacional por la Universidad Miguel Hernández, con la Tesis "Tratamiento procesal de la prueba tecnológica", que obtuvo la calificación de sobresaliente Cum Laude por unanimidad. Profesora Ayudante. Doctora de Derecho procesal (acreditada a Contratada Doctora). Universidad Miguel Hernández. España. Correo: p.arrabal@umh.es ORCID https://orcid.org/0000-0002-8894-0958

Paula Andrea Pérez Reyes

Abogada y Licenciada en Filosofía (U. de A.), Magister en Filosofía (UPB), candidata a Doctora en Filosofía (UPB). Docente en la U de A. y en la UPB. Es investigadora del Grupo de Investigación en Trabajo Social —GITS— de la UPB y coordinadora del Semillero Interinstitucional en Transformación de Conflictos de U de A. paula.perezr@udea.edu.co

CvLAC: https://scienti.minciencias.gov.co/cvlac/visualizador/generarCurriculoCv.do?cod_rh=0000029256 ORCID: https://orcid.org/0000-0002-6363-6976

Eddison David Castrillón García

Abogado, Magíster en Derecho Procesal y Doctorando en Derecho Procesal Contemporáneo (U de M). Politólogo y Especialista en Derecho Administrativo (U de A). Docente de la U.P.B y de la U de A. Es investigador del Grupo de Investigación en Trabajo Social –GITS– de la UPB y Coordinador del Semillero Interinstitucional en Transformación de Conflictos de U de A. eddison.castrillon@gmail.com

CvLAC: https://scienti.minciencias.gov.co/cvlac/visualizador/generarCurriculoCv.do?cod_rh=0001470603 ORCID: https://orcid.org/0000-0002-1252-8887

MY. Juan Fernando Gil

Abogado de la universidad de Medellín, Doctorando en Derecho de la Universidad Externado de Colombia, Máster en Derechos Humanos y Democratización de la Universidad Externado de Colombia en convenio con la Carlos III de Madrid, Decano de la Facultad de Derecho de la Escuela Militar de Cadetes "General José María Córdova" y director del Observatorio de Derecho Operacional de la misma escuela. Contacto: juan.gil@esmic.edu.co Código ORCID: https://orcid.org/0000-0002-6605-6846

MY. (RA) Oscar Leonardo Reyes Pulido

Profesional en Ciencias Militares, Abogado de la Universidad Militar Nueva Granada, Especialista en DDHH y DIH, Magister en Seguridad y Defensa Nacional, Docente de la, Escuela Militar de Cadetes "General José María Córdova" y Escuela Superior de Guerra de Colombia, docente investigador del Observatorio de Derecho Operacional de la Escuela Militar de Cadetes. Contacto: oscar.reyes@esmic.edu.co Código ORCID: https://orcid.org/0000-0001-6341-0283.

Joan Picó I Junoy

Catedrático de Derecho Procesal de la Universitat Pompeu Fabra (Barcelona) y Director de su Departamento de Derecho. Secretario General del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Presidente de la "Asociación de Probática y Derecho Probatorio". Autor de 14 monografías y más de un centenar de estudios publicados en revistas especializadas indexadas. CoDirector de la revista JUSTICIA –especializada en Derecho Procesal–. Director de las colecciones "Derecho procesal" de José Mª Bosch editor, y "Derecho Probatorio" de Wolters Kluwer-La Ley. Académico de la Real Academia Española de Legislación y Jurisprudencia. Correo. joan.pico@upf.edi / joan.pico@upf.edu ORCID https://orcid.org/0000-0002-4835-6327

Diana María Ramírez Carvajal

Docente investigadora, directora del Doctorado en Derecho Procesal Contemporáneo e integrante del Grupo de Investigaciones en Derecho Procesal de la Universidad de Medellín. Magíster en Derecho Procesal de la Universidad de Medellín y Doctora en Derecho de la Universidad Externado de Colombia. Miembro de la Asociación Internacional de Derecho Procesal y del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Investigadora Senior según

medición Colciencias. ORCID ID: https://orcid.org/0000-0001-7833-1393, Correo electrónico: dramirez@udem.edu.co

Adriana Del Pilar Henao Ochoa

Docente Tiempo Completo Ocasional de la Universidad de Envigado. Abogada de la Universidad de Medellín. Magíster en Derecho Procesal de la Universidad de Medellín. Especialista en Derecho Comercial de la Universidad Pontificia Bolivariana. Magíster en Derecho de Familia de la Universidad Autónoma de Barcelona. Miembro de la Red para el Estudio del Proceso y la Justicia. Conciliadora. Correo electrónico: a.henao.ochoa@gmail.com / aphenao@correo.iue.edu.co ORCID ID: https://orcid.org/0000-0003-1529-7364

Mónica María Bustamante Rúa

Docente investigadora de la Universidad de Medellín. Directora de la Maestría en Derecho Procesal Contemporáneo e integrante del Grupo de Investigaciones en Derecho Procesal de la Universidad de Medellín. Magister en Derecho Procesal de la Universidad de Medellín, Doctora en Derecho y Magister en Derecho Procesal de la Universidad Nacional de Rosario – Argentina. Miembro de la Asociación Internacional de Derecho Procesal, del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, Vicepresidenta del Centro Colombiano de Derecho Procesal Constitucional. Investigadora Senior según medición Colciencias. ORCID ID: https://orcid.org/0000-0002-1029-1468. Correo electrónico: mmbustamante@udem.edu.co

Andrés Bordalí Salamanca

Abogado, Universidad de Chile, Doctor en Derecho Universidad de Valladolid, Profesor Titular de Derecho Procesal en la Universidad Austral de Chile. Profesor titular de Derecho. Universidad Austral de Chile Correo abordalí@gmail.com ORCID: 0000-0002-5126-8037

Rodrigo Rivera Morales

Doctor en Derecho Universidad de Salamanca. Profesor Titular de Universidad Católica del Táchira. Autor de varias obras jurídicas. Profesor invitado de diversas universidades Iberoamericanas. Presidente del Instituto de Derecho Procesal Colombo-Venezolano Capítulo del ICDP. Miembro de varias asociaciones internacionales de Derecho.

Emilio R. Castaños Núñez

Licenciado en Derecho, mención Magna Cum Laude, 1983, Universidad Católica Madre y Maestra, Santiago, Rep. Dom; Postgrado en Derecho del Trabajo y Seguridad Social, 1998, Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra, Santiago; Postgrado de Especialización en Derecho Administrativo y Derecho Público, 2010, Universidad Castilla-La Mancha, España/Colegio de Abogados de la República Dominicana; Postgrado de Especialización en Justicia Constitucional y Garantías Jurisdiccionales, 2010, Universidad Castilla-La Mancha, España/Colegio de Abogados de la República Dominicana; Master en Derecho Constitucional y Derecho Público, 2012, Universidad Castilla-La Mancha, España. Correo Er.castanos@ce.pucmm.edu.do / Emca98@hotmail.com ORCID https://orcid.org/0000-0001-6787-6398

Alfonso Ortega Giménez

Profesor Titular De Derecho Internacional Privado De La Universidad Miguel Hernández De Elche (Alicante) España. Correo: alfonso.ortega@umh.es ORCID: 0000-0002-8313-2070

Santiago Pereira Campos

Profesor Titular de Derecho Procesal en la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo, donde además dirige la Maestría en Derecho y Litigación y el Postgrado en Derecho Procesal Aplicado. Miembro del Council de la Asociación Internacional de Derecho Procesal y del Consejo Directivo del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Ex Presidente del Consejo Directivo del Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), organismo técnico del sistema interamericano, especializado en modernización y reforma de los sistemas de Justicia en las Américas. Correo: spereira@rap.com.uy ORCID https://orcid.org/0000-0002-6751-1759

Norbert Lösing

Doctor en Derecho, presidente de la Asociación Argentino-Alemana de Juristas, abogado en el estudio Sieper & Lösing de Lüneburg, Alemania. Posgrado de Derecho Europeo Universidad de Glasgow -Escocia. Juez Honorario del Tribunal Disciplinario del Colegio de Abogados del Celle- Alemania. Correo: N.Loesing@sieper-loesing.de

Manuel Arturo Montecino Giralt

Doctor en Derecho por la Universidad Nacional de Educación a Distancia. Especialista en Ciencias Políticas y Derecho Constitucional Por el Centro de estudios Políticos y Constitucionales Licenciado en Derecho Por la Universidad Centroamericana José Simón Cañas. Miembro de la Comisión Redactora del Código Procesal Civil y Mercantil de El Salvador. Correo electrónico: meme_montecino@hotmail.com

Eduardo Oteiza

Profesor titular, investigador y director del programa de maestría de la Universidad Nacional de La Plata. Presidente de la Asociación Internacional de Derecho Procesal. Miembro de la Comisión de Expertos que elaboró la Ley modelo para el Equipo Judicial Especializado en Violencia Doméstica, Sexual e Institucional (2018) en el ámbito del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. Las conclusiones del trabajo de la Comisión puede consultarse en http://www.bibliotecadigital.gob.ar/items/show/1815

María Victoria Mosmann

Docente de la materia Derecho Procesal Civil, en grado y posgrado. Miembro titular de la Asociación Argentina de Derecho Procesal y del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal (AADP). Fue vicepresidenta de la Comisión de Jóvenes de la AADP. Miembro del Comité Ejecutivo de la AADP. Especialista en Derecho Procesal por la UBA. Especialista en Defensa Publica por la UNL. Doctoranda por la Universidad de Salamanca. Directora del Instituto de Investigaciones del Colegio de Magistrados de Salta; fundadora y directora de investigación honoraria de la Comisión de Investigación en Derecho Procesal del Colegio de Abogados de Salta; Coordinadora del Ateneo de Derecho Procesal de Salta de la Federación de Ateneos de Estudios de Derecho Procesal. Cuenta con publicaciones y participación en obras colectivas en Argentina, México, Uruguay, Chile, Brasil, Colombia, Portugal. Jueza de primera instancia de la Provincia de Salta.

María Cristina Chen

Doctora en Derecho por la Universidad Católica Santa María La Antigua, con la distinción Summa Cum Laude y con los más altos honores. Doctora en Derecho, hacienda y justicia por la Universidad de Salamanca, con la distinción Cum Laude. Maestría en Derecho Mercantil, en la Universidad Santa María La Antigua; Maestría en Derecho Procesal en la

Universidad de Panamá; Especialista en Asesoría Jurídica de Empresas, de la Universidad Politécnica de Madrid, España; Especialista en Mediación en la Universidad de Panamá; Especialista en Docencia Superior Universidad Latina de Panamá. Especialización en Justicia Constitucional y Tutela Jurisdiccional de los Derechos, Universidad de Pisa, Italia. Abogada por la Universidad de Latina de Panamá, con los más altos honores. Profesora Titular de Derecho Mercantil de la Universidad de Panamá y abogada litigante. Correo electrónico: maria.chen@up.ac.pa ORCID: https://orcid.org/0000-0002-9592-3638

Daniel Mitidiero

Profesor Asociado de Derecho Procesal Civil en la Facultad de Derecho de la UFRGS. Doctorado bajo la guía del Prof. Dr. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Pos-doctor en la Universitàa degli Studi di Pavia, en Italia, donde investigó bajo la supervisión Michele Taruffo. Miembro de la Asociación Internacional de Derecho Procesal (IAPL), el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal (IIDP) y el Instituto Brasileño de Derecho Procesal (IBDP). Ejerce el derecho procesal en Porto Alegre, Curitiba y Brasilia. Correo mitidiero@marinoni.adv.br

Juan Mendoza Diaz

Profesor titular de Derecho Procesal de la Universidad de La Habana. Presidente de la sociedad Cubana de Derecho Procesal. Director de la Revista Cubana de Derecho. Arbitro de la Corte cubana de arbitraje comercial internacional y miembro alterno de la Corte de Arbitraje de la CCI de París (2021-24). Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Correo: mendoza@lex.uh.cu ORCID: https://orcid.org/0000-0002-4534-905X

Rodolfo Pérez Vásquez

Doctor en Derecho Procesal Contemporáneo. Miembro Instituto Colombiano De Derecho Procesal, Iberoamericano E Internacional De Derecho Procesal. Profesor universitario de pregrado y posgrado. Par académico nacional e internacional. Miembro de la Academia Colombiana De Jurisprudencia. Miembro Centro de Estudios Constitucionales. Conferencista. Exsecretario general de la Universidad Simón Bolívar de Barranquilla. Correo rodolfoperezvasquez@yahoo.com

Juan Esteban Aguirre Espinosa

Abogado de la Universidad de San Buenaventura Seccional Medellín, especialista en Derecho Tributario Internacional en la Universidad Externado de Colombia, Magíster en Ciencias Políticas, Magister en Derecho Universidad Católica Luis Amigó. Decano Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica Luis Amigó. Ponente y conferencista Internacional. Investigador adscrito al grupo de investigación DEHJUS Derecho, Justicia y Desarrollo Humano, categorizado A, también de Jurídicas y Sociales, categorizado en C. Investigador categoría Asociado Minciencias. Correo electrónico: aguirreespinosaesteban@gmail.com. Google académico: https://scholar.google.com.co/citations?user=9QD3rjkAAAAJ&hl=es; ORCID: https://orcid.org/0000-0001-9012-9585

Dany Steven Gómez Agudelo

Abogado, Universidad Católica Luis Amigó. Especialista en Derecho Administrativo, Universidad de Antioquia. Magíster en Derecho, Universidad Católica Luis Amigó. Docente de Derecho Informático, Derecho Administrativo, Docente del Semillero en Técnicas de la Oralidad en el Proceso y Coordinador del área de Derecho Público de la Universidad Católica Luis Amigó. Adscrito al grupo de investigación Jurídicas y Sociales. Correo electrónico: dany.gomezag@amigo.edu.co, Google Académico: https://scholar.google.com/citations?user=YaysRIIAAAAJ&hl=es; ORCID: https://orcid.org/0000-0003-2687-0146

Fabio Andrés Uribe Palacio

Abogado, Corporación Universitaria de Colombia IDEAS Seccional Itagüí, litigante en Derecho Penal, Magíster en Derecho, de la Universidad Católica Luis Amigó sede Medellín. Investigador adscrito al grupo de investigación Recolsi. Correo electrónico: andresuribe611@gmail.com; ORCID: https://orcid.org/0000-0002-1610-9380

Luis Orlando Toro Garzón

Doctor y Magíster en Derecho Procesal Contemporáneo de la Universidad de Medellín, líder e integrante del Grupo de Investigaciones en Derecho Procesal de la Universidad de Medellín. Correo electrónico: ltoro@udem.edu.co. Orcid: https://orcid.org/0000-0003-4571-8991

Lucero Ocampo Henao

Abogada de la Universidad Católica de Oriente, Magíster en Derecho Procesal de la Universidad Medellín, docente de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Oriente. Correo electrónico: locampo@uco.edu.co. orcid: https://orcid.org/0000-0002-9801-2688

Camilo Zufelato

Profesor Asociado de la Facultad de Derecho de Ribeirão Preto de la Universidad de São Paulo. Doctor en derecho procesal por la Universidad de São Paulo. Magister en Derecho por la Università degli Studi di Roma II – Tor Vergata. Autor de diversos libros y artículos Correo. camilozufelato@hotmail.com / camilo@usp.br ORCID: https://orcid.org/0000-0003-0816-3464

Álvaro Pérez Ragone

LL. M y Doctor en Derecho por la Universidad de Colonia (Alemania). prof. Titular de de Derecho Procesal Civil (Full Professor) prof. Titular Derecho Proc. Civil (Univ. San Pablo-Tucumán/Argentina) / Investigador Externo Univ. Católica del Norte (Chile) Miembro del del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Miembro de la Asociación Internacional de Derecho Procesal. Correo aperezragone@uspt.edu.ar ORCID https://orcid.org/0000-0002-6069-4564

Reseña de Coordinadoras Académicas del Libro

Diana María Ramírez Carvajal. Coordinadora de la Red para el Estudio del Proceso y la Justicia.

Adriana de Pilar Henao Ochoa. Miembro de la Red para el Estudio del Proceso y la Justicia, en representación de la Institución Universitaria de Envigado.

Mónica María Bustamante Rúa. Miembro de la Red para el Estudio del Proceso y la Justicia en representación de la Universidad de Medellín.

Este texto investigativo compila algunas de las ponencias, producto de investigación, presentadas en el evento VII Seminario Internacional de Derecho Procesal *"Michele Taruffo- Un Jurista Del Futuro El legado de Taruffo para Latinoamérica"* organizado por la Red Para el Estudio del Proceso y la Justicia en octubre de 2021. En el marco de este evento se rindió tributo a Michele Taruffo, uno de los más grandes procesalistas del mundo, quien desarrolló, estudios de avanzada en temáticas como el proceso y de la prueba, investigaciones que marcaron la visión del derecho procesal tanto en Europa como en Latinoamérica. Este libro es un análisis del pensamiento de Taruffo desde diferentes ópticas y latitudes.

View publication stats