

Agosto 2019
Agosto 2020

TEMAS PROCESALES

ISSN:2619-3655

Edición Especial

Enseñanzas de Taruffo y el contexto colombiano

32 |

La Revista Temas Procesales Vol. 32 no tiene ánimo de lucro.
Periodicidad: anual
temasprocesales@gmail.com

Queda prohibido cualquier tipo de reproducción —con fin
lucrativo— de los trabajos académico aquí presentados.
Todos los Derechos Reservados.

Filiación: Red para el Estudio del Proceso y la Justicia
www.redidprocesalyjusticia.org
redinterinstitucionalderecho@gmail.com
Medellín, Colombia.

Edición, diagramación, diseño editorial y corrección de estilo:
Vanessa Franco Ramírez - candidabajoelagua@outlook.com
Agosto, 2019-2020

COMITÉ EDITORIAL

Adriana Arboleda (Colombia-Universidad Remington), Jorge Vásquez (Colombia-Universidad Católica Luis Amigó), Diana Ramírez Carvajal (Colombia-Universidad de Medellín), Andrea Meroi y Mario Chaumet (Argentina-Universidad Nacional del Rosario) y Cristina Patiño (Colombia-Universidad Nacional).

COMITÉ CIENTÍFICO

Michele Taruffo (Italia-Universidad de Pavía), Eduardo Oteiza (Argentina-Universidad de la Plata), Daniel Mitidiero (Brasil Universidade Federal do Rio Grande do Sul), Giovanni Priori (Perú-Pontificia Universidad Católica del Perú), Arturo Álvarez e Isabel Villar (España-Universidad de Cadiz).

COMITÉ EVALUADOR

Camilo Andrés Garzón Correa (Colombia-Universidad Cooperativa de Colombia), Juan Camilo Yepes Yarce (Colombia-Universidad Autónoma Latinoamericana), Juan Carlos Acevedo Velásquez (Colombia), Beatriz Elena Arcila Salazar (Colombia, Universidad Católica del Oriente).

Tabla de contenido

<i>Presentación</i>	1
<i>Una mirada del proceso en el tiempo y en Colombia</i> Iván Fernando Sepúlveda Salazar	3
<i>Tensiones y reflexiones el juicio como elemento central del ejercicio jurisdiccional</i> Raul Eduardo Morales Vallejo	14
<i>La narrativa del proceso. El legislador, el juez y las Partes como artesanos de la justicia</i> Hingrid Camila Pérez Bermúdez	35
<i>La creación judicial del derecho mediante la decisión judicial: “sueño o verdad en el desarrollo el proceso penal”</i> Alexander Paniagua Galeano	51
<i>Análisis de la justicia de las decisiones judiciales desde los criterios de valoración propuestos por Michelle Taruffo</i> Oscar Andrés Menjura Cuervo	67
<i>Apuntes para una teoría de la decisión judicial justa desde el pensamiento de Michele Taruffo. La justicia como anhelo de la verdad en el proceso civil</i> Ana Elizabeth Quintero Castellanos	81
<i>El juicio de hecho</i> Arinda Lucía Vergara Piñeros	97
<i>Proceso y valoración de la prueba</i> César Augusto Bedoya Ramírez	109
<i>La función demostrativa de la prueba: una aproximación teórica en la jurisprudencia de las altas Cortes en Colombia</i> Carlos Alfredo Pérez Fuentes	122
<i>Juicio-proceso, juicio-decisión: aporte a la paz</i> Gladys Teresa Herrera Monsalve	139

Presentación

Es para mi honor presentar este número de la revista Temas Procesales, donde se extienden conversaciones académicas ideales con Michele Taruffo, uno de los maestros más representativos de la escuela procesal en Colombia, actualmente.

Este número se ocupa de analizar textos básicos en la fundamentación de esta escuela procesal, la cual hemos fortalecido desde 1995, con Beatriz Quintero, y que dinamizamos desde 2003 con la obra del profesor Taruffo. Nuestra perspectiva, es la de estos grandes maestros y da cuenta de un derecho procesal dinámico y cambiante, que se erige para enseñar la riqueza de esta importante área del derecho, una riqueza que transita desde las tipologías procedimentales hasta las lógicas de la justicia, como lo expuso Denti¹, al definir que los problemas de la justicia se asientan especialmente en las instituciones de las garantías procesales y de la tutela judicial efectiva.

La relación entre derecho procesal y justicia es consistente. El profesor Taruffo², explica a lo largo de su obra, que la justicia tiene un lugar importante en el amplio espectro de las garantías procesales. Y esto es así, porque las garantías procesales según Taruffo, tienen dos enfoques, una perspectiva política, donde ellas son imperativas, su carácter es obligatorio desde la declaración de los derechos humanos que toma fuerza en todas las constituciones occidentales. Pero las garantías procesales también presentan una perspectiva económica, pues se superponen a las garantías meramente individualistas para convertirse en foco del desarrollo económico de los países, con el manejo eficiente de las controversias. En las garantías procesales nacen, las estructuras de la justicia social.

Estas modelaciones procesales garantistas se hacen evidentes en los artículos que convergen en este texto, pues ellos surgen del análisis y la crítica a la obra de Taruffo. Este texto relaciona la importancia de las dimensiones culturales sobre la justicia, discute sobre la crisis que permanentemente se hace evidente en la ley procesal, pero tal vez lo más importante, este libro centra una idea: lo más impor-

1 DENTI, Vittorio. *La giustizia civile. Lezioni introduttive*. Bologna, Il Mulino, 1989.

2 TARUFFO, Michele. *Páginas sobre la justicia civil*. Madrid, Marcial Pons, 2009. Pág. 66

tante en la discusión jurídica se asienta en el razonamiento del juez y en el proceso como juicio, que se sustenta en la decisión. También son importantes las reflexiones de Taruffo sobre la justificación de la creación judicial del derecho a cargo del juez, su posición sobre la decisión justa, la decisión congruente y debidamente justificada.

Sin lugar a duda, Michele Taruffo, eleva el derecho procesal, desde la norma inerte, hacia la dinámica del enfrentamiento, que se encuentra en los análisis del hecho y las consideraciones sobre prueba y verdad. Todo ello propicia un giro copernicano en la perspectiva analítica del litigante y del juez, sobre el derecho mismo.

En esta perspectiva se han recibido y seleccionado los artículos que este número presenta a ustedes. Aquí han escrito profesionales y estudiantes de maestría y doctorado en derecho, en sus textos hacen reflexiones en torno a las ideas de Michele Taruffo, un gran maestro del derecho procesal que ha enriquecido y trastocado la dogmática tradicional en las aplicaciones jurídicas.

Un abrazo,

Diana Ramírez Carvajal
Rionegro, 21 de agosto de 2020

Una mirada del proceso en el tiempo y en Colombia

Iván Fernando Sepúlveda Salazar

Abogado, Especialista en Derecho de los Seguros de la Universidad de Medellín y Especialista en Responsabilidad Civil y del estado de la Universidad Autónoma Latinoamericana. iban.sepulveda@est.uexternado.edu.co

El presente escrito pretende dar cuenta de cómo uno de los aspectos del proceso judicial, tal como lo es el probatorio, encuentra una estrecha relación con el contexto social, económico y político en el que el juez cumple su rol. La obviedad de esta afirmación contrasta con los frecuentes cuestionamientos sobre la “racionalidad” de esta práctica en momentos históricos determinados. Para desarrollar esta temática en primer lugar se realizará un acercamiento a concepciones respecto al proceso, el objeto del proceso y los fines que cumple en éste la prueba y el juez; para ello se hará referencia a ciertos momentos o hitos precisos. A continuación, se indicará cómo esos debates se han reflejado en la práctica jurídica colombiana; esto último, en ámbitos tan diferentes como lo son el legislativo, el jurisdiccional y el doctrinario. Finalmente, se expondrán algunas conclusiones que pretende destacar, en términos del profesor Taruffo, como hechos o acontecimientos concretos son simbólicos, en tanto que son la materialización de procesos históricos. De manera que, los resultados de aquellos, a su vez, se constituyen en el punto de partida de nuevas controversias.

1. Determinantes históricas en la constitución del proceso judicial

En *Principios Generales del Proceso* (2001), el profesor James Goldschmidt afirmó que el derecho procesal es la rama más moderna del derecho y atribuyó su nacimiento a la obra del alemán Oskar Von Bulow; vinculándolo concretamente con las ideas de la relación procesal y con el consecuente concepto de presupuestos procesales, que el jurista alemán expone en el libro *Teoría de las excepciones dilatorias y los presupuestos procesales*.

Desde un enfoque diferente, el profesor Devis Echandía (1966) sostuvo que el nacimiento del derecho procesal tiene su origen en la idea de que es ilícito hacer justicia por propia mano y de que los particulares deben someter la decisión de los conflictos al jefe del grupo. Bajo estas premisas, el autor afirmaba que se requiere que la autoridad sea sometida a un conjunto de normas previas con las cuales pueda administrar justicia. Este planteamiento le permitió advertir la existencia de sistemas procesales desde la Grecia antigua, pasando por las diferentes etapas en las que predominó la cultura romana, hasta llegar a los “modernos procesos” que son la consecuencia de la Revolución francesa.

En el capítulo primero de su texto *Simplemente la Verdad*, Michelle Taruffo (2010) devela cómo varias de las discusiones esenciales del derecho procesal y probatorio contemporáneo se remontan a siglos de evolución de la humanidad. El autor muestra cómo en el año 1215 tuvieron lugar dos hechos relevantes. Por un lado, se formalizó el juicio por jurados en la *Magna Charta Libertatum* del rey Juan de Inglaterra y, por otro lado, se estableció la prohibición de las Ordalias en el Concilio IV del papa Inocencio III. En este sentido, sostiene el profesor Taruffo que el año 1215

se trató de una coyuntura particular en el curso de la evolución muy significativa en la historia de los sistemas probatorios del *civil law* y del *common law*. Fue un momento en el que algunas cosas se consolidaron y se aclararon (pp. 13-14).

Por tanto, afirma que se hace necesario mirar los acontecimientos que precedieron y los que siguieron a este periodo para entender a cabalidad los sistemas probatorios.

En primer lugar, debe precisarse que las ordalías comprendían una serie de técnicas crueles (duelo judicial, prueba de agua, calderas hirvientes, hierro candente) y otras no tan crueles (juramento de una de las partes, *compurgatio* o juramento de un grupo de personas, *coniatures*) conocidas en conjunto como “juicios de Dios” y que tenían, como fin último, servir de medios de prueba. Frente a ellas, citando a Levy-Buhl, Taruffo realiza un par de aclaraciones pertinentes. Indica que, si bien hoy en día las ordalías podrían tildarse de irracionales en la medida en que se trataban de actos de fe relativos a la intervención divina, en su momento eran culturalmente racionales en virtud de la coherencia de aquellas con su contexto social: «no resultaba para nada extravagante pensar que Dios debiera intervenir en la determinación de acontecimientos importantes como las controversias judiciales» (Taruffo, 2010, p. 16).

La ordalía era funcionalmente racional por cuanto proveía a los intervinientes (partes y tribunales) y al público una solución clara, rápida, simple y definitiva de la controversia; a lo que habría que adicionar que aseguraba la aceptación del resultado. Asimismo, era pertinente porque se trataba de un medio residual, en la medida en que si las otras pruebas eran suficientes para determinar la verdad de los hechos, la decisión podría fundarse en ellas; de lo contrario, adquiriría relevancia la ordalía. Por lo anterior, concluye Taruffo que más que una técnica para revelar la verdad, la ordalía se consideraba como un instrumento para alcanzar una decisión definitiva en casos de incertidumbre (2010, pp. 17-18).

En ese trasegar histórico, Taruffo (2010) describe cómo en la evolución del derecho de pruebas la experiencia longobarda en el Reino Itálico del siglo VII visibiliza la transición de un sistema original de ordalías a sistemas modernos de pruebas. En aquel entonces, la prueba no tenía por objeto la demostración de los hechos sino el resultado final de la *purificatio*, de allí la consonancia con la ordalía. A partir de las reformas iniciadas en el año 643 por el rey Rotario y de las que posteriormente efectuó Liutprando entre el 717 y el 734, se instaló el concepto de la verdad objetiva en el centro de la administración de justicia. Este concepto se constituyó como el fundamento de muchas de las normas de la legislación y, además, como el obje-

tivo fundamental de la asunción de las pruebas, es decir, como la finalidad del procedimiento judicial.

Por este camino los jueces se comportaban como activos y meticulosos indagadores de la verdad y tomaban en consideración cualquier fuente de información, como testigos y documentos. De este modo, la búsqueda de la verdad sobre la base de las pruebas había llegado a ser una de las funciones fundamentales del juez, que disponía de los poderes necesarios para desarrollarla (Taruffo, 2010, p. 22).

Un aspecto sobre el cual Taruffo realiza un especial énfasis es aquel que refiere la transformación cultural que experimentó la Europa medieval en aspectos como el comercio, la economía, la aparición de ciudades emergentes, la circulación de personas y en general de todo tipo de objetos. Todas esas transformaciones sociales y económicas se materializaron en el campo del derecho con un proceso de formación de los juristas, que se acompañó con disciplinas como la retórica y la lógica, y cuando gracias a la documentación de los actos de relevancia económica se «determinó el giro, en el ámbito del proceso» en favor del uso de pruebas “racionales” (2010, pp. 27-28).

El otro hecho relevante ocurrido en el año 1215 es, como se había anunciado, la instauración formal del jurado en la administración de justicia de Inglaterra. En ese momento, se consideraba que la manera en la que el juez podría determinar los hechos bajo los cuales se basaban las controversias era a partir de la obtención de respuesta de un grupo de sujetos pertenecientes al lugar donde habían ocurrido. Así, como la comunidad conocía los acontecimientos, se encontraban en condiciones de confirmarse al juez. De esta manera, sus miembros actuaban como jurados y el veredicto «representaba a la comunidad» (p. 32).

Los acontecimientos brevemente expuestos, según Taruffo, jugaron un papel importante para la evolución posterior de los sistemas probatorios y para consolidar una diferencia que aún persiste entre el *common law* y el *civil law*. En efecto, de esa concepción inicial del jurado como testigo del hecho se pasó a una concepción de jueces del hecho, en la que ser el representante del pueblo se convirtió en el símbolo de la libertad de los ingleses frente al poder y, posteriormente, de la de los americanos contra el poder de los ingleses. De acuerdo con lo anterior, «en la base de la aceptación social del sistema de jurado hay

una especie de acto de fe, en virtud del cual la justicia del veredicto se acepta a priori como un axioma indiscutible» (p. 37).

El jurista italiano critica esta forma de determinación de los hechos por cuanto la verdad termina siendo lo que los jurados establezcan, al margen de la correspondencia o no del veredicto con las pruebas que se allegan para acreditar la realidad de los hechos. En este mismo sentido, si se mira como instrumento para sustituir las ordalías, el jurado es una forma racional para la prueba de los hechos; pero el convencimiento de que esos representantes pueden aproximarse al descubrimiento de la verdad se sustenta en un presupuesto no demostrado.

En contraste, Taruffo termina señalando que en los sistemas continentales

la determinación de la verdad de los hechos se considera uno de los fines principales del proceso. El descubrimiento de la verdad se concibe como una empresa racional en la que un juez profesional, experto en lógica y filosofía, y no sólo en derecho, analiza las informaciones proporcionadas por documentos y por testigos, y elabora sobre esa base una reconstrucción veraz de los hechos (2010, p. 39).

Un elemento final que cabe destacar se relaciona con el papel del juez en la determinación de los hechos. En efecto, el autor sostiene que el *ordo iudiciorum* se trató de una especie de modelo universal del proceso civil compuesto por una serie de partes y una secuencia de actos y actividades bien definidas. Una de las principales características de este procedimiento era su marcado acento en las partes, de allí que se preguntaba cuál o cuáles eran los límites de la actividad judicial (p. 41-42).

Por su parte, la investigación que desarrolló Pico I Junoy logró demostrar que el brocardo *iudex secundum alligata et probada iudicare debet, non secundum conscientiam* fue –en la doctrina reciente– erróneamente recepcionado, por cuanto este no implicaba limitación del conocimiento del juez a las pruebas aducidas por las partes, ni tampoco a las iniciativas probatorias que pudiera asumir de oficio. Dicho de otra manera, el brocardo prescribe el deber del juez de fundamentar su decisión en las pruebas recaudadas dentro del proceso, evitando acudir a su conocimiento privado; esto es, no existe una asignación exclusiva a las partes de la actividad probatoria.

2. El reflejo de los apuntes históricos de Michele Taruffo en el proceso judicial colombiano

La exposición que realiza el profesor Taruffo pone de manifiesto varios de los problemas recurrentes en las discusiones relacionadas con el derecho procesal y el probatorio. En este aparte se harán algunas referencias a los que tienen que ver con el objeto del proceso y, principalmente, con el papel del juez en la determinación de los hechos en el derecho civil. En líneas anteriores se indicó cómo la intervención del juez civil en la actividad probatoria ha sido bastante cuestionada, pues bajo una concepción privatista e individualista se estableció un principio que manifestaba que eran las partes a las que le correspondía la aportación de las pruebas. Esta versión del modelo adversarial percibía al juez como un árbitro pasivo y neutral cuya función consistía en asistir al combate y corregir o sancionar los comportamientos de las partes (Taruffo, 2006, p. 66).

El proceso civil colombiano no fue ajeno a esta discusión y pareció acoger predominantemente esta tesis hasta hace muy poco tiempo. El Código Civil, en su artículo 1757, prescribe una regla general según la cual «incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquellas o ésta» (Código Civil de los Estados Unidos de Colombia, 2006). Una norma con contenido similar se advierte en los estatutos procedimentales; por ejemplo, en el derogado Código de Procedimiento Civil, el artículo 177 establecía: «Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen» (Código de Procedimiento Civil, 1970).

Bajo este cuerpo normativo, la Corte Constitucional señaló:

Luego de una prolongada evolución, las reglas de la carga de la prueba en materia civil han decantado hasta el punto que es posible resumir su doctrina en tres principios jurídicos fundamentales: *onus probandi incumbit actori*, al demandante le corresponde probar los hechos en que funda su acción; *reus, in excipiendo, fit actor*, el demandado, cuando excepciona, funge de actor y debe probar los hechos en que funda su defensa; y, *actore non probante, reus absolvitur*, según el cual el demandado debe ser absuelto de los cargos si el demandante no logra probar los hechos fundamento de su acción (Corte Constitucional, Sala Plena, C-070, 1993).

El actual Código General del Proceso (2012) provee elementos a la discusión en tanto que, si bien el primer inciso del artículo 167 reproduce el contenido del citado artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, después de eso establece:

No obstante, según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir, la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por 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 encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares.

Adicionalmente, en cuanto al decreto y practica de pruebas de oficio, el estatuto procesal derogado —acorde con la cultura jurídica en la cual fue concebido— establecía una facultad de los jueces para el decreto de pruebas de oficio (Decreto 1400, 1970). Por el contrario, el actual Código General del Proceso, sobre este mismo punto, le impone un deber al juez de decretar pruebas de oficio para esclarecer los hechos de la controversia (Ley 1564, 2012). Este deber parece atender de mejor manera la idea de tutela judicial efectiva¹ que se establece en la Constitución Política de 1991.

En materia de la distribución de las cargas probatorias, la Corte Constitucional sostuvo que el abandono de una concepción netamente dispositiva del proceso tuvo lugar cuando se constató que en algunos casos se presentaba asimetría entre las partes o la prueba requería de ciertos conocimientos técnicos o científicos que dificultaban la demostración de un hecho en el proceso. De manera que la teoría de la carga dinámica de la prueba y la función constitucional atribuida al juez para garantizar la tutela judicial efectiva, la prevalencia del derecho sustancial y la misión activa de la búsqueda y

¹ Ver Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-426, 2002: «El artículo 229 de la Constitución Política consagra expresamente el derecho de acceso a la administración de justicia, también llamado derecho a la tutela judicial efectiva, el cual se traduce en la posibilidad reconocida a todas las personas residentes en Colombia de poder acudir en condiciones de igualdad ante los jueces y tribunales de justicia, para propugnar por la integridad del orden jurídico y por la debida protección o el restablecimiento de sus derechos e intereses legítimos, con estricta sujeción a los procedimientos previamente establecidos y con plena observancia de las garantías sustanciales y procedimentales previstas en las leyes».

realización de un orden justo no sólo son plenamente compatibles con la base axiológica de la Constitución Política de 1991, sino que la desarrollan de una mejor manera (Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-086, 2016).

Una visión esquemática del cambio de concepción del modelo procesal fue ofrecida por el Alto Tribunal en el año 2014; a pesar de hacer referencia a los contenidos normativos del Código de Procedimiento Civil y del Código Contencioso Administrativo, igualmente indicó:

La justicia es tradicionalmente representada como una mujer que viste toga grecorromana y que sostiene en una de sus manos la balanza, en la que sopesa los reclamos de quienes acuden a ella y le permite proceder equitativamente; en su otra mano, blande una espada como símbolo de la fuerza que respalda el cumplimiento de sus veredictos; y en algunas imágenes se incluye, adicionalmente, una venda que sugiere el análisis incorrupto e imparcial frente a los litigantes.

Pero la venda no siempre estuvo allí. En un comienzo, incluso, esta era asumida negativamente como una profunda limitación para cualquier persona así agobiada con la falta de visión. En un grabado atribuido a Dürero y que ilustra la obra de Sebastian Brant de 1494, “La nave de los necios”, aparece uno de los necios (que siempre visten sombreros con orejas de asno) poniéndole la venda a la justicia y, por ende, induciéndola al error y a la estulticia.

Es probable que el imaginario común de la justicia de ojos vendados, como aquel frío e impávido funcionario que se limita a esperar que las partes dispongan sus pretensiones sobre la balanza, no represente a cabalidad el ideal del Juez dentro del Estado social y democrático de derecho. Como se procederá a explicar en el siguiente acápite, la Constitución de 1991 reclama una justicia que se quite la venda y observe la realidad de las partes y del proceso; una justicia que no permanezca inmóvil sino una activa y llamada a ejercer una función directiva del proceso en aras de alcanzar una decisión acorde con el derecho sustancial (Corte Constitucional, Sala Plena, SU-768, 2014).

En la misma línea de lo que expone Taruffo, y a pesar del indiscutible avance en el campo de la actividad judicial y de la fuerza que le imprime el reconocimiento jurisprudencial a la Corte Constitucional actualmente, el profesor Azula Camacho (2016, pp. 133-134) señala cómo unos significativos progresos se presentaron entre el Código Judicial de 1931 y el Código de Procedimiento Civil de 1970. A partir de estos se permite al juez decretar pruebas de oficio; citar a terceros que se podrían ver afectados con el resultado del proceso; reconocer todas las excepciones probadas aun cuando no fueran

invocadas, con algunas excepciones; decidir la controversia utilizando la herramienta de la sana crítica y utilizar cualquier medio que permita establecer los hechos.

Los cambios que en el rol del juez que vienen de reseñarse sin duda alguna afectan cimientos del proceso civil tal como la tradición jurídica los percibía. Ello, en aspectos como la finalidad misma del proceso y principios como el de imparcialidad e independencia del fallador. Sin embargo, en los términos de la profesora Diana María Carvajal Ramírez, es posible afirmar que en el proceso civil contemporáneo los poderes del juez sobre la prueba se ajustan a la estructura del Estado social de derecho. De allí que se exija que algunos principios e instituciones procesales deban redefinir sus contenidos (Ramírez, 2009, pp. 25-29)

La visión que hasta este punto se ha expuesto no ha sido de pacífica aceptación en contextos doctrinarios. Al respecto, vale la pena mencionar la oposición y fuertes críticas que a esta concepción del papel del juez realiza el profesor Adolfo Alvarado Velloso (2004). Este autor parte de la idea de que «[c]omo el proceso es sólo un medio de debate para lograr la heterocomposición de las partes, parece razonable sostener que el objeto de aquél es lograr la emisión del acto de autoridad que resolverá el litigio: la sentencia» (p. 243). Para el jurista argentino, quienes acogen la tesis del juez investigador parten de la base de que la justicia y la verdad son valores absolutos y, como lo demuestra una sentencia que revoca una decisión de un juez de menor categoría, la verdad es un valor relativo en tanto que no pueden existir dos realidades. En este sentido dice que «lo que es justo para uno puede no serlo para otro, o lo que fue justo en el pasado o aquí, puede no serlo en el presente o allá. En otras palabras, hay tantas verdades como personas pretenden definir las» (pp. 128-129).

El autor no comparte que el juez tenga la facultad de distribuir las cargas probatorias, ni la permisión del decreto de pruebas y sostiene que el establecimiento, desde la propia ley de a quién le incumbe probar, genera criterios objetivos que el juez debe atender cuando no se presentan elementos suficientemente confirmatorios. Lo contrario, esto es, las permisiones previamente reseñadas, abren el paso a incertidumbres y permiten que el juez cambie las reglas procedimentales

según sus propias opiniones; desconociendo con ello los mandatos superiores de inviolabilidad de la defensa en juicio (pp. 128-129).

Conclusiones

El principal atributo de la exposición del profesor Taruffo en su texto *Simplemente la Verdad: El Juez y la Construcción de los Hechos* consiste en que logra demostrar que los cambios culturales generales y los particulares del derecho son el producto de procesos históricos no lineales y difícilmente el resultado de un acontecimiento concreto.

En la práctica jurídica colombiana, el papel del juez en el proceso y su relación con la prueba y con la verificación de los hechos son evidencias de esa situación. Ni siquiera a la Constitución Política de 1991 puede atribuírsele esa calidad de fenómeno fundante en la medida en que, si bien es cierto que la sociedad colombiana es diferente a partir de su promulgación, también lo es que ese cambio no fue producto del texto, tampoco del proceso constituyente, sino el resultado de un movimiento social, cultural y político que exigía adecuar el cuerpo normativo a las realidades del momento.

De regreso con el texto de Taruffo (2010), se debe tener en cuenta que el tránsito de un proceso que tenía por objeto resolver la controversia y la instalación en el centro de la administración de la justicia del concepto de verdad objetiva no sólo promovió cambios en los sistemas legales y judiciales; también propició modificaciones en la fundamentación de los cuerpos normativos, en la enseñanza del derecho y en las mismas prácticas sociales y culturales en donde la prueba “racional” llevó a que los hábitos y comportamientos de las personas igualmente sufrieran modificaciones.

El análisis del proceso judicial, y concretamente del objeto de la prueba desde el contexto en el cual se presenta, obliga a que el concepto de racionalidad deba sufrir cierta relativización para encontrar su real sentido. En otras palabras, al ser lo racional la correspondencia del objeto de estudio con el contexto social en el cual se presenta, resulta impropio hacer juicios de valor desconociendo esa situación. Un análisis que soslaye este punto, como lo sostiene el profesor Taruffo (2010), incurre en el «error usual de interpretar eventos pasados con criterios modernos»(p. 16). Es así como la practica recurrente de

buscar acontecimientos concretos para, a partir de ellos, deducir el surgimiento de ciertos fenómenos sociales trae consigo el desconocimiento de una serie de procesos que subyacen a esas manifestaciones concretas y que comúnmente suelen tener mayor valor justificatorio que eventos específicos.

REFERENCIAS

- Alvarado Velloso, Adolfo. (2004). *Introducción al Estudio del Derecho Procesal*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.
- Azula Camacho, Jaime. (2016). *Manual de Derecho Probatorio*. Tomo I. Teoría General del Proceso. Bogotá: Editorial Temis S.A.
- Devis Echandía, Hernando. (1966). *Nociones Generales del Derecho Procesal Civil*. Madrid: Aguilar.
- Goldschmidt, James. (2001). *Principios Generales del Proceso*. México D.C.: Editorial Jurídica Universitaria S.A.
- Ramírez Carvajal, Diana. (2009). *La prueba de oficio: Una perspectiva del proceso dialógico civil*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Taruffo, Michele. (2006). El Proceso Civil de “Civil Law” y el Proceso Civil de “Common Law”: Aspectos Fundamentales. En: *Sobre las Fronteras: Escritos sobre la Justicia Civil*. Bogotá: Editorial Temis S.A.
- (2010). *Simplemente la Verdad: El Juez y la Construcción de los Hechos*. Madrid: Marcial Pons.

REFERENCIAS JURÍDICAS

- Colombia. Código Civil de los Estados Unidos de Colombia [Código]. (26 de mayo de 1873). DO: 2867.
- Colombia. Código de Procedimiento Civil. [Código] (06 de agosto de 1970). DO: 33150.
- Colombia. Código General del Proceso. [Código] (12 de julio de 2012). DO: 48489.
- Corte Constitucional. Sala Plena. (25 de febrero de 1993). Sentencia C-070/93. [MP Eduardo Cifuentes Muñoz].
- (29 de mayo de 2002). Sentencia C-426. [MP Rodrigo Escobar Gil].
- (16 de octubre de 2014). Sentencia SU-768. [MP Jorge Iván Palacio Palacio].
- (24 de febrero de 2016). Sentencia C-086. [MP Jorge Iván Palacio Palacio].

Tensiones y reflexiones el juicio como elemento central del ejercicio jurisdiccional

Raul Eduardo Morales Vallejo

Magister Derecho Procesal Contemporáneo Universidad de Medellín, Candidato a Doctor en derecho Procesal Contemporáneo Universidad de Medellín. mymasejur@gmail.com

Conceptualmente, el juicio no es institución de fácil entendimiento. Su dicotomía entre juicio-proceso y juicio-decisión ha causado una serie de tensiones entre la doctrina y la jurisprudencia que no se han podido unificar. Sobre todo cuando no es claro el sentido ontológico de la facultad humana de juzgar, acto transversalizado por los más imbricados elementos que convergen desde lo subjetivo (aquello propio de la psique humana y su juicio estético), hasta los elementos objetivos que exigen la existencia de garantías democráticas en un ejercicio típico del poder.

Aunado a lo anterior es vital comprender el debate sobre lo que entendemos por verdad frente al deber procesal del actuar ético y solidario de las partes en el proceso. La tensión se presenta en un sistema de corte dispositivo en el cual las partes tienen como objetivo final la consecución de una sentencia favorable y el juez,

por su parte, el deber de hallar la verdad. Es precisamente en ese momento del ejercicio jurisdiccional donde todos los sujetos que intervienen en el debate, de corte policéntrico y dialéctico, se encuentran sin reglas claras frente al ejercicio del poder estatal del juicio con fuerza de cosa juzgada en contraste con las acciones de algunos ciudadanos que olvidan el uso de la solidaridad como concepto fundante de una democracia.

La tensión de lo que se planteará a lo largo de este artículo consiste en la justificación de la necesidad y el posterior esbozo de propuesta de creación de reglas claras en el ejercicio del juicio como decisión y como proceso, en conclusión en la delimitación del ejercicio democrático en el debate judicial.

Juicio, proceso, decisión

Taruffo, en su obra *Sobre las Fronteras: Escritos sobre la Justicia Civil*, en su capítulo séptimo, confecciona —como eje de su análisis— la reflexión sobre las diversas acepciones que ha tenido la institución procesal del juicio como pilar céntrico del proceso.

Su examen comienza identificando las dos concepciones generales del término. En primer lugar, la relación proceso-juicio y, como segundo, la de juicio-decisión; si bien indica que en principio se igualan como si fuesen sinónimas palabras, finalmente el proceso-juicio y el juicio-decisión sufren una notoria separación conceptual e instrumental.

De lo mencionado con anterioridad, el autor italiano concluye que ambas concepciones no son idénticas. En un primer momento, explica el juicio como un instrumento cuya funcionalidad primordial es la de producir decisiones, afirmación que conlleva necesariamente a conectar la acepción mencionada como juicio-proceso con la del juicio-decisión, entendiendo el juicio en la primera de ellas como aquel que requiere en todos sus instantes de la utilización de la acción del elemento reflexivo del fallador acerca de todo lo que se aporta por las partes. Por otro lado, señala la necesidad del juicio en todo ejercicio para tomar decisiones, puntualizando en que, si bien desde la semántica se diferencian claramente ambas concepciones,

a la hora de identificarlas en el ámbito del debate judicial son caras de la misma moneda, necesarias e incluso intrínsecamente unidas.

Al estudiar el juicio como proceso, el autor describe dos características primordiales del mismo, a saber: la dialéctica¹ y la estructura policéntrica². Este referencia que el proceso es dialéctico por la existencia de dos o más tesis contrapuestas en cuanto a la versión de los hechos y que es policéntrico porque en él mismo actúan una serie de sujetos con roles bien definidos, que se relacionan en una secuencia subjetivamente compleja, donde cada interviniente tendrá bien definidas sus funciones específicas.

En otro sentido, el autor considera que el proceso-decisión inicia con una problemática: son las partes las que llevan al proceso las interpretaciones que tienen sobre los fenómenos fácticos (causa de su solicitud procesal); es decir, son ellas quienes fijan los hechos del debate. En este sentido, el juez se encuentra ante un juego de historias que conforman el tema de decisión: la controversia sobre la cual deberá versar su ejercicio reflexivo; historias que incluso se parecen más a las literarias. A esto hace referencia el mismo Taruffo (2009), citando a Jorge Luis Borges en su obra *Siete noches*, en el capítulo donde el escritor argentino comenta *La Divina Comedia* y toma a Coleridge como sustento de su discurso para expresar que cuando se leen poemas se debe contar con una condición previa: «la suspensión de la incredulidad». Dicha conclusión, según el profesor Taruffo, tiene como fundamento dos premisas:

a) Que la incredulidad debiera caracterizar nuestra aproximación a la experiencia cotidiana, como una actitud crítica dirigida a evitar que nos formemos o que compartamos creencias falsas, y b) que no debiéramos ser incrédulos si queremos ser capaces de captar, de entender y de disfrutar fantasías, metáforas, ambigüedades, imágenes, sentimientos, emociones, y todos las otras cualidades particulares que se consideran típicas de la poesía (Taruffo, 2009, p. 45).

Utilizando el símil propuesto en el párrafo precedente, es como se comienza a plantear la que —en mi opinión— es la problemática más evidente en el llamado *discurso decisorio*, nudo gordiano que se

1 a. Teoría y técnica retórica de dialogar y discutir para descubrir la verdad mediante la exposición y confrontación de razonamientos y argumentaciones contrarios entre sí. b.Conjunto de razonamientos y argumentaciones de un discurso o una discusión y modo de ordenarlos (Lexico, 2020).

2 Que posee varios centros de dirección o decisión (Lexico, 2020).

caracteriza por dos eventos contradictorios, a saber, el juez deberá buscar un objetivo institucional de verdad³ en una historia propuesta por unas partes que se encuentran en medio de una contienda y que tienen intereses contrarios bien definidos, propios de un sistema dispositivo; es decir, que el debate y su consecuente decisión se centrará en el problema de definir la verdad que se oculta tras estas narraciones, juicio que como garantía democrática deberá estar sentado sobre la base de la racionalidad.

En este aspecto, la Corte Constitucional, en sentencia C-086 de 2016, refiere que

[E]l sistema dispositivo confiere a las partes el dominio del procedimiento y se caracteriza por los siguientes principios: (i) el juez no puede iniciar de oficio (*nemo jure sine actore*); (ii) el juez no puede tener en cuenta hechos ni medios de prueba que no han sido aportados por las partes (*quod non est in actis non est in mundo*); (iii) el juez debe tener por ciertos los hechos en que las partes estén de acuerdo (*ubi partis sunt conoerdes nihil ab judicem*); (iv) la sentencia debe ser de acuerdo con lo alegado y probado (*secundum allegata et probata*); (v) el juez no puede condenar a más ni a otra cosa que la pedida e la demanda (*en eat ultra petita partium*). (Sala Plena).

Posteriormente, reflexiona sobre los cambios que ha sufrido la definición de este sistema, debido a procesos históricos:

Cuando la base teórica que soportaba el modelo dispositivo hizo crisis (liberalismo clásico, igualdad formal, individualismo), fue objeto de severas críticas y se pasó a concebir el proceso como un instrumento de naturaleza “pública”. Se reinterpretó la función del juez como “longa manus del Estado”, encargado de velar por la protección de los derechos, en especial ante “la creciente necesidad de dirección y control por parte del tribunal sobre el procedimiento y la exigencia de suplementar las iniciativas probatorias de las partes cuando no son suficientes para probar los hechos en disputa. (Corte Constitucional, Sala Plena, C-086, 2016).

Es decir que los estados democráticos modernos entienden la función jurisdiccional como un elemento de la soberanía estatal, cuyo compromiso esencial es el de velar por la protección del ejercicio democrático y por el control de aquello que las partes llevan al proceso en un sistema de carácter público.

3 En el tipo procesal dispositivo predomina exclusivamente el señorío de la voluntad de las partes, quienes no solamente fijan y determinan el objeto litigioso y aportan el material de conocimiento, sino que también tienen el poder de impedir que el juez exceda los límites fijados a la controversia por la voluntad de estas (Enciclopedia Jurídica, s.f.). Ver también: (Alvarado & Alvarado, 2002).

Esta misma institución reflexiona, a partir de la concepción de libertades procesales circunscritas al respeto de la función pública estatal de protección a sus coasociados, sobre el papel que el juez debe tener como garante:

El Juez del Estado social de derecho es uno que ha dejado de ser el “frío funcionario que aplica irreflexivamente la ley» [46], convirtiéndose en el funcionario -sin vendas- que se proyecta más allá de las formas jurídicas, para así atender la agitada realidad subyacente y asumir su responsabilidad como un servidor vigilante, activo y garante de los derechos materiales [47]. El Juez que reclama el pueblo colombiano a través de su Carta Política ha sido encomendado con dos tareas imperiosas: (i) la obtención del derecho sustancial y (ii) la búsqueda de la verdad. Estos dos mandatos, a su vez, constituyen el ideal de la justicia material. (Corte Constitucional, Sala Plena, C-086, 2016).

El juez ya no será entonces el «frío funcionario que aplica irreflexivamente la ley», se supera la concepción obsoleta de ser un simple aplicador silogístico, un autómatas de la subsunción; al contrario, se le comienzan a exigir procesos reflexivos, racionales y se le presenta como meta u objetivo la búsqueda de la verdad que, de la mano de la prevalencia de lo sustancial, en palabras de la corte son en conjunto una garantía de justicia material.

El nudo, la contrariedad epistemológica, parte entonces de dos fenómenos: a) la aplicación del sistema procesal dispositivo, b) la exigencia al juez de la búsqueda de la verdad como objetivo institucional en un escenario donde el tema de decisión es llevado por las partes al proceso.

Antes de elaborar la discusión con relación al postulado anterior, hay una obligación de plantear la delimitación conceptual de la verdad como deber ciudadano y de aclarar el requerimiento que le hace el estado al juez como desvelador de historias y como investigador de verdades. Para ello se trae como referencia a Martin Heidegger, en su obra: *La esencia de la verdad* (2007), quien

cuestiona el significado de la verdad y, tras su reflexión, concluye que esta se particularizaba en los enunciados; es decir, que descansa en la existencia de las verdades particulares. Aspecto último que, en un símil con el arte teatral, correspondería a los diálogos de los guiones de actuación.

Continuando esta línea de reflexión, se puede afirmar que —en el proceso— las partes presentan verdades particularizadas en sus enunciados, las cuales constituirán los hechos por fijar en el proceso y serán, a su vez, el tema de decisión propuesto por los sujetos intervinientes como claro fenómeno de un sistema dispositivo.

Las narraciones de los hechos son entonces hipótesis de verdad probables que giran en torno a un fragmento de la realidad las cuales son presentadas ante el juez como verdades particulares, lo que necesariamente lleva *in situ* el ocultamiento de elementos que puedan desfavorecer a quien alega un derecho o a quien alega correlativamente no tener que hacer frente al mismo.

Lo expresado anteriormente es consecuencia de una situación originada de manera natural por el choque entre dos intenciones bien contrapuestas y definidas, frente a los objetivos de quienes se encuentran en un escenario adversarial como parte procesal y que generalmente están en la búsqueda de triunfar a toda costa; mientras que el Estado como tercero supraordenado tiene como objetivo la búsqueda de la verdad como finalidad institucional propia de su forma social democrática, es acá en este punto donde se encuentra una contradicción epistémica.

Continuando con Heidegger y con su reflexión sobre el concepto de la verdad, se puntualiza que la misma se debe entender como *coincidencia*; es decir, aquella que está fundada en la rectitud del enunciado de la cosa, frente al hecho fáctico sucedido en el ámbito temporo-espacial, el evento sucedido en el mundo de lo fenomenológico, es por ello que el deber del juez se centrará en superar esa ocultación natural provocada por las partes en sus narraciones, como natural consecuencia de la búsqueda de una sentencia favorable a sus aspiraciones.

Ahora bien, en el segundo punto del problema contraepistémico con el que se encuentra enfrentado el juez al tratar de alcanzar su objetivo de hallar la verdad, estará el deber de soli-

daridad del ciudadano frente al ejercicio de la función jurisdiccional. La Constitución Política de Colombia de 1991, en su artículo 95, numeral 6⁴, expresa que es deber de todo ciudadano «Colaborar para el buen funcionamiento de la administración de la justicia». Surge entonces, en este punto, otro vital cuestionamiento para un sistema de corte dispositivo, ¿se puede exigir, como actuar solidario, que el ciudadano deba, en su petición jurisdiccional, contar toda la verdad, a pesar de que ello afecte su estrategia en la fijación de los hechos para obtener un pronunciamiento judicial favorable? ¿Es un deber ciudadano decir siempre y en todo momento la verdad?

Michel Foucault (2017), en sus conferencias sobre *El Coraje de Decirlo Todo (Discurso y Verdad)*, trae un planteamiento que arroja luces sobre el conflicto epistémico del que estamos hablando. El filósofo califica de antítesis el actuar de aquellas partes que “maquillan” los hechos que constituirán el tema sobre el cual el juez realizará el juicio de decisión.

Se deduce que no es ético construir un tipo de verdades “amañadas”, es antidemocrático además frente a la “parresia” o frente al deber de decirlo todo.

Parresia es un término griego que puede traducirse como hablar con sinceridad, como el decir verídico. Implica algo externo, que es la libertad de palabra, pero sobre todo algo interno, la veracidad de la actitud. La verdad

4 La calidad de colombiano enaltece a todos los miembros de la comunidad nacional. Todos están en el deber de engrandecerla y dignificarla. El ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en esta Constitución implica responsabilidades. Toda persona está obligada a cumplir la Constitución y las leyes. Son deberes de la persona y del ciudadano:

1. Respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios;
2. Obrar conforme al principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas;
3. Respetar y apoyar a las autoridades democráticas legítimamente constituidas para mantener la independencia y la integridad nacionales.
4. Defender y difundir los derechos humanos como fundamento de la convivencia pacífica;
5. Participar en la vida política, cívica y comunitaria del país;
6. Propender al logro y mantenimiento de la paz;
7. Colaborar para el buen funcionamiento de la administración de la justicia;
8. Proteger los recursos culturales y naturales del país y velar por la conservación de un ambiente sano;
9. Contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado dentro de conceptos de justicia y equidad.

del discurso debe ser necesariamente la verdad de la vida, implica una determinada relación con los otros y con uno mismo. Define la subjetividad moral, que debe estar arraigada en estas prácticas.

Señala Foucault, en su análisis histórico y crítico del término, que la primera concepción de la parresia es la directamente política, que tiene lugar en el escenario del ágora o de la corte del rey: parresia política. A esta, Foucault la situará en el marco de la democracia ateniense y la relacionará con la isegoría, la libertad de palabra, y la isonomía, que es la igualdad delante de la ley. Todos tienen derecho a hablar, pero la democracia exige la parresia el hablar claro y veraz en la asamblea y frente al poderoso. (Roca, 2018, párr. 2-4).

La parresia exige el hablar claro y veraz, es sensato preguntarse entonces si es válido que el estado —que implementa un sistema de corte dispositivo— pueda exigir al ciudadano el deber de parresia o de decir toda la verdad ¿cómo compaginar esto con el objetivo constitucional de la solidaridad en el proceso?, también cabe cuestionarse sobre ¿cómo puede lograrse el desvelamiento de las verdades particulares llevadas por las partes a través de las narraciones contenidas en sus enuncios? y, hablando de fuentes de prueba humanas, ¿cómo se puede desvelar el relato del testigo que, como humano, también interpreta? Todos estos cuestionamientos llevan a una dirección: la necesidad de fijar parámetros en los que el juez pueda desplazarse para hallar la correspondencia de los enunciados de las partes con la realidad de las cosas por medio de un juicio reflexivo y justo, cuyo soporte sea la racionalidad; todo esto para que su juicio-decisión actúe como garante de un estado democrático que se aleja de las prácticas de los fenómenos del poder.

Es por ello que es necesario entender el juicio como un concepto fenomenológico complejo en el que convergen variedad de sujetos con intenciones bien diferenciadas: unas partes procesales cuyo objetivo es el de conseguir una sentencia favorable a sus intenciones, una exigencia correlativa y constitucional de solidaridad y un juez que, en clara respuesta a la heterocomposición, no solo elaborará su juicio sobre las verdad relativas planteadas, sino que tendrá un fuerte llamado a investigar la verdad

coincidente; es decir, su exigencia suprema sobre la obligación de decidir en el fallo es la de elaborar juicios racionales fundamentados en la valoración de las pruebas que se han llevado al proceso como mecanismos de reconstrucción de los fragmentos de la realidad. La búsqueda de la verdad coincidente será entonces la obligación principal de todos los sujetos procesales.

El juicio-decisión y el juicio-proceso como fenómeno, un enfoque desde el poder y la estética

*La vida es breve; el arte, largo; la ocasión, fugaz;
la experiencia, engañosa; el juicio, difícil*
Hipócrates.

Definir el juicio como una actividad humana implica la necesidad de entender su contenido semántico y conceptual; además, demanda una amplia comprensión de cómo se forman esas decisiones y de cuáles son sus raíces más profundas en la psique humana.

Juzgar ha sido visualizado en el trasegar histórico de las culturas como un arte que otorgan los dioses, como un atributo relacionado con el fenómeno del poder y la dominación.

Hannan Arendt, en su obra *Eichmann en Jerusalem* (2018), compone una pieza magistral que describe esta faceta del juicio como atributo de dominación. Y es precisamente con relación a este tema que se fundamenta la necesidad de regular y dilucidar los verdaderos componentes del juicio. En su obra, la filósofa política describe una situación en la que se enfrentan dos realidades contrapuestas: la cultura alemana y la judía, representadas en ese entonces por el nazismo con su visión antisemita y por el pueblo israelí. Es claro el discurso de poder, la dominación y el juicio irreflexivo de los personajes allí descritos.

Arendt, al analizar el juicio a Eichman como criminal nazi, elabora una soslayada defensa de la humanidad del enjuiciado, al entender que aquel actuaba por medio de un juicio irre-

flexivo, lo que la filósofa dibujaba en su relato diciendo «No era estupidez, sino una curiosa, y verdaderamente auténtica, incapacidad para pensar» (2018). Lo que Arendt llama «la banalidad del mal». Entonces se puede decir que el juicio no es realmente una técnica, sino un fenómeno intelectual humano que puede estar conducido por el vehículo de lo racional como también por el de lo irracional.

Paso seguido, la autora menciona que, para Eichmann, la Solución Final «constituía un trabajo, una rutina cotidiana, con sus buenos y malos momentos», «Eichmann no fue atormentado por problemas de conciencia. Sus pensamientos quedaron totalmente absorbidos por la formidable tarea de organización y administración que tenía que desarrollar». Estamos ante un nuevo tipo de maldad que, a través de la burocracia, transforma «a los hombres en funcionarios y simples ruedecillas de la maquinaria administrativa».

La filósofa alemana de origen judío se preguntaba a menudo, reflexionando sobre la humanidad de Eichman: ¿quién era él para juzgar? ¿Quién era él para poder tener sus propias opiniones en aquel asunto?, «Eichmann no fue el primero, ni será el último, en caer víctima de la propia modestia (...)». Por otro lado, según la profesora de Filosofía del Derecho de la UAM y autora de *Arendt: Estar (Políticamente) en el Mundo* (Sánchez, 2016), para Arendt «todos somos quién para juzgar, y precisamente la carencia de esa facultad, su ejercicio, es lo que posibilita la diseminación del mal y la tolerancia frente a este».

El juicio como capacidad inherente a la persona invita a encontrar —por necesidad democrática— medios de control para cumplir con la función jurisdiccional de la Sentencia C-086 de la Corte Constitucional:

Al juez constitucional, en consecuencia, le corresponde garantizar al máximo esa libertad configurativa que tiene el legislador; libertad, que sin embargo, no puede ser absoluta ni arbitraria [19], sino que debe desarrollarse conforme a los límites que impone la misma Carta[20]. En este sentido, la doctrina

constitucional ha considerado que la competencia normativa del legislador resulta acorde con el estatuto superior, siempre y cuando tenga en cuenta los siguientes aspectos: i) que atienda los principios y fines del Estado tales como la justicia y la igualdad entre otros; ii) que vele por la vigencia de los derechos fundamentales de los ciudadanos[21] que en el caso procesal civil puede implicar derechos como el debido proceso, defensa y acceso a la administración de justicia (artículos 13, 29 y 229 C.P.) [22]; iii) que obre conforme a los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la definición de las formas[23] y iv) que permita la realización material de los derechos y del principio de la primacía del derecho sustancial sobre las formas (artículo 228 C.P.)[24]. De allí que no se estimen válidas, las disposiciones procesales 'que anulan u obstaculizan irrazonablemente el ejercicio del derecho de acción' [25], precisamente porque un objetivo constitucional legítimo es el de 'realizar objetiva, razonable y oportunamente el derecho sustancial' (Sala Plena, Corte Constitucional, C-086, 2016).

Es obligación también del estado el de asegurar que el ciudadano no sea víctima de la arbitrariedad del régimen establecido como institucional, que el poder del juicio en manos del estado no tenga orígenes irreflexivos, sin reglas claras y protectores del ejercicio de la soberanía estatal.

A pesar de la aspiración constitucional, continuando la línea de las problemáticas contra epistémicas nos enfrentamos con otro nudo: el estado exige un juicio racional y democrático. Sin embargo, quien decide es un juez: un ser humano que, como universo de complejidades, debe tomar decisiones. Pero al buscar los elementos y herramientas para dicho ejercicio se encuentra con un vacío normativo, aunado a ello se le pide que razone. No le queda más que estar atado a su esencia intelectual particular, afectada por el juicio estético que le hace contrapeso al racional y reflexivo. ¿Cómo lograr la superación de esta dificultad?

Sucintamente, un juicio es una evaluación de las pruebas en una dimensión. Los juicios están basados en un conjunto de creencias sobre las pruebas (*v. gr.*, inferencias sobre los motivos del acusado, las capacidades) que son relevantes para la dimensión de evaluación, de tal modo que cada creencia tiene un peso que incide en el examen de la prueba para la dimensión de juicio. Este peso es conocido como el valor escalar de la creencia. Ahora bien, no toda creencia contribuye por igual a la valoración de la prueba. Dicha contribución es el resultado de la estimación de la fiabilidad y validez de la creencia. La fiabilidad en la Sala de Justicia viene definida fundamentalmente por la credibilidad de los testigos (Arce & Fariña, 2005, párr. 1).

El juicio es un atributo humano, inherente a todas las relaciones del sujeto, no contiene como óbice la necesidad de una preparación técnica o especial, está presente en cualquier individuo de la especie humana. La problemática comienza cuando el sujeto que debe decidir, llega a interferir en las relaciones de los demás integrantes de un conglomerado social gracias a las circunstancias del poder.

El hombre, en los momentos vitales, siempre tendrá que tomar decisiones, lo que comúnmente se extrapola a sus quehaceres sociales. El individuo, tanto en su esfera particular como en su correspondiente esfera pública, tiene como referencia —en las decisiones que debe tomar— al sentido común o al sentido general. Aquí empieza la problemática del juicio humano, el componente estético de sus respuestas decisorias está nutrido por su componente relacional, por el biológico, por el social y, por otro lado, sus reacciones frente al mundo de lo fenomenológico estarán condicionadas por sus percepciones sensibles. En palabras de Kant, estarán condicionadas por el juicio estético que es un componente adicional del juicio reflexionante⁵. De esto se desprende un problema complejo a nivel procesal: la ausencia de reglas claras para la elaboración del juicio-decisión.

De la ausencia de reglas mínimas en la elaboración del juicio a nivel legal, delimitación de la tensión

En el derrotero trazado anteriormente se deja como ruta de análisis la íntima relación que tiene la facultad de juzgar con la decisión final (producida en la sentencia). Surge entonces la necesidad de estudiar lo que, a la luz de nuestra legislación procesal —Código General del Proceso—, se regula como garantía para evitar el uso del proceso como instrumento de poder y para lograr que sea una herramienta de la justicia material. Y, en este

5 El Juicio es la facultad de pensar lo particular como contenido en lo universal, subsumiéndolo; es determinante si lo universal es dado y reflexionante cuando, inversamente, sólo lo particular es dado y debe encontrar lo universal. Si el primero opera según los principios del entendimiento, entonces el segundo, en consideración a lo que éstos dejan sin determinar en las leyes generales de la naturaleza, debe operar según un principio trascendental propio, pensando las leyes empíricas, como prescritas para nosotros, no para la naturaleza. Puesto que la finalidad de los objetos es su posibilidad según conceptos, que funcionan como sus causas finales, el concepto a priori con el que el Juicio reflexionante piensa la forma de la naturaleza, bajo leyes empíricas, es la "finalidad". (Kant, apartado IV, 1970).

sentido, es necesario analizar la relación que tiene la facultad de juzgar con la valoración de la prueba.

Para comenzar, se trae a estudio el artículo 165 de la Ley 1564 de 2012 Código General del Proceso⁶ que, en la última parte del inciso primero, hace alusión a los medios probatorios, exponiendo que pueden ser: «Cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez». A fin de entender el artículo citado, se hará referencia a la definición que trae el diccionario de la RAE, que precisa al convencimiento como: «1. Acción y efecto de convencer., 2. Incitar, mover con razones a alguien a hacer algo, o a mudar de dictamen o de comportamiento, 3. Probar algo de manera que racionalmente no se pueda negar».

Por otro lado, al consultar la definición de la palabra *racionalmente*, encontramos lo siguiente: «adverbio de manera racional», *racional* significa: «perteneciente o relativo a la razón», a su vez define *razón* como:

1. Facultad de discurrir.
2. Acto de discurrir el entendimiento,
3. Palabras o frases con que se expresa el discurso,
4. argumento o demostración que se aduce en apoyo de algo.,
5. orden y método en algo,
6. Justicia, rectitud en las operaciones o derecho para ejecutarlas.

De los conceptos anteriores claramente se deduce que convencer es mover a alguien a hacer algo. En el plano del proceso equivaldría a decir que las partes, al pretender el convencimiento del juez, no buscan más que llevarlo a “hacer algo”: a dictar sentencia a su favor.

De lo anterior parten varios análisis trascendentales para la comprensión de la valoración de la prueba y de su función frente al juicio-proceso y al juicio-decisión.

Se deben tener claros, en primer lugar, los conceptos tradicionales que definen la prueba:

6 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 documentos, los indicios y cualesquiera otros medios de prueba 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.

- a. Herramienta procesal única para reconstruir o acreditar la ocurrencia de hechos que activen la aplicación de una norma de derecho favorable.
- b. La prueba como deber procesal en cabeza del actor de probar lo que alega o de acreditar unos hechos que él considera ciertos con la finalidad de que una vez establecida la realidad de los mismos se derive un juicio favorable.
- c. La prueba como la apta para calificar el estado psicológico del juez al concluir la actividad probatoria.

En nuestro ordenamiento procesal actual se puede predicar que todas las definiciones mencionadas son de recibo; sin embargo, el artículo 165 del Código General del Proceso recoge la tesis que entiende como objetivo de la prueba: su aptitud para calificar el estado psicológico del juez. En alusión a lo que se viene planteando, esto equivaldría a decir que la prueba, desde que opera su asunción en el proceso, está trazada por el fin de llevar al juez a favorecer — mediante su juicio— la hipótesis de verdad que lo convenza.

Para entender la anterior afirmación cabe realizar las siguientes anotaciones: primero, entendemos el debate jurídico procesal como un evento dialógico en el cual las partes llegan al juez mediante las construcciones narrativas de sus propias hipótesis de verdad probables; es decir, cada parte reconstruye, a través de su ejercicio narrativo, su propia visión de los hechos y su particular interpretación de la realidad histórica de los mismos; cada parte propone su verdad relativa, en ocasiones más cercana a la estructura propia de los escritos literarios que de los jurídicos.

Segundo, el papel de quien juzga está marcado por un entorno de ignorancia, de incertidumbre, de niebla o de bruma frente a los fragmentos de realidad que han sido llevados por las partes en disputa, y a través de sus narraciones, al proceso. El fallador se encuentra ante un escenario de gran carga subjetiva (ya que obedece a dos interpretaciones opuestas frente a unos mismos hechos, materialmente hablando) y solo encuentra una breve alusión normativa para ayudarse a conducir su obligación de aportar su propia consideración acerca de aquello que íntimamente lo convenza (contrario a la

íntima convicción⁷). Esto le deja al juez, como única herramienta: conceptos gaseosos y etéreos como la sana crítica, el sentido común y las reglas de la experiencia. Conceptos que han sido mucho más delimitados por la doctrina y por la jurisprudencia, pero que presentan una clara ausencia a nivel legal.

Por lo tanto, el método que conlleva a generar el convencimiento del juez en el momento de elaborar el juicio frente a la premisa, es aquel que se fundamenta en las reglas de la experiencia, en el sentido común y en la sana crítica. Sobre este tema, la Corte Constitucional, en sentencia C-202 de 2005, define:

Las reglas de la sana crítica son, ante todo, las reglas del correcto entendimiento humano. En ellas interfieren las reglas de la lógica, con las reglas de la experiencia del juez. Unas y otras contribuyen de igual manera a que el magistrado pueda analizar la prueba (ya sea de testigos, peritos, de inspección judicial, de confesión en los casos en que no es lisa y llana) con arreglo a la sana razón y a un conocimiento experimental de las cosas.

El juez que debe decidir con arreglo a la sana crítica, no es libre de razonar a voluntad, discrecionalmente, arbitrariamente. Esta manera de actuar no sería sana crítica, sino libre convicción. La sana crítica es la unión de la lógica y de la experiencia, sin excesivas abstracciones de orden intelectual, pero también sin olvidar esos preceptos que los filósofos llaman de higiene mental, tendientes a asegurar el más certero y eficaz razonamiento (Corte Constitucional, Sala Plena, C-202, 2005). De lo anterior, vale la pena detenerse en lo siguiente: la mencionada jurisprudencia entiende a las reglas de la sana crítica como las reglas del correcto entendimiento humano, en ellas, reitera, intervienen la lógica y las reglas del sentido común. Por otro lado, llega a definir y crea discusión cuando se refiere a lo que tiene en cuenta el juez al elaborar su juicio: «con arreglo a la sana razón y a un conocimiento experimental de las cosas». Lo anterior nos lleva a las siguientes preguntas: ¿el conocimiento experimental de las cosas es sentido común o propio de quien falla?, más aun, ¿Es decir, es una tercera interpretación subjetiva del caso?, ¿Qué hay de racional en ello? ¿Cuál es la garantía democrática?

Para responder los distintos cuestionamientos enunciados se trabajará con un compilado de los conceptos de Kant en su *Crítica del Juicio* o de la *Facultad de Juzgar* e igualmente con las sustentaciones de las teorías abolicionistas frente al control de la prueba de Jeremy Benthan y, frente a estas teorías, se abordarán las que actualmente

7 Donde el juez goza de completa libertad para valorar la apueba. La ley no le impone al juzgador ningún tipo de regla que deba aplicar en la apreciación de los diversos medios probatorios. La convicción que logra obtener el juez no se encuentra sujeta a ningún tipo de formalidad preestablecida

abogan por la creación de los estándares de prueba, en cabeza de autores como Jordi Ferrer Beltran (2002), Michele Taruffo (2002, 2006 y 2009) y Twining et al. (2015). Quienes entienden los estándares de prueba como una garantía democrática en el ejercicio de la valoración probatoria dentro del juicio procesal. A continuación, nos permitimos hacer algunas claridades conceptuales en referencia a lo manifestado.

Conceptualización del sentido común

El sentido común puede ser entendido como los conocimientos y las creencias compartidos por una comunidad y considerados como prudentes, lógicos o válidos dentro de ella. Se trata de la capacidad natural de juzgar los acontecimientos y eventos de forma razonable.

Como se extrae de la anterior definición, cuando se habla de sentido común, este se enlaza necesariamente con los conocimientos que pueda validar una cultura en un momento histórico dado y en relación con la llamada capacidad natural de juzgar. Con relación a este último punto, vale mencionar la descripción que hiciera Immanuel Kant en su *Crítica del Juicio o de la Facultad de Juzgar*, obra en la que el filósofo categoriza la atribución humana de juzgar como inexorablemente unida a los sentimientos de placer y displacer, la decisión va orientada hacia la conformidad de un fin, (p. 60 crítica del juicio). Este autor entiende el acto de tomar decisiones o la facultad innata humana de juzgar como un ejercicio guiado por sentimientos que, a su vez, están orientados por la costumbre como producto de la libertad.

Igualmente, en el texto *Verdad y Método* (2002), en cuanto al sentido común y a la facultad de juzgar, Gadamer refiere que

En este mismo sentido destacan los filósofos moralistas ingleses que los juicios morales y estéticos no obedecen a la *reason* sino que tienen el carácter del *sentiment* (o también *taste*), y de forma análoga uno de los representantes de la Ilustración alemana, Tetens, ve en el sentido común un “*judicium* sin reflexión”.

De hecho, la actividad del juicio consiste en subsumir algo particular bajo una generalidad, en reconocer algo de una regla, no es que esto sea lógicamente demostrable. Esta es la razón por la que la capacidad de juicio se encuentra siempre en una situación de perplejidad fundamental, debido a la falta de un principio que pudiera presidir su aplicación. (Gadamer, 2002, p. 25).

Como se observa, Gadamer confluye con Kant en decir que la actividad del sentido común es, en primer aspecto, un juzgar sin reflexión y, en segundo lugar, una forma de ir de lo particular a lo general sin un principio conductor.

Lo anterior, en cuanto al tema de la valoración de la prueba, nos lleva a observar las distintas posiciones que se encuentran frente a su manejo y a las siguientes preguntas: ¿este mecanismo de reconstrucción de hechos (o herramienta psicológica) debe estar libre de reglas o debe ser controlado?, ¿puede llamarse democrático un proceso en el cual el juez, sin límite alguno más que el de su buen juicio y el de su razón, le otorgue valor a las pruebas que van a ser vitales en su decisión?

Como respuestas a los cuestionamientos expuestos se desprenden diferentes teorías: las abolicionistas, lideradas en su tiempo por Bentham, y las actuales, que bogan por la creación de unos estándares mínimos de prueba en función de la claridad en el juego procesal y en defensa del ejercicio democrático del mismo. Comenzando por la teoría abolicionista, Bentham manifestaba que la finalidad de la prueba no era otra que la búsqueda de la verdad sobre lo ocurrido, veía el proceso como la correcta garantía de aplicación del derecho sustancial y reflexionaba además que al juez, en la valoración probatoria, le bastaba “el modelo doméstico”, es decir, que bajo la absoluta libertad le bastaba actuar como el *pater familias* frente a sus hijos para tomar decisiones valorativas. También anotaba que no hay que excluir ninguna prueba, ningún testimonio, por el solo temor de ser engañado, y que el derecho de prueba había sido hecho trizas por los legisladores que, aconsejados por abogados, lo habían complicado.

De la anterior tesis, a pesar de haber sido planteada desde el siglo XIX, permanecen hoy rezagos en sistemas del *Civil Law*, al cual pertenece Colombia. Lo que claramente quedó expresado en el Código General del Proceso, pues es evidente que carece de reglas de valoración probatoria claras.

A contrario sensu de los planteado por Jeremy Bentham, aparecen tesis que propugnan por la necesidad de crear estándares mínimos de prueba. Como es el caso de la probabilidad prevalente, de la que se sustenta que debe tener como consecuencia que las decisiones

tomadas converjan en unos puntos mínimos como referentes democrático del proceso, estos puntos son:

1. La hipótesis debe ser capaz de explicar los datos disponibles, integrándolos de forma coherente.
2. Deben haberse refutado todas las demás hipótesis plausibles explicativas de los mismos datos que sean compatibles.
3. No se trata de prueba tasada sino de mecanismos de validación mínimos.

Quienes abogan por la existencia de unos requisitos mínimos de prueba, al momento de elaborar el juicio, deducen que su ausencia en los regímenes de corte abolicionista llevó a las siguientes consecuencias:

1. Un hecho está probado cuando el juez está convencido de su ocurrencia.
2. Cuando el juez alcanza la convicción el hecho está probado.
3. La certeza del juzgador se alcanza sobre los “datos aportados por las partes»
4. Cuando un órgano superior revoca la decisión de un órgano inferior es porque llega a una convicción diferente y su convicción “vale más” por efecto de la jerarquía de órganos.

¿Se convalida esto con una garantía democrática del proceso?
¿Es el Código General del Proceso actual garantía en este aspecto?

La respuesta es no, por lo esbozado, y teniendo como conclusión obligada que es necesaria la creación legal de estándares de prueba que sirvan de garantía mínima, de lo contrario —por el factor humano— seguiremos estando expuestos a que el sistema jurisdiccional sirva a otros fines distintos a su propia naturaleza.

A modo de cierre del tema tratado, se trae como referencia un texto interesante que aparece en el escrito titulado: *Historia de Francia, desde los tiempos más remotos hasta 1839*, un caso extremo en el que el llamado juez Bridoye decidía sus sentencias mediante dados y el cual se translitera en el párrafo de cita del presente artículo, una magistral pieza escrita que describe de manera inequívoca el planteamiento esbozado como opinión en este artículo.

Continuamente los abogados al mismo tiempo que demostraba la imbecil vanidad de sus fallos Un magistrado del tribunal supremo pregunta al juez Bridoye de qué modo administra justicia y le contesta que a la suerte de los dados citando en apoyo de su modo de proceder una multitud de textos tomados de las leyes romanas.

Que dados pregunta Trinquamelle primer presidente del tribunal entendéis amigo mío Los dados respondió Bridoye de los juicios *alea judiciorum*, (Saint-Prosper, 1841, pp.49-70).

Conclusión

Si bien es cierto que el fallador, en su condición humana, realizará el juicio sobre los hechos fijados al proceso con relación a lo probado, soportándose en residuos de elementos de carácter subjetivo; también salta de bulto que la función jurisdiccional es un ejercicio del poder que requiere de mecanismos que, de manera efectiva, procuren mantenerla dentro de los límites de una justa democracia. Es por ello que se justifica la necesidad de crear unos requisitos mínimos de garantía para el ciudadano, unos mecanismos que surjan como racero igualitario en el tratamiento de la valoración de la prueba y que le den una fuerza mayor al juicio racional en la producción de la sentencia. Se exige entonces la creación de unas herramientas claras del manejo procesal de dicha facultad y, si bien es cierto que tampoco se debe propugnar por un control absoluto del mismo, sí se requiere unos mínimos de control.

El discurso anterior evidencia entonces la imperiosa necesidad de la creación de estándares mínimos de prueba y de herramientas claras para el ejercicio del juicio racional que sean de corte legal y que eviten dejar en manos de conceptos gaseosos el accionar de tan importante actividad.

Se puede concluir además que es deber de la política procesal del estado, encontrar un punto de equilibrio entre los efectos propios de un sistema dispositivo, el compromiso constitucional de la solidaridad como base del ejercicio del accionar de las partes procesales, y el deber legal e institucional del juez de encontrar la verdad coincidente, cabe resaltar que en este último punto además entre las preposiciones llevadas por las partes y lo que arroje como resultado el debate probatorio en la reconstrucción de los fenómenos fácticos que les dan origen

existe también la necesidad política de encontrar un justo medio en el acto del juicio en cuanto a sus diversas acepciones y finalidades al parecer contraepistémicas pero que hacen parte de un mismo camino, administrar justicia en un estado democrático de derecho.

REFERENCIAS

- Acre, Ramón. & Fariña, Francisca. (2005). Peritación Psicológica de la Credibilidad del Testimonio, La Huella Psíquica y la Simulación: el Sistema De Evaluación Global (SEG). En *Papeles del Psicólogo*. Vol26. pp. 59-77.
- Arendt, Hannah. (2018). *Eichman en Jerusalem*. Bogotá: Penguin Random House.
- Alvarado Velloso, Adolfo. & Alvarado, Mariana. (2002). *Los sistemas Procesales*. Recuperado de [https://campus.academiadederecho.org/upload/webs/sistemasproc/sistemas.htm#_1\]_El_presente_texto,_con_algunas_](https://campus.academiadederecho.org/upload/webs/sistemasproc/sistemas.htm#_1]_El_presente_texto,_con_algunas_)
- Enciclopedia Jurídica. (s.f.). *Proceso Dispositivo y Proceso Inquisitivo*. Recuperado de <http://www.enciclopedia-juridica.com/d/proceso-dispositivo-y-proceso-inquisitivo/proceso-dispositivo-y-proceso-inquisitivo.htm>
- Ferrer Beltrán, Jordi. (2002). *Prueba y verdad en el derecho*. Madrid: Marcial Pons.
- Foucault, Michel. (2017). *Discurso y Verdad. Conferencia sobre el coraje de decirlo todo*. Buenos Aires: Editorial Siglo Veintiuno.
- Gadamer, Hans George. (2002). *Verdad y método*. Tomo 1. Salamanca: Editorial Sígueme.
- Heidegger, Martin. (2007). *De la esencia de la verdad*. Barcelona Editorial Herder.
- Lexico. Oxford. (2020). Significado de “dialéctica” en español. Recuperado de <https://www.lexico.com/es/definicion/dialectica>
- (2020). Significado de “policentrico” en español. Recuperado de <https://www.lexico.com/es/definicion/policentrico>
- Roca Jusmet, Luis. (2018). *La parresía o el coraje de decir la verdad*. Recuperado de <https://rebellion.org/la-parresia-o-el-coraje-de-decir-la-verdad/>
- Saint-Prosper, Auguste. (1841). *Historia de Francia, desde los tiempos más remotos hasta 1839*. Imprenta de Brusi.
- Sánchez, Cristina. (2016). *Estar (Políticamente) en el Mundo*. Barcelona: EMSE.
- Taruffo, Michele. (2002). *La prueba de los hechos*. Madrid: Editorial Totta.
- (2006). *Sobre las Fronteras: Escritos sobre la Justicia Civil*. Bogotá: Editorial Temis.

— (2009). *Simplemente la verdad, el juez y la construcción de los hechos*. Madrid: Marcial Pons.

Twining, William; Shum, David. & Anderson, Terence. (2015). *Análisis de la prueba*. Madrid: Marcial Pons.

Kant, Immanuel (1970). *Crítica del Juicio o de la Facultad de Juzgar*. Reino de Prusia: Monte Ávila Editores Latinoamericana.

REFERENCIAS JURÍDICAS

Colombia. *Constitución política de la República de Colombia* [Const.]. (20 de julio de 1991). Recuperado de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html

Colombia. Congreso de la República. (12 de julio de 2012). Artículo 165. *Por medio de la cual se expide el Código general del proceso y se dictan otras disposiciones*. [Ley 1564 de 2012]. Recuperado de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1564_2012.html

Corte constitucional Colombia. Sala Plena. (08 de marzo de 2005). Sentencia C-202. [MP Jaime Araujo].

— (24 de febrero de 2016). Sentencia C-086. [MP Gloria Stella Ortiz Delgado].

La narrativa del proceso. El legislador, el juez y las Partes como artesanos de la justicia

Hingrid Camila Pérez Bermúdez

Abogada. Magíster en Derechos Humanos, Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia. Candidata a Doctora en Derecho Procesal Contemporáneo. Docente investigadora. hingridcamila22@gmail.com

*¿Tu verdad? No, la Verdad, y ven conmigo
a buscarla. La tuya, guárdatela*

Antonio Machado

El presente artículo permitirá abordar el juicio de hecho desde una visión crítica y analizar las funciones del legislador, del juez y de las partes que, en definitiva, son los artesanos de la justicia. Actores que proyectan, desde imaginarios colectivos y planteamientos disímiles, la materialización de los derechos, a partir de una revisión plural, diversa, así como deconstruida, en realidades y contextos propios.

1. Alcances contemporáneos

La fundamentación teórica y conceptual de los diferentes postulados universales del derecho hacen parte imprescindible de la praxis. Cuando se busca alcanzar una interpretación coherente y completa sobre los fines o alcances de una disposición normativa buscando comprender su efectividad; se debe tener presente que,

para obtener el máximo estado de satisfacción frente a las garantías que el estamento analizado propone, debemos conocer la naturaleza propia y el espíritu que la promueve.

En el marco de un proceso, las partes que lo acompañan conocen, interpretan y aplican la ley desde diversas ópticas: el juez, más allá de fungir como una figura estática frente a lo que se presenta, advierte las garantías procesales que deben ser respetadas desde que inicia, hasta que culmina el proceso. Esta obligación lo acompaña hasta que dicta sentencia y motiva su fallo, para lo que se fundamenta en su sana crítica y en las reglas de proporcionalidad, en la razonabilidad y en la ponderación. Por otro lado, las partes lideran la actividad procesal desde la presentación de la acción, la inserción de los medios de prueba y la correspondiente argumentación que acompaña las pretensiones justificadas a la luz de la ley.

El rol que desarrolla el juez permite establecer funciones imprescindibles para la consecución del objetivo del proceso, así como prescindir de otras que van en detrimento del amparo absoluto del que debe ser veedor el jurista en el marco del debido proceso legal; a partir de este rol se crea no sólo derecho, sino que, a su vez, justicia. El juez «se encuentra típicamente en la situación de distanciamiento, puesto que ningún interés suyo personal está involucrado en la actividad que él realiza en el proceso, y mucho menos en los resultados de la actividad» (Taruffo, 2006, p. 219), regla que se espera sea general y busque concretar la imparcialidad de este último para el éxito procesal.

Ahora bien, ¿qué sucede con las pruebas que se aportan como medio probatorio para convencer al juez en el proceso y remitirlo a la verdad de este? ¿Podremos aducir que siempre la parte actora en la demanda tiene la razón absoluta sobre sus pretensiones? El Profesor Taruffo ha realizado una interpretación sobre el juicio de hecho que permite observar los fines transversales de la actividad de los intervinientes. «El objeto principal (pero no el único) del juicio de hecho está constituido por hechos jurídicamente relevantes (o principales o jurídicos), de manera que su determinación dependa sustancialmente de la normativa atinente al caso particular que aquí sirve de hipótesis» (Taruffo, 2006, p. 216).

Aportar, desde la reconstrucción, hasta la inserción de una prueba en el proceso judicial, se puede decir que es una actividad de alto riesgo para la justicia. Si bien las dos partes procesales tienen innumerables derechos y principios vinculados a la actuación que realizan, solo una de ellas estaría prestando actitudes consientes, y de buena fe, para alcanzar el fin último en la relación procesal.

En realidad el juicio de hecho versa sobre enunciados relativos a hechos, y tiende a establecer cuáles enunciados, relativos a cuáles hechos, pueden considerarse verdaderos a los fines de la decisión. (...) Los enunciados relativos a estos hechos representan el objeto principal del juicio de hecho, puesto que el juicio sobre estos depende directamente la decisión final de toda la controversia. Es claro que el juicio de hecho envuelve otras circunstancias: se trata de los llamados hechos secundarios o simples, o sea de circunstancias de las cuales es posible extraer inferencias relativas a la verdad o falsedad de los enunciados relativos a los hechos principales (Taruffo, 2006, p. 216).

Por lo tanto, desde la sana crítica del juez y atendiendo al juicio de hecho que es evidente dentro del proceso, se deberá proyectar el fallo: motivándolo y arguyendo dentro del mismo todos los componentes de derecho y de hecho que dan cabida a la proporcionalidad, a la razonabilidad y a la ponderación del juicio justo.

Las pruebas presentadas hacen parte del todo procesal impenetrante dentro del juicio. Una prueba, movilizadada al interior del proceso dará lucidez al juez para pronunciarse en ecuanimidad. Sin embargo, no sólo se emite una respuesta proporcional cuando se realiza un análisis probatorio adecuado, sino que se disuelve la discusión que causa la controversia y se emite un fallo ceñido a distintos valores y principios de armonía y paz para la sociedad. Atendiendo a esto, es que se vuelve importante realizar actuaciones que nazcan de la buena fe procesal.

Al confrontar las teorías que analizan la efectividad del derecho, se puede identificar que ni en la práctica ni en la conceptualización escrita de los postulados normativos existen tesis definitivas que marquen una pauta trascendental sobre el comportamiento del ser humano. Cuando acudimos a la justicia para la solución de controversias trascendentales entre el ser y el vivir en la sociedad, esperamos encontrar la materialización de normas que escuden los derechos que se reclaman: un amparo que brinde fines de efectividad

y que concrete responsabilidades, obligaciones y el resarcimiento de los derechos que se vinculan a la discusión. Es decir, acudimos bajo expectativas reales de protección. Cuando esto no sucede, tropezamos con la injusticia, la mentira, la ilicitud y el comportamiento errado bajo fines netamente particulares. Es por esto que la actividad humana termina convirtiendo el juicio en una serie de razonamientos subjetivos que comprometen no solo la justicia, sino la posibilidad del restablecimiento de una sociedad armónica que pueda llegar a consolidarse en la artesanía del juez, la cual debería contribuir a las premisas del Estado Social del Derecho.

Habermas, citado por la profesora Diana Ramírez, refiere que

Un derecho, después de todo, no es ni una pistola, ni tampoco un espectáculo de un solo actor. Es una relación y una práctica social, y en estos dos aspectos esenciales es expresión de una conexión entre individuos. Los derechos son tareas públicas, que implican obligaciones para con los demás, así como títulos frente a ellos (Ramírez, 2009, p. 25).

En esta correlación de los derechos no se deben confundir la construcción, la finalidad y la funcionalidad del proceso. Interpretando a Habermas, Ramírez (2009) propone que el proceso civil se construye con la intervención de todos los sujetos procesales y en respeto de unas garantías constitucionales que se desprenden de la Carta Política. La finalidad del proceso está relacionada con la definición y la resolución de pretensiones jurídicas, donde se establecen unas reglas de cierre a la interpretación de los hechos y se propone una aplicación del derecho. Por último, el proceso es funcional cuando logra un adecuado nivel de efectividad y eficiencia en su finalidad, también cuando alcanza un nivel aceptable de celeridad y fluidez en su construcción.

El derecho, las normas que lo integran, los principios, los valores, la jurisprudencia, así como la costumbre y las demás fuentes que desde la integralidad forjan una fundamentación importante para la construcción del fallo, soportan una carga dinámica y estática imprescindible dentro del Estado Social de Derecho. Cuando aseveramos que dentro de los fines estatales se hace posible la consecución de la justicia, es porque desde los diferentes poderes públicos se aportan las herramientas destinadas para la existencia no del derecho, sino de las garantías máximas para la defensa de la verdad.

2. Análisis de coyuntural social y crítico sobre la justicia

La función del juez, más que ser una actividad de precisión y exactitud, busca contener en un documento el fallo que, en la mayoría de las oportunidades, restablece para una de las partes los derechos y que, de manera contraria, impone obligaciones que van desde la exigencia del pago de una multa, hasta la imposición de una pena privativa de la libertad. Su compromiso con las ciencias sociales no se caracteriza por aplicar lo que denominaríamos en las ciencias básicas una *fórmula matemática* porque, si así lo fuera, se asumiría un caso, aplicaríamos una ley y como resultado constaría la sentencia: caso + ley = sentencia. La función e investidura de la que goza supera los límites de lo referido a través de un documento o del manual de funciones y esto, sin lugar a yerros, tiene su fundamento en los efectos sociales, económicos, políticos y hasta culturales que revisten la fuerza de la decisión, así como en las consecuencias que puede causar frente a los derechos de la libertad, la dignidad y calidad de vida de las personas vinculadas a la *litis*.

Sumado a esto, la decisión —que pondrá fin a lo requerido por la parte actora— confronta distintas variables que refuerzan la sentencia del juez: todo el material probatorio aportado, recolectado desde las fuentes de la prueba, y precisado frente al caso en concreto, contribuye consolidar una visión global de lo que sería una decisión judicial motivada y legitimada.

Y si aseguramos, desde las diversas discusiones teóricas, que no existen verdades absolutas: ¿cómo opera la verdad en un proceso judicial? ¿Acaso el juez, con su decisión, no estaría creando una verdad definitiva? Sin tener presente, claro está, la interposición de los diferentes recursos de ley.

El compromiso se hace mayor cuando se suman derechos, libertades y garantías en el marco del Estado Social de Derecho; es decir, no nos referimos a una decisión motivada, en la que el fallador se apropia de un estamento normativo y lo desarrolla desde el caso específico, ya que las teorías garantistas han constituido un importante fundamento de armonización normativa. Hablamos de teorías multinivel que devienen de un amparo total, supremo, abso-

luto, frente a cada disposición que pueda constituir el amparo de *iure* dentro del caso. Por lo tanto, dentro de los componentes imperantes en la decisión se encuentra también el aporte y la contribución a la interpretación que puedan prestar los postulados normativos de carácter internacional desde la visión del bloque de convencionalidad que permiten vincular acuerdos, tratados, opiniones consultivas y jurisprudencia a la estructura normativa analizada. Estas justificaciones emiten un argumento sólido sobre actividad que despliega el fallador durante el proceso; una revisión que no es exclusiva sobre la parte fáctica, sino que, de manera integral, debe formar la ley y adaptarla bajo una revisión completa de todo el cuerpo jurídico vigente en el que se vinculará el proceso en concreto.

Cuando afirmamos que «la tutela judicial efectiva ha sido considerada «expresión medular del carácter democrático y participativo del Estado» (Corte Constitucional, Sala Plena, C-454, 2006), nos remitimos a una expresión propia del núcleo esencial de cada derecho fundamental que debe ser protegido por parte del juez; aduciendo además que toda actividad que este realice deberá estar enmarcada en las garantías propias del debido proceso legal. Por tanto, el desarrollo jurisprudencial que presta la Corte sobre la tutela judicial efectiva, en la ejecución de las prerrogativas que emitan un debido proceso legal, señala la importancia de acudir en condiciones de igualdad ante los tribunales competentes «para propugnar por la integridad del orden jurídico y por la debida protección o el restablecimiento de sus derechos e intereses legítimos, con estricta sujeción a los procedimientos previamente establecidos y con plena observancia de las garantías sustanciales y procedimentales previstas en las leyes» (Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, C-426, 2002).

El acceso a la administración de justicia, como uno de los derechos de todos los ciudadanos, está constituido en una de las obligaciones que adquiere el Estado Social de Derecho. Cuando hablamos del contenido de protección de la sociedad desde la *Norma Normarum*, definimos el contexto de amparo y la proyección de intereses generales que deben ser brindados, sin distinción alguna, para efectivizar derechos e involucrar a las sociedades en un marco de inclusión. Es así que se generan consecuentemente territorios proteccio-

nistas desde los diversos poderes públicos. En este orden de ideas, en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho,

la mayor eficacia en cuanto a la justa composición de un litigio se obtiene a partir de un delicado equilibrio entre la iniciativa de las partes —principio dispositivo— y el poder oficioso del juez —principio inquisitivo—, facultades de naturaleza distinta que operadas de forma coordinada deben concurrir en un mismo y único propósito: la solución justa y eficiente del proceso (Corte Constitucional, Sala Primera de Revisión, T-599, 2009).

La Corte Constitucional Colombiana, como salvaguarda de la supremacía constitucional, ha referido que «el proceso no es un fin en sí mismo, sino que se concibe y estructura para realizar la justicia y con la finalidad superior de lograr la convivencia pacífica» (Corte Constitucional, Sala Plena, C-095, 2001); sin embargo, estos enfoques idealistas, que esperamos que en la mayoría de las ocasiones no deriven en distopías, permiten generar dos preguntas precisas: ¿qué podemos entender por justicia? y ¿cómo alcanzaríamos sociedades armónicas y pacíficas en un proceso donde se formula una estructura de un gana-pierde?

En el contexto de coyuntura social y política en el que se encuentra Colombia a causa de un conflicto armado que perjudicó la confianza del administrador sobre la administración, el valor “unívoco” de la justicia atiende a percepciones subjetivas del sentir de cada habitante del territorio, contando con que existen diversas visiones de cómo sería un orden social justo en un territorio colapsado de injusticias. Asimismo, los derechos y su reclamación ante una instancia jurisdiccional son observados como actividades subversivas, contrarias, reprochables; es decir, quien acude ante un juez competente para la salvaguarda de diversas categorías de derechos es juzgado por la sociedad como si realizara una actividad altamente riesgosa.

El Estado colombiano, dentro de los fines propios ya contemplados a través del documento constitucional, deberá erradicar cualquier obstáculo de *iure* y de facto que impida efectivizar el rol del juez, así como lograr el fin último que atiende a los postulados de sociedades más justas y pacíficas; máxime cuando nos encontramos ante un juez que cumple funciones de constitucionalidad.

Ahora bien, frente a los temas de derecho procesal y frente a la figura que cumplen no sólo las partes interesadas en el desarrollo del proceso sino también el juez, se observa un juicio de hecho que se remite no solo a las fuentes de prueba que se reconstruyen, o a los medios usados para aportar estas fuentes al proceso, sino también al análisis probatorio obtenido de lo que presentan las partes. Para lo cual, el rol establecido para la actividad judicial «faculta no solo para la adopción de una rápida solución al asunto jurídico puesto a su jurisdicción, sino que, además, en razón de la necesidad de esclarecer la verdad de los hechos y garantizar una efectiva tutela de las garantías fundamentales» (Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión, T-074, 2018). Las cuales, en definitiva, serán el medio movilizador durante el proceso y buena parte de la motivación del fallo. Si revisamos el proceso desde la perspectiva inquisitiva: «se otorgaron al juez nuevas atribuciones en su condición de director del proceso» (Corte Constitucional, Sala Plena, C-086, 2016); ya que es el encargado de dar apertura al litigio y de finalizarlo mediante la sentencia, que se espera que sea el documento que permita aportarle a la creación del derecho, otorgando obligaciones y garantías a las partes inmersas en el mismo.

¿Qué riesgos presentaría entonces la prueba? En primer lugar, para evitar los riesgos se tendría que tener la certeza de que la parte que vincula la prueba al proceso, lo hace bajo los postulados de la buena fe y de que, además, el juez realizará una valoración fáctica adecuada. Pero, ¿Qué pasaría si ocurre todo lo contrario, que ni el juez, ni las partes actúen bajo las garantías propias que permitan la consecución de la justicia?

Para poder esclarecer estos interrogantes, podemos referirnos al desarrollo jurisprudencial que la Corte Constitucional ha llevado a cabo sobre la materia, refiriendo que las partes que concurren al proceso deben tomar una postura activa y no limitarse a la actuación del juez. «Las partes en el proceso deben cumplir con el deber de diligencia en lo que pretenden probar. Ninguna debe obrar con inercia porque ello causa que las consecuencias adversas de la decisión sean deducidas en su contra» (Corte Constitucional, Sala Octava de Revisión, T-733, 2013).

La actuación procesal no queda destinada, de manera exclusiva, a las partes o, en su defecto, al juez. El proceso deberá ser observado desde una balanza que apela al equilibrio y a las garantías para los intervinientes, donde —además del derecho que se pretende restablecer— se ponderen, se analicen y se controvertan las pruebas. Esto bajo los términos descritos que permitan disolver la controversia y emitir un fallo justo. Pues la Corte ha señalado en forma insistente que evadir el cumplimiento de las cargas procesales no es un criterio avalado por la jurisprudencia constitucional; «el desconocimiento de las responsabilidades de las partes en el proceso atentaría contra los mismos derechos que dentro de él se pretenden proteger y llevaría por el contrario a la inmovilización del aparato encargado de administrar justicia» (Corte Constitucional, Sala Plena, C-662, 2004).

Autorizar libremente el incumplimiento de las cargas procesales «llevaría al absurdo de permitir que se propenda por perseguir intereses a través de la jurisdicción sin limitaciones ni restricciones procesales, incluso alegando la propia culpa o negligencia» (Corte Constitucional, Sala Plena, C-662, 2004).

Por lo tanto, cuando nos referimos a las máximas populares como: “que se haga justicia” o “que se vaya para la cárcel a pagar la pena máxima” atribuimos juicios de valor sobre una conducta desplegada por un individuo, una conducta sobre la que aún no se conoce cuál será el análisis que el juez podrá realizar frente a las pruebas aportadas. En definitiva, la justicia propagada a través del fallo no arremete a una actuación meramente judicial; todos los intervinientes hacen parte del todo procesal y del todo justo. Por consiguiente, no se podrá desequilibrar la balanza al descargar toda la responsabilidad de crear derecho en el juez, puesto que él construye derecho desde lo que es aportado por las partes.

Sí, erramos al aducir que una ley se hace efectiva solo cuando se promulga desde una instancia competente; este tipo de concepciones nos remiten a un “juez boca de la ley” al que no se le permite pensar, interpretar y aplicar una disposición normativa en una situación fáctica concreta. Couture refirió que

la carga funciona, diríamos, à *double face*; por un lado, el litigante tiene la facultad de contestar, de probar, de alegar; en ese sentido es una conducta

de realización facultativa; pero tiene al mismo tiempo algo así como el riesgo de no contestar, de no probar, de no alegar. El riesgo consiste en que, si no lo hace oportunamente, se falla en el juicio sin escuchar sus defensas, sin recibir sus pruebas o sin saber sus conclusiones. Así configurada, la carga es un imperativo del propio interés (1958, pp. 211-213).

Como se ha expuesto, para implementar un orden social justo no se requiere solamente un proceder adecuado por parte de la institucionalidad en el marco de un proceso judicial; las partes comprometidas con la participación y democratización del proceso también deben aportar el material que les corresponda, atendiendo a la carga de la prueba. Se revisarán las «circunstancias prácticas que hacen más fácil para una de las partes demostrar la verdad o falsedad de ciertos hechos» (Corte Constitucional, Sala Plena, C-070, 1993), pues el traslado de las cargas probatorias «obedece a factores razonables, bien por tratarse de una necesidad lógica o por expresa voluntad del legislador, para agilizar o hacer más efectivo el trámite de los procesos o la protección de los derechos subjetivos de la persona» (Corte Constitucional, Sala Plena, C-070, 1993).

Remitirnos a la temática de la prueba, hace que tengamos que repensar lo que significa la verdad en el juicio. ¿Qué consecuencias acarrea el engañar al juez para disfrazar la verdad en el momento de hacer el análisis probatorio? Esto solo podría terminar en que bajo artimañas, posturas falaces y pruebas viciadas se obtuviera un interés particular, una decisión favorable ante el caso en concreto; lo que nos alejaría, no sólo de los principios y valores que deben desarrollar la parte procesal, sino de la ética. La Corte Constitucional, sobre la materia, ha referido que «las deficiencias probatorias que se alegan ante el juez de tutela deben tener la capacidad para incidir en el sentido de la decisión o, demostrar la distorsión que, con la omisión o la indebida valoración probatoria, se produjo frente a la verdad de los hechos» (Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión, T-074, 2018).

Por lo tanto, comprometer la verdad para favorecer expectativas particulares y vendar los ojos del juez para que no la pueda conocer, lesiona los bienes jurídicos que se intentan tutelar.

¿En qué termina un proceso judicial en el que las actuaciones desplegadas por el juez han sido el punto de partida para generar un

fallo desproporcional a las garantías establecidas? Es decir, cuando el mismo juzgador arremete en contra de derechos como la libertad y la dignidad humana. Casos de los que vemos titulares, en las noticias, como el siguiente: «Por llamarse igual que un hombre que traficaba drogas, era pedido en extradición» (Ámbito Jurídico. 13 de diciembre del 2012).

3. Condenados a ser inocentes

Para darle cuerpo a esta postura, en la que se desmiente la verdad absoluta del fallo emitido por el juez, se presentaron diferentes casos de los que haremos una sucinta referencia a continuación:

3.1. Primer caso

En Bogotá, vivía un René Martínez Gutiérrez que no era precisamente un narcotraficante, sino un administrador de empresas, padre de familia. El René bogotano planeaba abrir su propio negocio, por lo que tuvo que dirigirse a las instalaciones del DAS, para solicitar su pasado judicial (...) El día de la diligencia, 9 de noviembre del 2010, las autoridades le comunicaron que era solicitado por tráfico de drogas en Perú. Fue arrestado y permaneció una semana en los calabozos del DAS. Martínez alegaba que era inocente, que nunca había salido del país y que mucho menos había transportado droga (...) René Martínez permaneció casi dos meses en la cárcel de Cóbbita, por un delito que no cometió. Tuvo la mala suerte de llamarse igual a un narcotraficante, y se siente inseguro por el trato que el Estado les ofrece a los ciudadanos (Ámbito Jurídico. 13 de diciembre del 2012).

3.2. Segundo Caso

Los años de encierro en las cárceles de La Plata (Huila), La Modelo y la Picota en Bogotá fueron suficientes para reponerse del duro golpe de una equivocación judicial. Hoy, con su libertad a medias, con su vida a medias y con sus esperanzas a medias, Josué Ricaurte Chambueta, tolimense de 32 años de edad, dice que lo único que le queda es una revisión a su proceso para ponerle fin a su condena. Trágico suceso se presentó a eso de las siete de la mañana del miércoles 10 de octubre de 1990, en la vereda La Mercedes, jurisdicción de Paicol (Huila), cuando a esa hora se movilizaba un bus mixto (escalera o chiva) de servicio público afiliado a la empresa la Gaitana. Allí viajaba entre otros el señor Vicente Valencia Lemus. Al cruzar el puente que existe sobre el río Páez, en la margen derecha, salieron al paso tres sujetos, entre ellos una mujer, armados de revólver y escopeta, dos de ellos usando prendas de uso privativo de las fuerzas armadas y tiznados sus rostros. Además de obligar

al conductor a detener la marcha, procedieron directamente contra Valencia Lemus, a quien le causaron varias heridas con arma de fuego que le produjeron la muerte. Los sujetos se apoderaron de un bolso que contenía documentos y dinero en efectivo. Fueron testigos del hecho su hija Luz Deycy Valencia Páez, y el conductor del bus José Landazury Quiñones. El 19 de octubre en el barrio San Rafael de La Plata Huila, fui aprehendido por varios agentes y según la justicia, en mi poder me fueron encontrados un revólver calibre 38 largo con seis tiros y una chapuza color café, relata Josué (El Tiempo, 29 de agosto 2001).

3.3. *Tercer caso*

La trágica saga del campesino Ariel Gómez muestra una lacra de la sociedad colombiana que debe corregirse: el caso de los inocentes que, inicialmente considerados culpables, van a prisión, son liberados cuando se esclarecen los hechos y, sin embargo, no consiguen empleo, es decir, reciben un castigo social inmerecido y permanente consistente en que se les excluye de la economía monetaria. Esta clase de situaciones requiere solución y, de no proporcionarla el sector privado, debe hacerlo el Estado. ¿Cómo? Dándoles prioridad a estas personas en su nómina como, según entiendo, ocurre con los guerrilleros reinsertados (El Tiempo, 24 de julio 2000).

3.4. *Cuarto caso*

No tener en cuenta que durante la captura Alfonso Gutiérrez Malaver fue torturado por la Policía, no darles valor a las pruebas de la defensa y señalar al acusado de guerrillero por provenir de un pueblo acosado por las Farc. Estos fueron algunos de los errores en los que incurrió la Justicia y que llevaron a un inocente a la cárcel por 11 años, comenta el Ministerio Público. Los investigadores de la Policía utilizaron “métodos ilegales” para obtener información sobre los autores del atentado. En su afán de recopilar información, los uniformados torturaron a Gutiérrez Malaver y lo mantuvieron durante cuatro días privado de su libertad. Esto, a pesar de que fue expuesto por la defensa, nunca fue tenido en cuenta ni por el juez ni por la Fiscalía, aseguró el representante de la Procuraduría. Otro de los errores que cometió el ente acusador fue que únicamente estudió los elementos probatorios que demostraban la culpabilidad de Gutiérrez, y solo tuvo en cuenta lo que dijo Daza Cortés. Además, presentó como pruebas el registro de una serie de llamadas que Daza le hizo a Gutiérrez el día del atentado, sin saber el contenido de las conversaciones. «Diferente hubiera sido si las líneas telefónicas hubieran sido interceptadas y se escuchara que los dos hombres planeaban el atentado. Lo que existía era un registro de entradas y salidas de llamadas», comentó el Ministerio Público (Vanguardia, 11 de agosto de 2013).

En los casos anteriores se evidencian una serie de personas que fueron condenadas a ser inocentes, a recibir una sanción desproporcional por sus conductas, que nunca existieron y, a pesar de eso, así como estas personas, existen cientos en las prisiones. Pues, a través de un fallo que procede de una desproporcionalidad y de un inadecuado análisis probatorio terminan vulnerando uno de los derechos más trascendentales en la vida del ser humano: la libertad.

A la luz de lo propuesto, deberíamos empezar a ver a la justicia desde una óptica en la que, más que una balanza, sea transformada por la intervención de las autoridades competentes para hacer del proceso un estadio propicio para cultivarla. Una justicia de estas características podría representarse así:



Fuente: elaborada por la autora

Con esta estructura no se quiere evidenciar que el juez es quien tiene prevalencia sobre lo justo o lo injusto. En la ilustración, el juez se encuentra en una posición intermedia; por su parte, el legislador, desde que produce la norma, tiene la función de realizarla, no bajo intereses particulares, sino para un pueblo plural y heterogéneo que busca satisfacer sus necesidades y ver respetadas sus garantías. El juez, que crea derecho al aplicar el documento normativo, está en la obligación de precisar una sana crítica del material probatorio que se le presenta y, desde la proporcionalidad, la ponderación y la razonabilidad, debe emitir un fallo que exprese justicia, equidad y derechos. Finalmente, las partes cumplen un rol imprescindible dentro del proceso, son las encargadas de aportar los medios de prueba que les permitirán soportar sus argumentos y sus pretensiones. Sin embargo, cuando el legislador se aparta de su compromiso principal, de su compromiso legítimo, y crea una norma injusta; o cuando el juez falla de manera subjetiva y sanciona desconociendo la verdad de lo que se le presenta;

o, finalmente, cuando son las partes quienes aportan pruebas ilícitas: empieza a desequilibrarse la balanza y es aquí, solo en alguno de estos tres momentos, o en los tres, donde se puede hablar de injusticia.

Conclusiones

¿En qué se podría reparar la justicia? ¿Cuándo hablaríamos de verdad dentro de un proceso judicial? Tal vez, dentro del campo de las subjetividades, no siempre es posible que la balanza de la justicia pueda mantener el equilibrio. En alguna oportunidad, no solo serán las partes, sino que el juez o el legislador podrían llegar a perturbar el adecuado ejercicio de sus funciones; con lo que se incurriría en situaciones de injusticia, de inequidad y de violencia.

El juicio de hecho, presentado de una manera integral en la que los elementos imperantes dentro del proceso se ponen en evidencia para dar movilidad y activar principios, precedentes, leyes, constituciones y convenciones, armonizando los estamentos normativos desde una visión multinivel y concretando, desde los poderes del juez, los postulados propios de la justicia, llega a ser un punto de partida imprescindible para la decisión.

Nos encontramos en una evolución constante, los procesos actuales son causados por las transiciones a las que el ser humano ha sido llevado en medio de la sociedad globalizada. Los derechos fundamentales y los estamentos normativos que los contienen predominan y deben atender a los territorios, a las identidades y a las culturas, en vista de que la sociedad heterogénea no debe ser vista de manera única, sino universal y completa.

Debemos alejarnos de las verdades absolutas y ser conscientes de que depende de todos el compromiso por deconstruir un Estado Social que pueda repensar el derecho. El derecho no como una ciencia social alejada del ser humano, sino como una oportunidad para aportar a la sociedad, desde las garantías que se enmarcan en la dignidad del ser humano. Es importante que, desde esta consciencia, comencemos a materializar nuestro compromiso por alcanzar territorios armónicos que puedan llevar a cabo procesos de paz, de diálogo y de reconciliación. De lo contrario, terminaremos siendo

víctimas de lo que Kafka quiso representar en su obra: *El Proceso* (1999), todos terminaríamos siendo el señor K

—Pero yo no soy culpable —dijo K—. Es un error. ¿Cómo puede ser un hombre culpable, así, sin más? Todos somos seres humanos, tanto el uno como el otro—. —Eso es cierto —dijo el sacerdote—, pero así suelen hablar los culpables.

REFERENCIAS

- Ámbito Jurídico. (13 de diciembre del 2012). *Por llamarse igual que un hombre que traficaba drogas, era pedido en extradición*. Recuperado de: <https://www.ambitojuridico.com/noticias/penal/por-llamarse-igual-que-un-hombre-que-trafficaba-drogas-era-pedido-en-extradicion>
- El Tiempo. (29 de agosto 2001). *Condenado Inocente*. Recuperado de: <https://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-687134>
- El Tiempo. (24 de julio 2000). *Condenado Inocente*. Recuperado de: <https://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-687134>
- Couture, Eduardo J. (1958). *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. 3ra edición. Buenos Aires: Roque Depalma.
- Machado, Antonio (s.f.). *Proverbios y cantares LXXXV*. Recuperado de: <https://www.poesi.as/amach213.85.htm>
- Kafka Franz. (1999). *El proceso*. Editorial Panamericana.
- Ramírez Carvajal, Diana. (2009). *La prueba de oficio: Una perspectiva del proceso dialógico civil*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Taruffo, Michele. (2006). *Sobre las fronteras. Escritos sobre la justicia civil*. Bogotá: Editorial Temis.
- Vanguardia. (11 de agosto de 2013). *Cuando la Justicia Falla y Lleva a Prisión a un Inocente*. Recuperado de: <https://www.vanguardia.com/santander/region/cuando-la-justicia-falla-y-lleva-a-prision-a-un-inocente-FBVL220207>

REFERENCIAS JURÍDICAS

- Corte Constitucional. Sala Plena. (25 de febrero de 1993). Sentencia C-070. [MP: Eduardo Cifuentes Muñoz].
- (31 de enero de 2001). Sentencia C-095. [MP Jorge Gregorio Hernández Galindo].
- (27 de mayo de 2002). Sentencia C-426. [MP Rodrigo Escobar Gil].
- (08 de julio de 2004). Sentencia C-662. [MP Rodrigo Uprimny Yepes].
- (07 de junio de 2006). Sentencia C-454. [MP Jaime Córdova Triviño].
- (24 de febrero de 2016). Sentencia C-086. [MP Jorge Iván Palacio Palacio].
- Corte Constitucional. Sala Primera de Revisión. (28 de agosto de 2009). Sentencia T-599. [MP Juan Carlo Henao Pérez].

Corte Constitucional. Sala Tercera de Revisión. (02 de marzo de 2018). Sentencia T-074. [MP Luis Guillermo Guerrero Pérez].

Corte Constitucional. Sala Octava de Revisión. (17 de octubre de 2013). Sentencia T-733. [MP Alberto Rojas Ríos].

Corte Constitucional. Sala novena de revisión (08 de septiembre de 1998). Sentencia T-476. [MP Fabio Morón Díaz].

La creación judicial del derecho mediante la decisión judicial: “sueño o verdad en el desarrollo el proceso penal”

Alexander Paniagua Galeano

Abogado Titulado, Especialista en Derecho Penal, Magister en Derecho Penal. paniaguapenal@gmail.com

Este artículo aborda los temas de la creación judicial del derecho mediante la decisión judicial basado en conceptos narrados por el maestro Michele Taruffo en su libro *Sobre las fronteras, escritos sobre la justicia civil* (2006) contiene conceptos conocidos por la comunidad académica a cerca de la legalidad y la justificación de la creación judicial del derecho, ubicando al juez como actor principal de la escena en el proceso de la justicia civil, creación que se descubre a partir de sus decisiones de carácter particular, en el nuevo modelo de Estados de derecho, soportado en principios y garantías procesales.

Se analiza el sistema procesal penal colombiano de la Ley 906 de 2004, y normas como 1142 de 2007, la 1453 de 2011, la 1474 de 2011, la 1709 de 2014 y la 1773 de 2016 se han encargado, cada vez más, de reducir el margen de maniobra del juez en el proceso penal (el acto de creación en caso concreto). Esto quiere decir que el poder punitivo del Estado se ha desbordado, sin importar los postulados del nuevo Estado de derecho, generando el desbalance de los derechos fundamentales y de las garantías procesales de los investigados, de los imputados, acusados y condenados.

Se advierte que la existencia de normas que en su interior contiene artículos que han generado desigualdad en los procesos penales y vulneración sistemática de los derechos y garantías procesales, además de restarle validez a la Constitución Política de 1991 (Estado Social de Derecho) y a normas internacionales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en nuestra región de América.

Finalmente se describe la estructura de la decisión judicial: Un acto creador, peligro de discrecionalidad, racionalidad, congruencia y justificación con criterios de universalidad.

1. Apuntes sobre la legalidad y justificación de la creación del derecho

Cuando se aborda el texto: *Sobre las fronteras. Escritos sobre la justicia civil*, puede comprenderse que existe una estructura procesal sólida, una estructura que podríamos asemejar con el portal de hierro de una vieja casa olvidada en el suroriente antioqueño: cuyas estructuras cuentan con más de 100 años y aún se encuentran en servicio, y, aunque la mayoría de ellas ha sido restaurada, no pierden su esencia, su fortaleza ni su presencia; que es la que da inicio y fin a un buen hogar tradicional. Así es como el maestro Michele Taruffo (2006) define el poder del juez al interior del proceso, que no es otra cosa diferente a la facultad de elección entre una o varias posibles alternativas de decisión.

La existencia, entre las funciones del juez, de un elemento determinante como lo es el poder, lo faculta para tomar las decisiones con amplio margen de discrecionalidad, permitiéndole la creación de la decisión final. Es allí donde alcanza su esplendor el poder del juez.

Con relación a este, Taruffo describe un proceso denominado: subsunción del hecho en la norma:

Como lo ha iluminado con especial claridad el análisis hermenéutico de la decisión judicial, la escogencia de la norma aplicable y la determinación de su significado sucede en directa conexión dialéctica con la determinación de los hechos jurídicamente importantes; por otra parte esta determinación de los hechos acaece en función de la norma que el juez considera aplicable y del significado (guiado por las referencia de los hechos) que se asigne a la norma (2006, p. 179).

Otro concepto que es desarrollado por el jurista italiano es el de la creación que, a la luz del proceso, no es otra cosa que lo plasmado en la decisión final del juez. El fundamento de dicho acto en la demostración del hecho, depende del ejercicio de importantes poderes discrecionales por parte del juez. En este sentido, podemos advertir que los medios dependen del proceso y que este, a su vez, depende de múltiples factores de tipo cultural, étnico, social y económico. Como bien lo mencionaba Diana Ramírez (2019), el proceso — en su esencia— es uno y no cambia, sin importar los procedimientos que se impongan o las jurisdicciones donde se aplique.

Por otro lado, el autor Oscar Chase señala que

Si el derecho es el oráculo desde el cual el juez adivina las normas con las que sentencia, ¿Qué ha de hacer cuando los hechos son controvertidos? La legitimidad del sistema depende tanto de la averiguación de los hechos como de las propias normas (2011, p. 65).

Este pequeño recuento me remite, de manera inexorable, al pasado, por lo que haré un breve hueco negro en la redacción de este artículo para ambientar la lectura. En este sentido, expondré un caso de mi experiencia como funcionario judicial que encaja de manera brillante en el concepto de creación del juez dentro del proceso.

Para el año 2012, estando en uno de mis primeros encargos como Juez Penal Municipal en la ciudad de Medellín, mediante asignación del reparto de la oficina judicial, el despacho tuvo conocimiento de una acción de tutela interpuesta por una señora de avanzada edad, cuyo grupo familiar estaba integrado por una persona discapacitada y por un menor de edad. Lo que quiere decir que existían, en aquel proceso, tres sujetos de especial protección constitucional:

la Corte Constitucional ha señalado como sujetos de especial protección a los niños y niñas, a las madres cabeza de familia, a las personas en situación de discapacidad, a la población desplazada, a los adultos mayores, y todas aquellas personas que por su situación de debilidad manifiesta los ubican en una posición de desigualdad material con respecto al resto de la población; motivo por el cual considera que la pertenencia a estos grupos poblacionales tiene una incidencia directa en la intensidad de la evaluación del perjuicio, habida cuenta que las condiciones de debilidad manifiesta obligan a un tratamiento preferencial en términos de acceso a los mecanismos judiciales de protección de derechos, a fin de garantizar la igualdad material a través

de discriminaciones afirmativas a favor de los grupos mencionados (Corte Constitucional, Sala Octava de Revisión, T-736, 2013).

Nótese cómo el alto tribunal colombiano, máximo órgano constitucional del país, crea una subcategoría de reglas y conceptos que se armonizan con el derecho internacional y que obligan al juez a la protección de las personas que cuentan con características especiales y que merecen un trato especial o de igual entre iguales. Esta jurisprudencia ha sido reiterada desde los años 1990 y, con el transcurrir del tiempo, ha permitido al juez realizar, en sus decisiones, verdaderos actos de creación mediante los poderes discrecionales. Volviendo al relato, después de que recibimos la tutela y de que integramos en debida forma la *Litis*, procedimos a confirmar —mediante testimonios e inspección— que el lugar en el que vivían estas personas carecía de agua potable y que, efectivamente, estaba teniendo lugar una vulneración a derechos fundamentales como el de la vida digna, el de la salubridad pública y otros. En este sentido, la decisión fue ordenar al Estado, en cabeza del ente municipal, la conexión del servicio público básico, con el propósito único de restablecer los derechos menoscabados.

Por otro lado, Taruffo (2006) también nos habla de «[I]os peligros del árbitro dentro del proceso», cuando aclara que el juez es un sujeto autónomo. Esta autonomía se considera nociva para las decisiones emitidas por el juez, cuando se fundamentan únicamente en reglas o en códigos que resuelven conflictos particulares *inter partes*; la crítica que hace el autor se basa en que esta autonomía es abstracta y excesivamente formalista. En cambio, propone que lo que debería ser la fuente de las decisiones son factores tales como la raza, la etnia, el sexo, la religión, entre otros criterios que permitan garantizar las necesidades —de manera exclusiva— a grupos o sujetos discriminados que se encuentren involucrados en procesos judiciales.

Michele Taruffo describe cómo el juez, al momento de tomar su decisión en casos *inter partes*, podría experimentar sensibilidad directa con los sujetos especiales determinados por la norma, como en el caso descrito en el párrafo anterior. Concomitante aparece el concepto de Estado-Nación, en relación a que

El juez como juez de Estado determinado, estaba acostumbrado a decidir solamente según el derecho propio del Estado (...) La dimensión supranacional de

situaciones jurídicas cada vez más numerosas (basta pensar en la aplicación directa de las reglas comunitarias por los jueces nacionales) obliga al juez a salir cada vez más frecuentemente del esquema del ordenamiento nacional para tener en cuenta normas de dimensión transnacional (Taruffo, 2006, p. 183).

En este orden, es de vital importancia detenernos y analizar el concepto de bloque de constitucionalidad que, en palabras del tribunal de cierre de la justicia constitucional en Colombia, se definió

(...) como aquella unidad jurídica compuesta por normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional *strictu sensu* (Corte Constitucional, Sala Plena, C-067, 2003).

Veremos cómo este concepto se incorporó, mediante diversos artículos, en la Constitución Política (1991, 2009, Leyer) :

Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los Estados de excepción, prevalecen en el orden interno". El concepto de bloque de constitucionalidad desde su semántica no tiene dificultad para su lectura normativa, pero al momento de ejercerlo en la práctica por los jueces en cada uno de sus procesos, encontramos que no existe una aplicación clara y concreta para resolver los diversos litigios de los ciudadanos al interior del Estado.

Un proceso deductivo de tipo descriptivo, permitiría dar total credibilidad a las afirmaciones del Maestro Taruffo; pues en el nuevo tipo de Estado, que es modulado por los principios universales o por los derechos humanos, el juez —cada vez más— estructura su decisión por principios fundamentales y garantías procesales internacionalmente válidos.

El concepto de la "Justicia de la Decisión", tratado por el autor italiano, señala la existencia de tres elementos necesarios para poder hablar de justicia en la decisión judicial. En este sentido, esta decisión debe 1) ser el resultado final de un procedimiento en el cual hayan sido respetadas las garantías procesales, 2) debe estar fundamentada en una comprobación verídica de los hechos controvertidos y 3) debe ser el resultado de una correcta interpretación aplicativa de las normas pertinentes en el caso concreto (Taruffo, 2006). Esta afirmación,

estructurada desde los cimientos del proceso, está claramente creada bajo el modelo del nuevo Estado social de derecho. Por otro lado, podemos afirmar —de manera certera— que no existe una verdad real o una verdad material, pues es claro que la decisión judicial se basa en la reconstrucción de unos hechos que ya han pasado y que incluso han desaparecido, motivo por el cual se afirma que estaríamos en presencia de una verdad relativa o de una verdad con respecto a la que solo se podría hacer una comprobación verídica fundamentándose en el soporte de la valoración racional de las pruebas disponibles.

Esta justicia en la decisión podrá tener lugar, si la adecuación de la interpretación de la norma que debe aplicarse al caso concreto (...) aquí se habla de una especie peculiar de interpretación encaminada a la aplicación de la norma en el contexto de una específica decisión judicial. Esto implica que la interpretación/aplicación de la norma o sea la determinación de la *regula iuris* que fundamenta la decisión, cumpla por lo menos dos requisitos, que podríamos definir como coherencia interna y como universalizabilidad (Taruffo, 2006, p. 187).

Otro concepto importante es el de “la congruencia de la decisión”, en el que se habla de la relación que existe entre «los fundamentos de la decisión y los criterios que definen las condiciones de su posible inserción» (p. 191). El juez no puede agotar su decisión solo en la aplicación al caso concreto para resolver el conflicto, ya que la decisión judicial debe ser cultural y socialmente aceptada: la cultura se ve reflejada en la decisión.

La existencia de la congruencia del juicio de hecho y del juicio de derecho son los elementos esenciales para la decisión judicial. Se entienden por congruencia del juicio de hecho: «los criterios en función de los cuales el juez valora las pruebas y construye las inferencias que lo conducen a la comprobación final de la verdad de los hechos del caso y por congruencia del juicio de derecho específico: Las premisas jurídicas del orden general a las cuales el juez debe hacer referencia» Taruffo (2006). Se advierte que el juez construye su decisión mediante la comprobación de los hechos haciendo uso de máximas generales o la universalidad de criterios válidamente aplicados.

Es aquí donde cobra una vital importancia el precedente, que se aplica de manera general y reiterada en los llamados Estados modernos, tal como lo describe Taruffo (2006). Pues los precedentes judiciales son las expresiones de las decisiones de las altas cortes de

los países, son el método mediante el cual se incorporan decisiones individuales en un contexto más amplio para desarrollar los valores de igualdad, de coherencia y de continuidad. Con lo que se obtiene como resultado la seguridad jurídica y con lo que se permite la congruencia en la decisión judicial que da paso a la seguridad social. De esta manera el precedente puede ser abandonado por el juez, mediante razones de peso que permitan evidenciar la aceptación y congruencia en su decisión.

Finalmente, es importante mencionar el análisis del jurista italiano con relación a la justificación de la decisión. Luego de abordar los conceptos de los precedentes, de la creación del juez y de la discrecionalidad, es importante resaltar que la unión de cada uno de ellos se convierte en los límites y en el control intrínseco y social que se le puede hacer a la decisión emitida por el juez. Sin lugar a dudas, la creatividad y la discrecionalidad son los conceptos que permiten que el juez elabore su mejor decisión; una decisión que se soporta en las pruebas adecuadamente valoradas con el fin de lograr la reconstrucción de los hechos.

La motivación de las providencias es el escenario perfecto para que el juez pueda darle a conocer a las partes, y a los intervinientes, su conocimiento: los elementos seleccionados para emitir la decisión, el porque toma la decisión y selecciona determinadas herramientas, argumentos, precedentes, y no otros. Esta valoración dará legitimidad a su decisión ante el proceso y la sociedad.

2. Uso de la legalidad y justificación de la creación judicial del derecho en el proceso judicial

Los conceptos que hemos estudiado hasta aquí analizan la actividad judicial del juez en cualquier tipo de proceso. Ya hemos dado cuenta de que mediante el poder creador del juez se llega al final del camino procesal que es la sentencia, pero para trajarinar dicho camino el juez deberá vencer todo tipo de obstáculos e incluso utilizar su máximo poder de instrucción para siempre caminar en línea directa.

En el proceso penal, previsto en la Ley 906 de 2004 (del cual me ocupare en este capítulo), el juez está invitado como actor prin-

cial incluso desde la etapa de indagación e investigación preliminar, pues es concebido —en el Estado social de derecho— como protector de los derechos fundamentales y de las garantías procesales de las partes e intervinientes. Enarbolando en gran medida su discrecionalidad y apoyando así la creación de sus decisiones desde la etapa inicial. Un ejemplo claro es cómo en el capítulo II del Código de Procedimiento Penal, el legislador señala la existencia de actuaciones que requieren autorización judicial previa para su realización (Ley 906, 2004, art. 246). En la definición normativa, puede notarse que existen actividades en desarrollo de la investigación por parte de la Fiscalía General de la Nación que implicarán posibles afectaciones de derechos y garantías fundamentales, y que únicamente podrán llevarse a cabo con previa autorización del juez de control de garantías.

Existen actuaciones en el desarrollo de la investigación, como la inspección corporal, la obtención de muestras que involucren al imputado, la interceptación de comunicaciones o la búsqueda selectiva en bases de datos, que —mediante el poder de escogencia discrecional— el juez puede aplicar a cada caso en concreto teniendo los postulados constitucionales como filtro directo a su decisión. Es allí donde juega un papel vital el nuevo Estado de derecho, pues el mismo se auto-regula mediante un concepto práctico denominado *el límite del poder punitivo del Estado*. Este concepto está compuesto por principios moduladores de la actuación del legislativo y del ejecutivo en materia penal como el de la legalidad, el de la proporcionalidad, el de la culpabilidad, el de la intervención mínima, entre otros.

Es en torno a estos principios que comienzan a generarse diferentes dificultades en el acto de creación del juez en su decisión y, como bien lo explicó la Doctora Ramírez (2019), los principios soportan todo lo que el intérprete quiera deducir de ellos, todo lo que el lector pueda interpretar —a diferencia de las leyes que son expresas, concretas y tácitas en la mayoría de ocasiones—; por lo tanto, cuando el juez con funciones de control de garantías realiza la selección de las normas de tipo constitucional y las lleva a dar legalidad o no para su decisión y cuando la fiscalía pretende realizar su investigación, mediante cualquiera de las diligencias previstas para investigar la causa penal, es el Estado —a través del poder judicial— quien se

limita a sí mismo. Pero, ¿qué pasa si el juez no tiene una estructura personal y profesional garantista o si no sigue los lineamientos y postulados de la Constitución?¹.

En la decisión del juez siempre estará contenido el riesgo de que el poder discrecional, y la escogencia subjetiva y arbitraria, desborden la práctica judicial que día a día se enfrenta a diversos casos. Esto representa una gran dificultad para el proceso judicial actual y, en especial, para la Ley 906 de 2004. Cuando se habla de "La justicia de la decisión", se habla de garantizar que luego de que el juez conozca los hechos, debe valorarlos conforme a las normas y a los principios aplicables a cada caso en concreto. En este sentido, se puede afirmar que se obtiene la justicia merecida en cada caso. Como lo manifestaba el maestro Taruffo (2006), la garantía de la justicia es la racionalidad de la decisión judicial, no el simple hecho de aplicar —como una maquina— el silogismo judicial a las decisiones.

Ahora bien, uno de los principales dilemas en la discrecionalidad de los actos del juez, en el proceso penal —tanto del juez con funciones de control de garantías como el juez de conocimiento—, es que se antepone a ese acto creador el poder punitivo del Estado que se desborda en aspectos vitales del proceso penal. Aspectos como los de las medidas cautelares, los de los beneficios y los de los subrogados penales; esto impide a plenitud que el poder creador del juez pueda garantizar los actos discrecionales, impidiendo así que la decisión judicial sea válidamente aceptada en su estructura y en sus resultados de manera exterior. Tal y como veremos a continuación:

Leyes como la 1142 de 2007 la 1453 de 2011, la 1474 de 2011, la 1709 de 2014 y la 1773 de 2016 se han encargado, cada vez más, de reducir el margen de maniobra del juez en el proceso penal (el acto de creación en caso concreto). Esto quiere decir que el poder punitivo del Estado se ha desbordado, sin importar los postulados del

1 «Esta Corporación ha señalado que los límites constitucionales al ejercicio de la potestad punitiva del Estado pueden ser explícitos e implícitos. Como límites explícitos se han identificado la prohibición de la pena de muerte (art. 11); el no sometimiento a desaparición forzada, torturas, ni a tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes (art. 12); la prohibición de las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación (art. 34); entre otras. En cuanto a los límites implícitos, se ha destacado que el legislador penal debe propender por la realización de los fines esenciales del Estado como son los de garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes constitucionales, y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo» (Corte Constitucional, Sala Plena, C-108, 2017).

nuevo Estado de derecho, generando el desbalance de los derechos fundamentales y de las garantías procesales de los investigados, de los imputados, de los acusados y de los condenados. Como lo señala el Código Penal: las personas que sean investigadas por delitos como extorsión, concierto para delinquir agravado, entre otros, no tendrán beneficios procesales (Ley 599, 2000, art. 68).

En el derecho penal colombiano existe un principio fundante: la igualdad, que se aplicará a las personas sin tener en cuenta consideraciones diferentes a las establecidas en la ley. El funcionario judicial tendrá especial consideración cuando se trate de valorar el injusto, la culpabilidad y las consecuencias jurídicas del delito en relación con las personas que se encuentren en las situaciones descritas en el inciso final del artículo 13 de la Constitución Política (Const., 1991). Por lo tanto, el legislador —al prohibir toda clase de rebajas y beneficios a las personas que incurran en las conductas penales antes descritas— limita el proceso de subsunción al momento de adecuar los hechos probados a las normas que se ajustan al caso en concreto. Más aun cuando este tipo de normas incorporan conceptos como el derecho penal de autor, que decide en atención a la personalidad en comisiones anteriores, lo que hace más gravosa la situación del investigado; esto es un gran tropiezo en materia procesal que impide la real aplicación del acto creador del juez en materia penal.

Esta previsto en la Constitución Política de 1991 que «toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley» (Const., 1991, art. 28). En este sentido, en cuanto a la captura en flagrancia, la persona detenida será puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis horas siguientes, para que éste adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley. En ningún caso podrá haber detención, prisión, ni arresto por deudas, ni penas o por medidas de seguridad imprescriptibles (Const., 1991, art. 28).

El desarrollo legal de la Ley 906 de 2004 también consagra que las personas capturadas en flagrancia tendrán solo $\frac{1}{4}$ del beneficio de

que trata el artículo 351 (Ley 906, 2004). Lo que permite afirmar que la persona capturada mediante una orden judicial —como lo dispone el postulado constitucional— podrá tener una rebaja del 50%, mientras que aquella que sea capturada en flagrancia solo podrá ser favorecida con una rebaja de una $\frac{1}{4}$ parte. Nótese cómo se restringe el acto de creación del juez, al impedir el proceso de subsunción y cómo se vulnera el derecho fundamental a la igualdad en materia penal.

No podemos olvidar otro de los conceptos analizados por el Maestro Taruffo (2009): el "precedente". Este puede entenderse como un principio orientado a fortalecer la decisión del juez que se fundamenta en lo que hayan emitido las cortes u órganos de cierre de las jurisdicciones. En el caso colombiano, el precedente se ha convertido en sofisma de distracción para evadir el cumplimiento de los fines del Estado de derecho actual, pues existe una gran diversidad de decisiones y una altísima variedad de conceptos sobre un mismo problema jurídico.

Durante el año de 2017, se creó el nuevo procedimiento penal especial abreviado (Ley 1826, 2017) en donde se cubre la omisión legislativa adeudada hacía décadas frente al tratamiento de las conductas punibles contravencionales, aquellos delitos llamados de "bagatela". En este procedimiento existe la captura en flagrancia, al igual que en la Ley 906 de 2004, pero al momento de las rebajas en esta etapa primigenia del proceso, se estableció que en aplicación al principio de favorabilidad —en materia penal— la rebaja podría ser hasta de la mitad de la pena (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, SP-1763, 2018). Herramienta que estaba prohibida en el sistema acusatorio penal; esto es un ejemplo más de la inseguridad jurídica que brindan los órganos de cierre en materia jurisprudencial.

Los anteriores aspectos procesales, en materia penal, considero que son algunos tropiezos que impiden aplicar en debida forma el acto de creación del juez y que impiden emitir una decisión aceptada al interior del proceso y dentro de la sociedad en general.

3. Reflexiones en el proceso actual

La legalidad y la justificación de la creación judicial del derecho, en el proceso actual colombiano, vive una realidad completamente

diferente en la praxis. Considero que esto no ha sido causado por el sistema normativo, sino por la precaria capacitación y por los métodos académicos con los que se habilitan los funcionarios; toda vez que, desde la implementación de la carta política de 1991 y con la nueva concepción de Estado social de derecho, se incluye un grupo vertebral de derechos fundamentales y garantías procesales que permiten el juez implicar normas que van en contravía de la constitución.

Diríamos que la excepción de inconstitucionalidad, definida como una facultad o posibilidad (o, si se quiere, como una herramienta) de los operadores jurídicos, no tiene que ser alegada o interpuesta como una acción; pero se configura igualmente como un deber, en tanto las autoridades no pueden dejar de hacer uso de ella en los eventos en que detecten una clara contradicción entre la disposición aplicable a una caso concreto y las normas constitucionales. «En consecuencia, esta herramienta se usa con el fin de proteger, en un caso concreto y con efecto *inter partes*, los derechos fundamentales que se vean en riesgo por la aplicación de una norma de inferior jerarquía y que, de forma clara y evidente, contraríe las normas contenidas dentro de la Constitución Política» (Corte Constitucional, Sala Plena, SU132, 2013).

De la anterior definición se puede extraer una afirmación clara y concreta que apoya el concepto de creación del juez mediante la decisión judicial: el juez sí es creador de derecho mediante la decisión emitida y fundamentada en pruebas que reconstruyen los hechos. Puesto que el juez tiene la facultad de garantizar la protección de los derechos fundamentales que, mediante las normas, puedan ser vulnerados en cada caso en concreto, en cada conflicto de interés, en cada proceso penal, civil, laboral, administrativo, policivo, etc.

Ahora bien, según la Doctora Diana Ramírez (2009) «[y]a en el Estado actual, el mismo Estado se regula». Esto es cierto y puede ser confirmado en la práctica. No solo existe el poder punitivo del Estado, sino también los derechos fundamentales y las garantías procesales que no permiten que tengan lugar los peligros del árbitro dentro del proceso actual. Cuando el juez ejerce su poder creador en el momento de la interpretación y de la aplicación de la norma para cada caso con-

creto, está aplicando en debida forma los poderes discrecionales que siempre estarán limitados por la norma Constitucional.

Por otro lado, la justificación en la decisión del juez debería aplicarse en el proceso constitucional actual, siendo la motivación que está implícita en todas y cada una de las decisiones, situación que se garantiza mediante el uso efectivo de los recursos al interior del proceso en el cual existe pronunciamiento por parte de otro juez que puede adecuar o corregir la decisión emitida por juez inicial.

Para ayudar al ejercicio del derecho en plenitud, a la decisión del juez, su acto creador, y al proceso, es justo volver a analizar el concepto del precedente en la decisión judicial que, en Colombia, ha perdido su valor real. Esto se debe a que este concepto cambia junto con los periodos de los Magistrados que, en nuestro caso, son de ocho años; lo que impide la creación de reglas y subreglas claras que perduren en el tiempo y lo que hace que se genere inseguridad jurídica. De acuerdo con esto, es necesario modificar el periodo de los magistrados de altas cortes, siguiendo los pasos del Tribunal Supremo de Justicia de los Estados Unidos, donde los jueces asociados (ocho) —nombrados por el tribunal— sirven de por vida y solo pueden ser destituidos por el congreso y mediante un proceso de impugnación, aunque también pueden renunciar a su cargo por voluntad propia. La racionalidad, como elemento orientador y determinante, debe ser limitada por el juez al momento de emitir la decisión mediante el acto creador, esto para que la discrecionalidad no se convierta en arbitrariedad al interior del proceso.

Para finalizar con este apartado, quisiera permitirme plasmar un ejemplo práctico en materia de la jurisdicción penal ordinaria, en el que el Juez Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías puede decretar pruebas de oficio con el fin garantizar los derechos fundamentales de las partes y de los intervinientes. Esto hace parte del desarrollo del poder material que tiene lugar en el *civil law* desde una de las vertientes: la dirección material del proceso; que responsabiliza al juez para que ordene la prueba que pueda ser requerida para la decisión (Ramírez, 2009, p. 180).

Conclusiones

Es probable que la función desempeñada por el juez, al interior del proceso, tenga una doble connotación; pues cumple funciones de creador y de controlador. Su participación, en el proceso actual, está garantizada no solo por la ley, sino por los principios y garantías constitucionales en relación directa con el Estado de derecho actual o con el Estado social de derecho.

Es esencial, para desarrollar el poder creador del juez, la existencia de la norma que este selecciona para aplicar en cada caso en concreto y mediante el ejercicio de los poderes discrecionales se buscará la mejor alternativa para resolver el conflicto original. Por lo tanto, se puede afirmar que siempre mediante el método de la subsunción (que es la adecuación de los hechos a la norma luego de un proceso hermético de interpretación) se puede alcanzar justicia en la decisión.

Por otro lado, queda claro que la comprobación de los hechos es un elemento esencial en el acto de creación. Pues cuando ya han sido corroborados mediante los medios de prueba que se practican en el interior del proceso, apoyan la racionalidad de la decisión judicial.

En síntesis, el poder creador del juez deberá contener unos límites materiales que le darán validez al interior del proceso frente a las partes e intervinientes y, de manera externa, también le darán legitimidad social y cultural a la decisión. Además es claro es que el autor edifica al interior de la decisión judicial un esquema similar a:

ACTO CREADOR	PELIGRO DE DISCRECIONALIDAD	RACIONALIDAD	CONGRUENCIA	JUSTIFICACIÓN
JUSTIFICACIÓN DE LA DECISIÓN				

REFERENCIAS

- Chase G., Oscar. (2011). *Derecho, Cultura y Ritual. Sistemas de resolución de controversias en un contexto intercultural*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.
- Ramírez, Diana. (2009). *La Prueba de Oficio: Una perspectiva para el proceso dialógico civil*. Bogotá: Publicaciones Externado.
- (2019). *Aula Científica del Derecho*. Universidad Externado de Colombia. [Curso Presencial].
- Taruffo, Michele. (2006). *Sobre las Fronteras. Escritos sobre la justicia civil*. Bogotá: Témis.

REFERENCIAS JURÍDICAS

- Colombia. *Constitución política de la República de Colombia* [Const.]. (20 de julio de 1991). Recuperado de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html
- Colombia. Congreso de la República. (24 de julio de 2000). Por la cual se expide el Código Penal. [Ley 599 del 2000]. DO: 44.097
- (01 de septiembre de 2004). Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. [Ley 906 de 2004]. DO: 45.658
- (28 de junio de 2007). Por medio de la cual se reforman parcialmente las Leyes 906 de 2004, 599 de 2000 y 600 de 2000 y se adoptan medidas para la prevención y represión de la actividad delictiva de especial impacto para la convivencia y seguridad ciudadana. [Ley 1142 de 2007]. Reduperado de <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=25620>
- (24 de junio de 2011). Por medio de la cual se reforma el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal, el Código de Infancia y Adolescencia, las reglas sobre extinción de dominio y se dictan otras disposiciones en materia de seguridad. [Ley 1453 de 2011]. DO: 48.110
- (07 de julio de 2011). Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública. [Ley 1474 de 2011]. DO: 48.128
- (20 de enero de 2014). Por medio de la cual se reforman algunos artículos de la Ley 65 de 1993, de la Ley 599 de 2000, de la Ley 55 de 1985 y se dictan otras disposiciones. [Ley 1709 de 2014]. DO: 49.039
- (06 de enero de 2016). Por medio de la cual se crea el artículo 116A, se modifican los artículos 68A, 104, 113, 359, y 374 de la Ley 599 de 2000 y se modifica el artículo 351 de la Ley 906 de 2004. [Ley 1773 de 2016]. DO: 49.747
- (12 de enero de 2017). Por medio de la cual se establece un procedimiento penal especial abreviado y se regula la figura del acusador privado. [Ley 1826 de 2017]. DO: 50.114

Colombia. Corte Constitucional. Sala Plena. (04 de febrero de 2003). Sentencia C-067. [MP: Marco Gerardo Monroy Cabra].

— (13 de marzo de 2013). Sentencia SU-132. [MP: Alexei Julio Estrada].

— (23 de febrero de 2017). Sentencia C-108. [MP: Luis Ernesto Varga Silva].

Colombia. Corte Constitucional. Sala Octava de Revisión. (17 de octubre de 2013). Sentencia T-736. [MP: Alberto Rojas Ríos].

Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. (23 de mayo de 2018). Sentencia SP-1763. [MP: José Luis Barceló Camacho].

Análisis de la justicia de las decisiones judiciales desde los criterios de valoración propuestos por Michelle Taruffo

Oscar Andrés Menjura Cuervo

Abogado, especialista en derecho procesal, especialista en filosofía del derecho y teoría jurídica.
oscarmenjura1986@hotmail.com

Este trabajo pretende analizar esos tres criterios y agregar un elemento más que consideramos de imprescindible acopio debido al brote de corrupción que oscurece la función judicial en el país. Para lograr ese cometido, es preciso conceptuar a cerca de lo que ha de entenderse por justicia para los fines de este trabajo, partiendo de enunciados generales del término; luego, descenderemos sobre lo que es, en general, una decisión judicial y, específicamente, sobre lo que podría considerarse una decisión judicial justa.

La justicia de la decisión judicial no es medible desde la perspectiva de los criterios generales de justicia. Asignar la justicia a una autoridad minimiza el impulso de justicia por mano propia, siempre y cuando haya confianza en que la autoridad definirá el conflicto con imparcialidad, con una conducta inequívocamente dirigida a la obtención de lo correcto. La justicia, en el escenario de un proceso judicial, está relacionada con factores emocionales, es decir, parte de juicios de valor subjetivos de los contendientes procesales. Un sesgo psico-cognitivo puede dirigir erróneamente una decisión, el juez que no sea consciente de este trastorno bien puede resolver conflicto en derecho, pero su decisión no va a ser justa a la luz de los estándares generales de la teoría de la decisión de Michele Taruffo.

Introducción

¡La decisión del juez en ese caso fue injusta! ¿Cuántas veces hemos escuchado esta queja? En los pasillos de los edificios de la judicatura, en las aulas de las universidades, o en las oficinas de abogados. La sociedad tiene una profunda antipatía hacia las decisiones judiciales. Esto gracias a la idea de injusticia que es producto, quizás, de los juicios de reproche negativos de los que han experimentado la “dureza” del sistema; por ello, hay quienes justifican la desobediencia al derecho basándose en la falta de justicia de las decisiones judiciales que, en su criterio, son sesgadas, arbitrarias o están parcializadas.

En Colombia salta a la vista la desconfianza que se tiene con relación a las decisiones de los jueces, y no es para menos, pues en los medios de comunicación se presentan titulares como: El cartel de la toga (El Tiempo, 07 de junio de 2018); Nuevo caso de corrupción revive escándalo por pagos en procesos (El Tiempo, 16 de mayo de 2018); Cobros por libertades en la justicia penal, ya van casi 100 capturas por casos de corrupción en la justicia (El Tiempo, 22 de agosto de 2017); esta es información que, sin duda, puede derrumbar la credibilidad de cualquier aparato judicial.

Los jueces colombianos administran justicia bajo la lupa de la sociedad y de los medios de comunicación. Sin embargo, la que se tiene es una perspectiva que está empañada por las actuaciones de algunos togados que torcieron su camino y que, con ello, resquebrajaron la esperanza de justicia del pueblo colombiano: tan azotado y tantas veces defraudado por sus servidores públicos. De ahí que los jueces y magistrados honestos, que desean cumplir con la función que se les defirió, deban emplear —en cada una de sus decisiones— una seria rigurosidad: develar al público general cuáles fueron sus razones para decidir de tal o cual manera en un caso concreto; en una palabra, deben motivar. Todo este esfuerzo justificativo se podría alcanzar si se siguen los estándares de justicia que son, en alguna medida, aceptables.

Michelle Taruffo, en el libro intitulado *Sobre las fronteras. Escritos sobre la justicia civil*, propone tres criterios de valoración para determinar si una decisión es justa o no. Estos criterios son

los siguientes: «1) corrección de la escogencia y de la interpretación de regla jurídica aplicable al caso; 2) comprobación confiable de los hechos importantes del caso y 3) empleo de un procedimiento válido y justo para llegar a la decisión» (Taruffo, 2006, p. 203).

1. Una aproximación a la idea de justicia:

En la antigüedad, la justicia era considerada como una virtud superior de hombres sabios. Algunos, como Aristóteles (Aristóteles, 2004, p. 103), la definieron como el justo medio o la justa medida, un punto en la mitad de un defecto por un lado y de un exceso por el otro. Hubo quienes la enlazaron con el concepto de felicidad: Platón, por ejemplo, afirmó que solo el justo es feliz y el injusto es desgraciado (Platón, 2004, pág. 257). Desde otra mirada, Jeremías Bentham consideró como justo aquello que reportase la mayor felicidad posible para el mayor número de individuos, postura utilitarista (Citado en Kelsen, 2005, pp. 10-17).

Para Amartya Sen: «lo que nos mueve, con razón suficiente, no es la percepción de que el mundo no es justo del todo, lo cual pocos esperamos, sino que hay injusticias claramente remediabiles en nuestro entorno que quisiéramos suprimir» (Sen, 2012, p. 11); se trata aquí de identificar lo correcto de lo incorrecto en cada situación específica e intentar hacer lo adecuado para evitar infligir un mal a causa de una injusticia. Desde otro panorama, H.L. Hart advirtió que la justicia consiste en tratar por igual los casos que son parecidos en sus supuestos fácticos (Hart & Carrió, 1961, p. 159), el filósofo del derecho no concibe el hecho de que se le asignen consecuencias jurídicas distintas a casos análogos.

Como vemos, hay en la actualidad una gran diversidad de definiciones acerca de lo que es la justicia, vista desde diferentes perspectivas y en diferentes épocas; sea cual sea la idea de justicia que se tenga, la humanidad ha intentado repeler su antagonista: la injusticia, en este sentido convenimos con E. Couture en lo que sigue:

[E]n el hombre primitivo, no sólo primitivo en la edad histórica sino también primitivo en la formación de sus sentimientos e impulsos morales, la reacción contra la injusticia aparece bajo la forma de la venganza. El primer impulso del alma rudimentaria es la justicia por mano propia. Sólo

a expensas de grandes esfuerzos históricos ha sido posible sustituir en el alma humana la idea de la justicia por mano por la idea de justicia a cargo de la autoridad (1988, p. 17)

Asignar la justicia a una autoridad minimiza el impulso de justicia por mano propia, siempre y cuando haya confianza en que la autoridad definirá el conflicto con imparcialidad, con una conducta inequívocamente dirigida a la obtención de lo correcto. Para Taruffo:

por regla general, en efecto, quien piensa en las decisiones de los órganos judiciales no piensa en decisiones cualesquiera, casuales o arbitrarias, o mucho menos injustas, sino que piensa, o al menos espera, que los jueces decidan “según justicia” las controversias que les son sometidas (Taruffo, 2006, p. 199).

A contrario sensu a lo que opina el profesor, creemos que sí es posible que una sociedad desconfíe de las decisiones de los órganos judiciales. Verbigracia, en Colombia, aspectos como la morosidad judicial y las noticias sobre corrupción en todos los niveles de la rama judicial no solo generan un descontento; sino que, con ello, se derrumba por completo la credibilidad en el aparato judicial.

Por lo anterior, los jueces administran justicia bajo la lupa de la sociedad y de los medios de comunicación, dado que, los colombianos no creen en la justicia de las decisiones judiciales. De ahí la importancia de identificar los problemas subyacentes en la relación justicia – decisión judicial. Todo esto con el propósito de elevar un esfuerzo justificativo que se enderece a cumplir, en lo posible, con estándares de justicia, en alguna medida aceptables.

El problema subyace, como lo menciona Taruffo, en que la justicia de la decisión judicial no es medible con fundamento en los criterios generales de justicia que se esbozaron líneas atrás, pues califica esas definiciones como criterios «demasiado vagos o generales» (Taruffo, 2006, pág. 203), en este sentido es que propone que «la decisión judicial no ha de ser justa según criterios de justicia, sino según la ley» (Taruffo, 2006, pág. 205). Sin embargo, esta última afirmación notoriamente derivada de un positivismo jurídico riguroso, también puede ser rebatida. Puesto que el hecho de que una decisión vista desde un flanco teórico emerja como justa, no implica que no pueda ser apreciada, desde otra perspectiva, como injusta; es en este sentido que los criterios generales de justicia no son pertinentes para calificar las decisiones de una autoridad.

Por otro lado, el postulado más importante de la escuela del derecho libre es «que el juez debe buscar la justicia del caso concreto consultando el sentimiento de justicia de los ciudadanos» (Barón, 2018, p. 15). Este enunciado de la escuela del derecho libre es ambicioso en su pretensión de que el juez consulte el sentimiento de justicia de los ciudadanos; sin embargo, en un caso concreto en el que resultan intereses contrapuestos y se acude al juez para que lo dirima, puede que la idea de justicia que tenga cada uno de los litigantes sea que se le crea su versión de los hechos y que se le declare triunfador en el *dossier*. Esto es así porque, para la gente, la justicia es aquello que se presenta deseable porque satisface sus intereses personales; es decir, lo justo es correcto porque es conveniente, así resulte desventajoso para otros. En un proceso entran en oposición dos o más intereses y, en la sentencia, el juez ha de decidir cuál de ellos debe prevalecer sobre el otro. Esto quiere decir que no es posible la realización de ambos, salvo, claro está, que se haga uso de mecanismos de auto-composición del conflicto; si ello no ocurre, es inevitable la asunción de una de las dos tesis con el fin de desatar el problema.

Como ya dijimos, la justicia, en el escenario de un proceso judicial, está relacionada con factores emocionales. De manera que el profesor Taruffo (2006) acertó al proponer criterios objetivos de valoración de la justicia en la decisión judicial y al no tener en cuenta la recomendación de la escuela del derecho libre, puesto que las definiciones generales de la justicia se presentan como vagas y difusas para alcanzar una teoría de la decisión justa.

De acuerdo con el tratadista, los tres criterios para valorar la justicia de la decisión judicial tienen las siguientes características:

1. Deben considerarse “estándares generales”, más no “criterios específicos”, de cuya combinación puede emerger si una decisión es justa o, cuando no lo es;
2. Los citados criterios no son definibles en términos rigurosos porque remiten a nociones de grado;
3. Para que la decisión sea justa, ninguno de los tres valores puede ser inferior a un nivel mínimo que se considera aceptable (p. 203)

Los parámetros de medición tienen entre si una relación de necesidad más que de suficiencia, los tres son necesarios y no es suficiente solo la aparición de alguno de ellos para que, en principio, pueda decirse que la decisión es justa. En contraposición, la ausencia de uno o dos de los tres criterios convierte de entrada en injusta la decisión. Por ejemplo, en un sistema interpretativo de teoría lingüística, es decir, en el positivismo riguroso, la sola elección de la norma –junto con la interpretación literal que de ella haga el juzgador– conduce a una decisión justa; sin embargo, en la propuesta de Taruffo, esta labor no se agota con la elección e interpretación de la norma, sino que, además, han de comprobarse los hechos importantes del caso y ha emplearse un procedimiento válido y justo antes de arribar a la resolución de fondo del caso.

Por otro lado, el autor resalta que los aludidos criterios de identificación de la decisión justa no son reglas ni conceptos, los equipara a principios o valores carentes de especificidad. Esto es así porque cada pauta de valoración está guiada por un contexto jurídico (teórico-práctico), político o social determinado.

Los criterios no son medibles en términos de (sí) o (no), es decir, el uso de los tres juicios valorativos no arroja, en sentido estricto, una respuesta detallada y explícita en términos de extremos opuestos. Tales herramientas son equiparables a una escala de tonos que van desde notoriamente injusta a palpablemente justa. El escalafón puede ir en orden ascendente o descendente, progresivo o regresivo, según el nivel de intensidad de cada uno de los tres criterios. Para desarrollar este análisis, Taruffo utiliza la metáfora de los colores: «con todos los pasos graduales de un color a otro y las infinitas variaciones y tonalidades que se sitúan entre los extremos del espectro» (p. 206); esto para precisar que la aludida escala no está compuesta por números (de mayor a menor) sino que es pluricromática. De esta manera, el analista se ubicará en una coloración intensa si en la decisión se atendieron los (3) criterios: la correcta elección de la norma y la acertada interpretación de la misma; la comprobación exhaustiva y confiable de los hechos relevantes del caso; y el empleo de un proceso válido y justo. Es este caso, la decisión sería catalogada como justa. *A contrario sensu*, si con mediana pericia se aplican las pautas anteriores o si en el

análisis se echa de menos alguno(s) de los criterios, el analista habrá de situarse en la parte media del escalafón; si así lo hace, la decisión será más o menos justa o, injusta, en el último caso, en el que la tabla, siguiendo con la metáfora de los colores, es pálida.

Es área de justicia, en la escala planteada, cuando los tres criterios valorativos se sitúan en un nivel diferente al mínimo de la escala. Desde ya puede concluirse que la rigurosidad en la obediencia de los criterios es directamente proporcional a la justicia de la decisión, o lo que es lo mismo: a mayor sujeción a los estándares de justicia, más justa será la decisión y viceversa.

2. El concepto de decisión judicial

Decisión proviene del latín *decisio*: una determinación o resolución que se toma en una determinada cosa. Por lo general, la decisión inicia o finaliza una situación (Merino, 2010), desde una visión psicológica, la decisión es el producto final de un proceso mental-cognitivo de un individuo (Dávila Martínez, 2002). Amalgamando estas dos posturas, se tiene que una decisión es el resultado de un proceso mental de un individuo que, después de ser exteriorizada producirá un cambio de estado o la variación de una situación determinada.

Entre tanto, la decisión judicial es una determinación provisional o definitiva cualificada por el sujeto que la emite, es decir, juez unipersonal o colegiado. En este sentido, el sujeto investido con la autoridad para administrar justicia atraviesa por un proceso mental-cognitivo que tendrá que exteriorizar en una providencia (auto o sentencia) para darle solución a un asunto.

3. Análisis de los criterios de justicia de la decisión según Michelle Taruffo

1) Corrección de la escogencia y de la interpretación de la regla jurídica aplicable al caso

En palabras de Carnelutti

el juez, por lo menos cuando es juez de derecho, debe tender un puente entre la ley y el hecho, como lo hace el intérprete de una partitura musical al convertir

en sonidos los signos con que el compositor expresó su idea (...) suele llamarse interpretación también a la explicación de la norma jurídica (...) (1989, p. 71).

Interpretar el derecho como quien interpreta una partitura musical indica que el intérprete debe respetar la coherencia del derecho y velar por su integridad, no son admisibles los conceptos respecto de una norma que desoigan su razón de ser, sin justificación racional y razonada de su desatención; pues la norma no está exenta de transgredir postulados superiores, en cuyo caso, por excepción, puede desoírse su contenido literal.

De manera que, queda proscrita toda interpretación que pretenda movilizar los principios inquebrantables del ordenamiento jurídico-legal. El aplicador de normas debe elegir, dentro del marco de posibilidades válidas y legítimas, aquella norma que mejor se relacione con el tema de prueba del litigio y con los supuestos fácticos relevantes del caso. Con todo lo extenso que es el derecho, el juez debe encontrar el conjunto de enunciados normativos que se ajusten como la mejor solución al caso concreto.

La escogencia de la norma no es más que la aplicación de la disposición correcta al contexto adecuado, es cuestión de pertinencia, de conducencia y de efectividad de la norma elegida; es decir, que los hechos relevantes del caso se subsuman en el supuesto de hecho del enunciado normativo por el cual se opta y que, con la consecuencia jurídica derivada de la disposición, se le dé solución al asunto.

Hay quienes abogan —en la doctrina— porque la interpretación de la norma logre la aceptación de la mayoría de los integrantes de la comunidad a la que va dirigida; con todo, la interpretación debe hacer ver en su mejor luz el derecho, así sea que esta se haga desde la zona de penumbra de la misma norma, por su indeterminación.

2) Comprobación confiable de los hechos importantes del caso

La función judicial con relación al análisis de las pruebas de un proceso puede equipararse a la función de un arqueólogo, que busca hurgar en el pasado para reconstruir la mejor versión de los hechos. Para Francesco Carnelutti: el juez es un historiador, debe escudriñar en las pruebas para hallar los rezagos de una época antecedente, un acontecer que se le presenta fraccionado a través de la versión de las

partes que están divididas por su pugna y que esperan la asunción de su interés por encima del de su contraparte, de ahí la denominación de “parte” (Carnelutti, 1989, p. 65).

Siguiendo a Carnelutti, tenemos que diferencia entre *juicio de existencia* y *juicio de valor*. El primero tiende a establecer lo que ha sido y, el segundo es en el que el juez establece lo que será. En otras palabras, el juicio de existencia —en un proceso— atañe a la comprobación confiable de los hechos importantes del caso; mientras que el juicio de valor consiste en la búsqueda y aplicación de las consecuencias de regla jurídica elegida conforme a los supuestos de hecho comprobados por el juzgador.

La comprobación confiable de los hechos importantes del caso tiene el problema de que, cuando las pruebas aportadas al proceso no son suficientes para reconstruir la verdad real, el juez no puede hacer un juicio de existencia completo. En ese caso, el juez debe excluir las hipótesis que no tengan asidero probatorio suficiente para su asunción y optar por una(s) nueva(s) hipótesis, de acuerdo con los elementos de prueba recaudados. Lo importante aquí es que se elija la hipótesis que resulte no solo plausible sino demostrable.

3) Empleo de un procedimiento válido y justo para llegar a la decisión

Para Carnelutti (1989), el proceso es un camino cuyo inicio tiene lugar cuando alguien llama a la puerta del juez y le pide justicia. Si la posibilidad de acudir a una autoridad para que esta dirima un conflicto de intereses surgió como una manera alternativa que buscaba repeler la justicia por propia mano y siendo el proceso la vía civilizada para poner fin a la controversia, ¿podría ser el proceso injusto? El proceso no puede ser injusto, el conjunto de etapas que lo componen tienen que asegurar un escenario de contradicción, publicidad y duración razonable; de esta manera, los intervinientes experimentarían el acompañamiento del sistema judicial en la resolución de su conflicto. El proceso debe ser garantía de una tutela judicial efectiva, en los términos del artículo segundo del Código General del Proceso (2012, p. 1); además, los jueces deben orientarse y orientar la lid hacia el objetivo de establecer la verdad y la justicia. Esto se mani-

fiesta de forma imperativa en el artículo quinto de Ley 906 de 2004, todo esto, en aras de cumplir con los postulados del debido proceso descritos en el artículo 29 de la Constitución Nacional (1991).

Colombia, a partir de la entrada en vigencia de la Ley 1564 de 2012 –Código General del Proceso–, tiene procedimientos más expeditos y sumarios, y con menos formalidades que los que traían los procesos del antiguo Código de Procedimiento Civil. La reforma constituye un gran avance para disminuir la morosidad judicial en la resolución de los asuntos, lo que claramente era un sinónimo de impunidad y de injusticia. No obstante, es necesario crear conciencia –en los servidores judiciales– acerca de las bondades del sistema y es necesario educarlos en técnicas procesales que coadyuven con la finalidad del litigio, pero que no sean dispendiosas. La eliminación de ciertas formalidades o, de ritualidades en el escenario de la hetero-composición del conflicto, genera un procedimiento justo o, por lo menos, tiende hacia él.

4) Valoración de justicia de la decisión judicial

El criterio que propongo resulta imperceptible y, por tanto, es difícil de medir con los niveles de gradación que propone Taruffo. No es un criterio que pueda verse desde la lectura aislada de la sentencia. Bajo mi criterio, una lectura adecuada es aquella que se lleva a cabo entendiendo que el ente decisor es humano, es aquella en la que el analista puede percibir que las verdaderas razones para acoger una determinada postura podrían estar implícitas en la psique de juez o que la decisión pudo haber sido tomada con base en sesgos o torceduras cognitivas. De manera que, es necesario plantear los siguientes interrogantes: ¿Podría analizarse el comportamiento judicial? O, mejor, ¿puede un juez ser predecible en el proceso de toma de decisiones judiciales, sabiendo que esas decisiones pudieron haber sido tomadas a partir de sesgos cognitivos que se adhieren a la mente del decisor por influencias emocionales?

Desde la óptica del empirismo radical, Jerome Frank opina que «la decisión del juez resulta de una reacción subjetiva a estímulos diversos» (citado en Millard, 2016, p. 146) Qué tal si pensamos que esos estímulos proceden de su interior o, mejor aún, de su psique:

esa parte no consciente que almacena toda una variedad de sesgos arraigados desde antaño por experiencias personales y sociales.

Thaler (Thaler, 2016) y Khaneman (Kahneman, 2019) desarrollaron la teoría de los sesgos cognitivos con el fin de explicar que las decisiones económicas que se toman a diario pueden ser predecibles, porque se procesan en la mente bajo el engaño de los sesgos o torceduras del pensamiento que condicionan la forma de pensar del individuo. Entonces estimo que puede trasplantarse la teoría de los sesgos cognitivos al ámbito de lo jurídico, para determinar —desde el campo de la psicología cognitiva— el porqué de las decisiones que toma el juez y la forma en la que su mente procesa la información que recibe desde el inicio y hasta el final de la lid que dirige.

En el derecho no hay una única respuesta correcta, y es este hecho el que abre la posibilidad de que el acto de concretización que el juez elige para zanjar el asunto que se le antepone, puede tener como asidero incipiente un sesgo; aunque después de hacerse explícita la decisión, el emisor busque justificaciones jurídicas que secunden su determinación. De esta perspectiva es viable inferir que aquella decisión que ha sido guiada por los sesgos cognitivos de su creador, ha de ser menos justa que aquella que no tuvo esa influencia. Esto podría tener lugar si el funcionario bloquea las torceduras cognitivas de su pensamiento para emitir una decisión transparente y consecuente con la realidad particular del caso. Con lo anterior se quiere decir que es posible que intervengan —en la toma de la decisión judicial— influencias emocionales que pueden llegar a definir la controversia. Permitir que esto ocurra resta justeza a la decisión judicial e incluso podría llegar a causar que los criterios propuestos por el profesor Taruffo (2006) acabaran siendo herramientas explicativas a favor de la respuesta dada por los sesgos ínsitos en la mente del juzgador.

Ahora bien, podría pensarse que en un sistema oral que pugna por la toma de una decisión ante un auditorio que reclama una decisión justa, puede surgir del subconsciente del decisor una respuesta sesgada a una controversia del diligenciamiento y que, aunque se mimetice tras el velo de la motivación —deber de todo pronunciamiento—, la información subyacería manipulada, influenciada y probablemente mal interpretada. Nótese que un sesgo psicocognitivo

puede dirigir erróneamente una decisión, el juez que no sea consciente de este trastorno puede que resuelva el conflicto en derecho, pero su decisión no va a ser justa a la luz de los estándares generales de la teoría de la decisión que propone M. Taruffo.

El ideal es que el juez sea consciente de los sesgos que aplica de manera automática en sus decisiones y los cauterice con la reflexión imparcial y sobria de una persona que no toma decisiones para sí, sino para otro o, inclusive, para una sociedad. No obstante, lo que revela la teoría de Thaler (Thaler, 2016, pág. 35) es que el ser no siempre actúa racionalmente a la hora de la elección de una alternativa. Sin embargo, dicha racionalidad en la toma de decisiones es requisito inescindible para la justeza de la decisión.

Conclusión

El concepto de justicia en la decisión judicial es problemático de por sí, pues lo que es justo para uno, en una situación similar, es injusto para otro. No por ello debe abandonarse la tarea de intentar delimitar aquellos rasgos que, sin ser suficientes, serían necesarios para que una decisión judicial pueda considerarse más o menos justa o más o menos injusta. Fue esta la tarea del profesor Taruffo, su propuesta elabora tres criterios mínimos para poder considerar justa una decisión judicial. En este trabajo se propuso, desde la perspectiva de una teoría psicológica de la decisión judicial, un cuarto elemento para tener en cuenta en la valoración de justedad: los sesgos psicocognitivos.

La decisión judicial es una declaración de voluntad del juez, no obstante, ha de tender —en la mayor medida posible— a ser justa. La decisión judicial debe autocorregirse con la elección e interpretación de la norma adecuada para el caso; con la comprobación de los hechos relevantes; con la aplicación de un proceso válido y justo, y con la conciencia del juez de que, como ser humano, tiene sesgos cognitivos que pueden influir en las decisiones que toma y que, por tanto, debe contrarrestar su influencia para poder tomar una decisión limpia, libre de prejuicios privados.

Lo anterior es de suma importancia, dado que resulta infructuoso todo esfuerzo que pretenda la paz si las decisiones judiciales no generan confianza en la sociedad. Como sistema, la administra-

ción de justicia está en la obligación de forjar en los asociados la seguridad suficiente para que, ante una controversia, no opten por la justicia por mano propia.

REFERENCIAS

- Barón Barrera, Guillermo A. (2018). *Ensayos sobre la decisión judicial*. Medellín: Editorial Leyer.
- Carnelutti, Francesco. (1989). *¿Cómo se hace un proceso?* Bogotá: Editorial.
- Couture, Eduardo. (1988). *Introducción al estudio del proceso civil*. Buenos Aires: Ediciones Depalma.
- El Tiempo. (22 de agosto de 2017). *Ya van casi 100 capturas por casos de corrupción en la justicia*. Recuperado de <https://www.eltiempo.com/justicia/delitos/capturas-por-casos-de-corrupcion-judicial-en-colombia-hasta-agosto-122096>
- (16 de mayo de 2018). *Cuatro claves para entender el caso del ‘cartel de la toga’*. Recuperado de <https://www.eltiempo.com/justicia/investigacion/casos-de-corrupcion-en-la-rama-judicial-y-cortes-217884>
- (07 de junio de 2018). *Nuevo caso de corrupción revive escándalo por pagos en procesos*. Recuperado de <https://www.eltiempo.com/justicia/delitos/que-fue-el-cartel-de-la-toga-y-quienes-son-los-investigados-227456>
- Millard, Éric. (2016). *Teoría general del derecho*. Bogotá: U. Externado de Colombia.
- Hart, H. L. A., & Carrió, G. R. (1961). *El concepto de derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Kelsen, Hans. (2005). *¿Qué es la justicia?* México D.F.: Distribuciones Fontamara S.A.
- Sen, Amartya. (2012). *La idea de justicia*. Madrid: Editorial Taurus.
- Taruffo, Michele. (2006). *Sobre las Fronteras. Escritos sobre Justicia Civil*. Bogotá: Temis.
- Aristóteles. (2004). *Ética Nicomaquea*. Bogotá: Ediciones Universales.
- Platón. (2004). *La República*. Bogotá: Ediciones Universales.
- Merino, Julián. *Definición de decisión*. Disponible en: <https://definicion.de/decision/>
- Dávila Martínez, José Francisco Javier. (2002). *Psicología Cognoscitiva*. México: Thomson.
- Thaler, Richard. (2016). *La psicología económica*. Bogotá: Planeta Colombiana S.A.
- Kaneman, Daniel (2019). *Pensar rápido, pensar despacio*. Bogotá: Debolsillo.

REFERENCIAS JURÍDICAS

Colombia. *Constitución política de la República de Colombia* [Const.]. (20 de julio de 1991). Recuperado de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html

Colombia. Congreso de la República. (01 de septiembre de 2004). Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. [Ley 906 de 2004]. DO: 45.658

— (12 de julio de 2012). Por la cual se expide el Código General del Proceso. [Ley 1564 de 2012]. Bogotá. Legis.

Apuntes para una teoría de la decisión judicial justa desde el pensamiento de Michele Taruffo. La justicia como anhelo de la verdad en el proceso civil

Ana Elizabeth Quintero Castellanos

Docente de la Fundación Universitaria Juan de Castellanos, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas Internacionales. Magister en Derecho con énfasis en Derecho Procesal, Universidad Externado de Colombia; Especialista en Derecho Constitucional y Derecho Administrativo, Universidad del Rosario; Especialista en Derecho Comercial, Universidad Libre y Especialista en Derecho Procesal Civil, Universidad Externado de Colombia. qana420@gmail.com

En este artículo se analiza el tema relativo a la teoría de la decisión judicial justa expuesto por Michele Taruffo. Para ello se abordará, en primer lugar, el estudio del significado de justicia y el de decisión justa en el ámbito del derecho y, en especial, en el proceso civil; a la par, se analizarán los elementos de la teoría de la decisión judicial justa que son: 1) Corrección de la escogencia y de la interpretación de la regla jurídica aplicable al caso; 2) Comprobación confiable de los hechos importantes del caso; 3) Empleo de un procedimiento válido y justo para lograr la decisión; y se estudiarán los aspectos problemáticos que plantea la decisión justa; en segundo lugar, se discutirá el uso de la teoría de la decisión justa en el proceso judicial; en tercer lugar, se analizarán los fines o la función que cumple el tema de la teoría de la decisión justa, dándole un enfoque prevalente a los principales tropiezos en su aplicación; finalmente, se presentarán las conclusiones del escrito.

Introducción

En este escrito se abordará el estudio de los siguiente problemas jurídicos: de acuerdo con Michele Taruffo, ¿es posible plantear una teoría de la decisión judicial justa en el proceso civil? En caso afirmativo: ¿cuáles serían sus elementos?, ¿qué problemas plantea el uso de esta teoría?, ¿cuáles son los fines o la función que cumple esta teoría? y ¿cuáles son los principales tropiezos en su aplicación? Como dice Diana María Ramírez, «la prueba se ha convertido, para el estudioso del derecho contemporáneo, en la más importante de las herramientas del proceso» (2017, p. 13).

La teoría de la decisión judicial justa expuesta por Taruffo, en su obra *Sobre las Fronteras, Escritos sobre la Justicia Civil*, es indudablemente un importante aporte al derecho procesal civil contemporáneo, pues en ella se busca fundamentar la decisión judicial a partir de tres elementos: la regla jurídica aplicable al caso concreto, la comprobación confiable de los hechos importantes del caso y el procedimiento válido y justo. Este desarrollo teórico hace que tengan que reevaluarse los conceptos tradicionales de justicia y de decisión justa, planteando una nueva teoría que no solo permite un mejor entendimiento del tema, sino que también es un importante aporte en la construcción de las decisiones justas por parte de los jueces. Esto podría llegar a borrar las fronteras entre los sistemas judiciales.

A continuación se presentan cada uno de los temas relacionados en el resumen del artículo.

1. Concepto de una decisión judicial justa

El concepto de una decisión judicial justa formulada por Michele Taruffo, en su escrito *Sobre las Fronteras, Escritos sobre la Justicia Civil*, se ocupa de analizar las «Ideas para una teoría de la decisión justa» (2006, pp. 199-212) y se refiere a la justicia de las decisiones judiciales como un requisito indispensable de las mismas.

En primer lugar, afirma que «existen numerosos criterios generales de justicia sustancial» (p. 199). En este sentido, Aristóteles «distinguía por ejemplo entre justicia distributiva y justicia correctiva» (citado en Taruffo, 2006, p. 199), posteriormente «la historia de la cultura

jurídica y política occidental es rica en definiciones de criterios de justicia más diversos» (p. 199), pero estos criterios no parecen fácilmente aplicables a la decisión judicial. En igual sentido, Belén Ureña Carazo manifiesta que «la decisión judicial no hace referencia a un concepto unívoco sino (...) conforme a la postura jurídica, filosófica y sociológica que se adopte» (González, Samper & Zapata, 2013, párr. 121).

En segundo lugar, se dice que la decisión judicial no ha de ser justa según criterios sustanciales de justicia, sino según la ley; «de tal manera que la justicia de la decisión no podría sino coincidir con su legalidad o legitimidad, o sea con su conformidad con la regla del derecho positivo aplicable al caso individual» (Taruffo, 2006, p. 200). Pero, se agrega que esta posición «implica la reducción de la justicia a la ley, y del derecho, al derecho positivo vigente en cierto lugar y en un momento dado» (p. 200). Esta tesis del positivismo jurídico riguroso no es aceptada por muchos. Por otro lado, «la reducción de la justicia de la decisión a su conformidad con normas» (p. 200), se dice que parece demasiado simplista y menguada, si bien la legalidad es un requisito indispensable de la decisión judicial, no es la única condición suficiente de su justicia.

En tercer lugar, el autor italiano sostiene que, por las dificultades que se plantean, al no poderse hablar de justicia sustancial de la decisión, algunos proponen la noción de la justicia procesal como único criterio de valoración. Así sería justa la decisión que deriva de un «proceso justo» (p. 200). Pero esta definición no define nada, y pospone el problema cambiándole los términos: «para saber si una decisión es “procesalmente” justa, sería preciso en efecto definir cuáles son las condiciones generales que se requieren para que se pueda tener un proceso justo» (p. 200), lo cual no es sencillo. Después de eso, sería necesario verificar si es justo el proceso particular que ha producido aquella decisión, lo cual es más difícil, además, esta definición implica una concepción «fuertemente reductivista de la justicia de la decisión» (p. 201), deformada por la idea de que la decisión es el resultado de un procedimiento. Esta posición implica, en otros términos, renunciar a evaluar si una decisión es o no justa por su contenido o por los efectos que produce, y se limita a la manera en la que se ha desarrollado el proceso que ha llevado a esa decisión.

Se concluye que las definiciones de la justicia de la decisión son, en amplia medida insatisfactorias, reductivistas, unilaterales y provistas de escasa eficacia explicativa. Por lo tanto, se plantea la necesidad de dejar de lado el escepticismo radical y de adoptar una hipótesis distinta de trabajo que tenga en cuenta las dificultades en que incurrir muchas definiciones corrientes de la justicia de la decisión judicial, para poder permitir que se elabore una teoría confiable de la justicia de la decisión judicial.

1.1. Los elementos de la teoría de la decisión judicial justa

Para superar los problemas que presenta la intención de definir la decisión judicial justa, Michele Taruffo (2006) propone una teoría de la decisión justa que se fundamenta en la existencia de un conjunto de tres criterios que deben ser concurrentes para que la decisión sea justa y que son los siguientes: «a) corrección de la escogencia y de la interpretación de la regla jurídica aplicable al caso; b) comprobación confiable de los hechos importantes del caso; c) empleo de un procedimiento válido y justo para llegar a la decisión» (p. 203).

Cuadro No. 1. Decisión judicial justa del caso

	1. Regla jurídica aplicable
La decisión judicial justa del caso	2. Comprobación confiable hechos importantes
	3. Procedimiento válido y justo

Fuente: Elaboración propia

Señala Taruffo que los criterios antes indicados, como constitutivos de la justicia de la decisión, se caracterizan por no estar definidos analíticamente, cada uno de ellos es bastante vago: «se trata de estándares generales más bien que de requisitos específicos, de principios más que de reglas particulares, o —si se quiere— de valores más bien que de conceptos rigurosos» (p. 205). Dentro de las razones que explican la generalidad de estos criterios, se dice que obedecen, por un lado, al hecho de que tales criterios son todos relativos a contextos, «por tanto, ninguno de ellos puede ser definido en términos precisos y absolutos» (p. 205).

Por otro lado, los criterios examinados no son definibles en términos rigurosos porque remiten a nociones «de grado» (p. 206), «ellos corresponden a escalas de valores en las que entre dos polos extremos existen numerosas posiciones intermedias» (p. 206). Se dice que allí se oscila entre los extremos, en un lado: la injusticia y, en el otro, el grado relativamente máximo de la justicia. Entonces hay que pensar en gradaciones en términos de «más o menos justo» (p. 206), se explica que no se trata de gradaciones cuantitativas, ni mucho menos representables en escalas numéricas, sino que se parece más a un espectro de colores.

Lo anterior tiene validez con relación al «criterio de la correcta escogencia e interpretación de la norma que el juez utiliza para decidir en derecho» (Taruffo, 2006, p. 206), en el que se sostiene que «La corrección de la interpretación está en función de los estándares y los métodos de interpretación del derecho que se consideran válidos y aceptables en un contexto determinado, así como del modo en que son aplicados concretamente al caso particular» (p. 206).

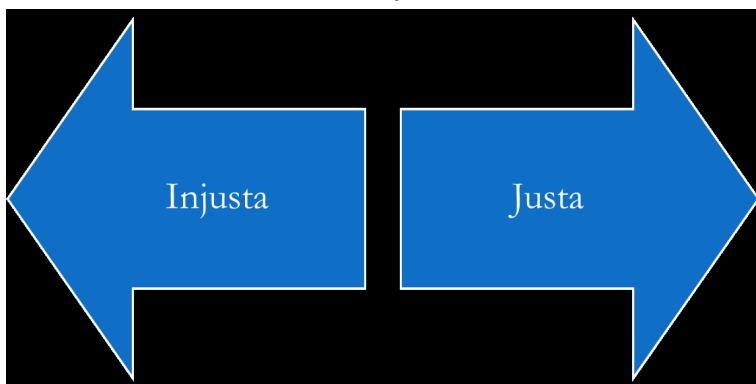
Pues bien, en esencia se presentan los mismos problemas a propósito de la «comprobación de los hechos» (p. 207), y se agrega que:

De un lado, el grado de veracidad o de confianza de la decisión de los hechos que el juez adopta en el momento de la decisión depende del método probatorio que es empleado, de la amplitud y credibilidad del material probatorio disponible y de otros numerosos factores inherentes a la valoración de las pruebas que constituyen la base para el juicio de hecho. De otro lado, el juicio sobre la veracidad de los enunciados relativos a los hechos de la causa no es expresable nunca en términos absolutos de verdadero/falso, sino solo en términos de mayor o menor “grado de confirmación” que las pruebas obtenidas atribuyen a cada hipótesis de hecho (p. 207).

Por último, se dice que se pueden hacer consideraciones similares con relación a la corrección del proceso. «Este criterio es relativo al contexto de los modelos procesales que se consideran apropiados en una determinada cultura jurídica y en cierto momento histórico» (p. 207). Se afirma que, «[p]or otra parte, los sistemas procesales actuales son fuertemente diversificados sea porque tienen estructuras diferentes sea porque realizan en distintas medidas los principios de “justicia procesal”, sea porque

tienen distinta funcionalidad y eficiencia como métodos para preparar buenas decisiones» (p. 207). Finalmente, se agrega que se puede imaginar la posibilidad de determinar un modelo de proceso relativamente ideal, o sea aquí y ahora, «pensado en un sistema en que se maximicen las garantías fundamentales y se adopten las mejores técnicas para la preparación de la decisión» (pp. 207-208) y, en el otro extremo, en el grado más bajo de la escala, «se podría colocar los tipos de proceso en que faltan las garantías fundamentales» (p. 208) y no aseguran las condiciones mínimas para el logro de decisiones no erróneas o arbitrarias.

Grafico No. 1. Grados de justicia de la decisión



Fuente: Elaboración propia

En síntesis, Taruffo propone una teoría de la decisión justa que se fundamente en la existencia de tres criterios que deben ser concurrentes: a) corrección de la escogencia y de la interpretación de la regla jurídica aplicable al caso; b) comprobación confiable de los hechos importantes del caso; c) empleo de un procedimiento válido y justo para lograr la decisión.

A continuación, se presenta una tabla que se ha elaborado con fundamento en la obra de Michele Taruffo: *Sobre las Fronteras, Escritos sobre la Justicia Civil*. relacionada con la teoría de la decisión judicial justa.

Cuadro No. 2. Grado de justicia de la decisión del juez

Grado de justicia de la decisión del juez	Grado más alto de justicia	Grado más bajo de injusticia
Normas jurídicas	-Correcta escogencia e interpretación de la norma por el juez para decidir en derecho. -Estándares y métodos de interpretación válidos en un contexto determinados -Modo en que son aplicados concretamente al caso particular.	-Errónea escogencia e interpretación de la norma por el juez: -Interpretación errada o incorrecta
Comprobación de los hechos	-Mayor grado de confirmación que las pruebas obtenidas, atribuyen a cada hipótesis de hecho. -Mayor grado de veracidad o confiabilidad de la versión de los hechos que el juez adopta en el momento de la decisión, depende del método probatorio empleado por el juez.	Menor grado confirmación que de las pruebas obtenidas atribuye a cada hipótesis de hecho.
Corrección del proceso	PROCESO IDEAL: aquí y ahora, relativo al contexto de los modelos procesales que se consideran apropiados en una determinada cultura jurídica y en cierto momento histórico.	Grado más bajo del aquí y ahora. Proceso en que falta las garantías fundamentales y no aseguran siquiera las condiciones mínimas para el logro de decisiones no erróneas o arbitrarias.

Fuente: elaboración propia con base en el texto de Taruffo

1.2. Aspectos problemáticos que plantea la decisión justa

Se parte de la existencia de un primer aspecto problemático relacionado con las diferentes definiciones de lo que se entiende por decisión judicial. Dentro de ellas, hay una que se refiere a la decisión como la escogencia que el juez realiza a fin de resolver una controversia entre diversas posibles alternativas, cada una de las cuales corresponde a una hipótesis de decisión. El caso judicial se presenta

para ser resuelto de varias maneras, puesto que nace de una controversia y esta deriva de la existencia de varias soluciones posibles para un conflicto. Esto equivale a decir que hay «distintas hipótesis posibles de decisión» (p. 205).

Taruffo afirma que estas distintas hipótesis se relacionan con los «hechos importantes del caso» (2006, p. 202), porque existe la posibilidad de varias hipótesis: puede suceder que de algunos de los hechos «se pruebe la verdad o la falsedad, o que de algunos hechos se tenga la prueba» (p. 202) y que de otros no se tenga prueba, y la posibilidad de que del mismo hecho se den diferentes versiones. Así es posible que de un mismo hechos existan dos o más hipótesis y, en consecuencia, numerosas posibilidades de decisión.

Se agrega que análogas consideraciones se puede hacer en relación con la decisión en derecho, la cual puede derivar de la escogencia de argumentaciones de diferente naturaleza, como son: «La determinación de la norma aplicable, el reconocimiento de su interpretación más correcta, y su aplicación a los hechos del caso» (p. 202) El resultado final de valoraciones del juez implica la configuración de distintas hipótesis posibles de solución de la cuestión en derecho. Taruffo distingue entre casos fáciles y casos difíciles, en función «del grado de dificultad del problema consistente en la escogencia de la hipótesis que está destinada a representar el contenido de la decisión final del caso» (p. 202). Además, menciona que al combinar las hipótesis de hecho y de derecho entre sí, pueden surgir diferentes hipótesis. Un caso es fácil si los hechos son simples y no es difícil escoger cuál es la norma aplicable, y es difícil si los hechos son complejos o es problemática e incierta la determinación del criterio para la decisión en derecho. La decisión judicial siempre implica el problema de «la escogencia entre las varias hipótesis de decisión, se puede decir que el problema de la decisión justa, corresponde al problema de la escogencia de la mejor decisión» (pp. 201-203).

Se afirma que «se trata de una calificación relativa y no absoluta, el juez puede elegir la mejor hipótesis de decisión entre aquellas posibles, en el contexto particular en el cual la decisión debe formularse» (p. 203). El contexto está determinado, por un lado, por la situación de hecho de la cual surge la controversia y, por otro

lado, por las reglas jurídicas (sustanciales y procesales) que pueden o deben ser aplicadas a tal situación.

[E]l contexto de la decisión está determinado por las hipótesis de solución de la controversia que las partes someten al juez, por medio de sus demandas y excepciones, además de aquellas otras hipótesis que el juez puede determinar autónomamente por medio de los poderes de oficio (pp. 202-203).

Se concluye que «el problema no se ha resuelto, sino que se ha transformado en un problema ulterior» que consiste en discernir los criterios a los que se debe recurrir para determinar, «en el ámbito de las decisiones posibles de una controversia, cuál de ellas puede ser considerada relativamente “mejor” que las otras, y por tanto justa» (p. 203).

2. Uso de la teoría de la decisión justa en el proceso judicial

La teoría de Taruffo sobre la decisión justa en el proceso judicial busca explicar qué se entiende en la actualidad por una decisión justa en el proceso, sus criterios y, por otro lado, pretende reconocer que es un concepto relativo que depende del lugar y del tiempo; es decir, del contexto donde se profiera la decisión. Además, aspira aportar a la construcción de decisiones justas por parte de los jueces. Taruffo no solo es un filósofo del derecho, sino también un procesalista que no solo aporta elementos teóricos del derecho, sino que también busca dar claridad con relación a los elementos prácticos del proceso.

Michele Taruffo, en otra de sus obras: *La Prueba de los Hechos* (2009), se ocupa de analizar el hecho como objeto de la prueba y dice que: «La noción habitual de prueba de la que se ha partido se fundamenta sobre la idea de que la prueba sirve para establecer la verdad de uno o más hechos relevantes para la decisión (...)» (p. 89). Así mismo, Jairo Parra Quijano afirma que el objeto de la prueba judicial son los hechos, «las realidades susceptibles de ser probadas» (2014, p. 121). No se puede perder de vista, como afirma Oscar G. Chase en su obra: *Derecho, cultura y ritual. Sistemas de resolución de controversias en un contexto intercultural*, que ninguna sociedad está libre de conflictos y se pregunta ¿cómo pueden ser resueltos? Con respecto a esto responde que se encuentran infinitas manifestaciones del ingenio e imaginación humana para resolver conflictos, y sostiene:

(...) las formas de solución de conflictos son en gran parte un reflejo de la cultura en la cual se integran; no solo son un sistema autónomo fundamentalmente producto de expertos y especialistas aislados. Las formas de solución de conflictos son instituciones a través de las cuales se sustenta la vida social y cultural, se cuestiona la misma o se cambia, o como se ha expresado la misma idea, es “constituida” o “construida” (...) La cultura es tan compleja que sería absurdo defender que un concreto grupo de actividades y prácticas institucionalizadas la puedan determinar (2011, p. 21).

Por otra parte, Luis Javier Osorio López destaca la importancia del papel del juez en la solución de los conflictos y en la adopción de decisiones justas, cuando sostiene que:

Al abordar el rito del proceso, se le encomienda al juez su dirección paladina, para que con aplicación de los principios de autonomía e independencia resuelva de manera justa e imparcial la causa, con aplicación estricta de los mandatos legales, en lo cual juegan papel importante su ética, sabiduría, conocimiento y destreza organizacional, para finalmente consolidar el derecho a la justicia a través de una decisión justa que, en últimas, es su función jurisdiccional (...) (2017, 170).

La jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana ha destacado la importancia de la decisión judicial justa, y la importancia de la verdad, en diferentes providencias; como en la Sentencia SU768/14, cuando afirmó:

El derecho sustancial es aquel que se refiere a los derechos subjetivos de las personas, en oposición al derecho formal que establece los medios para buscar la efectividad del primero [72]. Bajo los principios de la nueva Constitución se considera que la justicia se logra precisamente mediante la aplicación de la ley sustancial. Ahora bien, «no se puede perder de vista que una sentencia justa solo se alcanza si el juez parte de una base de conocimiento que pueda considerarse, en cierta medida, verdadera, lo que le impone la obligación de hallar el equilibrio perfecto entre la búsqueda del valor de la verdad y la efectividad del derecho material» [73]. De esta manera, aunque no sea posible ontológicamente establecer un acuerdo sobre qué es la verdad y si esta es siquiera alcanzable, jurídicamente «la aproximación a la verdad es un fin, un principio y un derecho constitucional que se impone a las autoridades y a los particulares (Corte Constitucional, Sala Plena, 2014).

En este contexto, no se puede perder de vista el concepto de sentencia y de autos interlocutorios, por ser precisamente estos actos procesales los que en especial deben ser objeto de una decisión judicial justa. Con respecto a esta idea, Juan Montero Aroca y otros afirman:

La sentencia es el acto procesal del juez (unipersonal) o del tribunal (colegiado) en el que se decide sobre la estimación o desestimación (total o par-

cial) de la pretensión ejercida por el actor, con base en su conformidad o disconformidad con el ordenamiento jurídico. Se trata, pues, de la clase de resolución judicial que se prevé para decidir el fondo del asunto. Si las resoluciones interlocutorias (providencias y autos) sirven para la ordenación formal y material del proceso, la sentencia atiende al fondo del asunto, es decir, por medio de ella se decide sobre la estimación o desestimación de la pretensión (Montero Aroca y otros, 2010, p. 349).

El Código General del Proceso de Colombia, en su artículo 164, se refiere a la necesidad de la prueba; es decir, uno de los criterios de la teoría de la decisión justa expuesta por Taruffo, y dice: «Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso» (2018). El artículo 280 se refiere al contenido de la sentencia, así:

La motivación de la sentencia deberá limitarse al examen crítico de las pruebas con explicación razonada de las conclusiones sobre ella, y a los razonamientos constitucionales, legales, de equidad, y doctrinarios estrictamente necesarios para fundamentar las decisiones aplicadas (...) (Código General del Proceso, 2018);

es decir, se refiere a los criterios de la regla jurídica aplicable al caso concreto y a la comprobación confiable del hecho. Sin dejar de lado el artículo 133 (Código General del Proceso, 2018), que consagra las causales de nulidad procesal por defectos procesales.

La exigencia de motivación y de congruencia de la sentencia, en materia civil, dice Teresa Armenta Deu que

obedece[n] a la necesidad de acreditar la racionalidad de las decisiones, o lo que es lo mismo, que el ejercicio discrecional del poder representado por una sentencia no es arbitrario. En este sentido, la motivación es el signo más importante y típico de “racionalización” de la función judicial (Calamandrei). Y constituye, por otro lado, una exigencia propia de un Estado de Derecho (2009, p. 207).

Por otra parte, sin desconocer el valioso aporte de Taruffo a la ciencia del Derecho, se deben tener en cuenta las dificultades que plantea su teoría sobre la decisión justa que, así como la moneda, tiene dos caras. Esta teoría tiene un componente teórico que ciertamente puede resultar cuestionable en el momento de su aplicación, como lo reconoce el mismo Maestro de Pavía: el problema fundamental consiste en discernir los criterios a los que se debe recurrir para determinar, en el ámbito de las decisiones posibles de la contro-

versia, cuál de ellas puede ser considerada relativamente mejor que las otras y, por tanto justa. Al ser una cuestión de grados, su aplicación carece de la exactitud propia de la ciencias exactas; por ello se dice que es cuestión de gradación, porque no se pueden estandarizar unos valores al interior del proceso, ni mucho menos de todos los procesos. Es decir, la de Taruffo es una teoría que ofrece dificultades una vez que se lleva a la praxis judicial.

En consecuencia, se puede afirmar que la teoría de Taruffo, si bien es cierto que es un importante aporte a la ciencia del Derecho, también plantea dificultades en la práctica judicial; pues es una teoría que plantea una sería de grados en sus elementos, pero que no indica cuál sería la forma de medir en cada caso esa gradación o cuál sería un método fiable para cuantificar la gradación ideal al interior de cada proceso judicial.

3. Los fines o la función que cumple el tema de la teoría de la decisión justa: principales tropiezos en su aplicación

La teoría de la decisión judicial justa de Taruffo: primero, tiene como función la de replantear el estudio de la ciencia jurisdiccional ofreciendo un estudio sistemático de sus elementos, los cuales se dice que deben ser concurrentes, todos ellos deben estar presentes, sin posibilidad de compensación entre los mismos; segundo, es un importante aporte para los estudiosos del derecho jurisdiccional, dentro de ellos el juez, a quien le permite tomar conciencia de la importante labor que cumple en la sociedad, ya que es considerado como el garante de la solución pacífica de las controversias en la sociedad.

Taruffo mismo reconoce las dificultades que plantea su teoría de la decisión justa, las cuales se precisan a continuación. Afirma que los tres criterios indicados requerirían de un amplio análisis.

Dice que toda decisión implica una combinación entre los tres valores analizados, cada uno de los cuales se sitúa en la “escala” o en el “área” relativa al respectivo criterio de determinación; así toda decisión se caracteriza en teoría por «un valor de corrección de la solución de la *quaestio juris*, por un valor de confiabilidad de la verificación de los hechos adoptada por el juez, y por un valor de corrección

del procedimiento que ha llevado a la decisión» (p. 208). Reitera que es necesario que estén presentes los tres valores para que haya una decisión justa, por lo tanto, que la falta de uno solo de ellos hace que la decisión no pueda considerarse justa. Además, propone que para que la decisión sea justa se requiere que ninguno de los tres valores sea en ella inferior a un nivel mínimo que se considere aceptable: si los tres valores son equivalentes a tal nivel mínimo, o alguno o todos son superiores a este, la decisión es justa. Finalmente, se agrega que la justicia de la decisión no emana de una calificación simple y unívoca; ella puede tener grados distintos y distintos contenidos, según la combinación de valores a que corresponde la decisión individual.

Pero, surge otro problema, cuando se habla de un nivel mínimo de aceptabilidad para cada uno de los valores correspondientes de los tres criterios de justicia, es difícil definir cuál es el nivel por debajo del cual la decisión no puede considerarse justa. Se responde que no existe definiciones, y menos cantidades válidas, determinables a priori. Además hay que tener presente que es relativo el concepto de justicia, pues está condicionado por los contextos normativos y culturales particulares en los cuales se sitúa el problema. En relación con la interpretación del derecho, es muy difícil trazar una línea precisa que distinga interpretaciones no permitidas e interpretaciones legítimas o justas; en la mayor parte de los casos, existe zonas grises o de penumbra entre la interpretación evidentemente correcta y la interpretación evidentemente incorrecta.

En relación con el criterio de admisibilidad del juicio sobre los hechos, el problema concierne al grado de confirmación que las pruebas disponibles estén en capacidad de atribuir a las hipótesis relativas a los hechos de la causa. A través del análisis del razonamiento probatorio, es posible configurar el juicio sobre los hechos y la escogencia de la hipótesis que se caracterice por tener el grado más elevado de confirmación probatoria. A veces la ley exige criterios elevados, pero a veces no los exige.

Por otra parte, se alude —en relación con la corrección del procedimiento— a que no siempre es fácil establecer un rasgo mínimo por debajo del cual el proceso no es correcto y, por tanto, la falta de condición para considerar que una decisión sea justa. En

muchos ordenamientos modernos, tal nivel se elabora especificando las garantías constitucionales del proceso o de los correspondientes principios de la defensa de las partes y de la independencia del órgano judicial. Se sostiene que no existe un solo modelo absoluto de proceso que pueda ser usado en todas partes y en toda época como criterio de distinción entre un proceso justo y un proceso injusto.

Asimismo, se dice que se debe excluir toda forma de compensación entre los criterios analizados, los tres requisitos de la justicia de la decisión deben estar presentes para que la decisión sea justa y deben estar presentes en un grado al menos correspondiente al nivel mínimo aceptable. Excluir la compensación significa que, si uno de los tres requisitos falta totalmente o está presente en un nivel insuficiente, la decisión es injusta, aun en el caso en que los otros tres requisitos estén presentes en niveles elevados.

Resumiendo lo antes expuesto, se puede afirmar que la teoría de la decisión judicial justa de Taruffo es un importante aporte a la ciencia del derecho jurisdiccional; sin embargo, es un aporte que presenta tropiezos en su aplicación, pues es una teoría que plantea una serie de gradación, como se dice: es cuestión de grados, de puntos en una recta, de matices de colores, pero que no brinda una exactitud matemática en su aplicación; además es relativa, pues depende de la época y el lugar en particular y, por supuesto, de lo que se pueda considerar justo en cada sociedad.

Conclusiones

Michele Taruffo cuestiona las definiciones que se han dado de la justicia de la decisión porque considera que son insatisfactorias, reductivistas, unilaterales y provistas de escasa eficacia explicativa, en consecuencia, para hacer realidad el anhelo de la verdad en el proceso civil, plantea la necesidad de elaborar una nueva hipótesis de trabajo que tenga en cuenta las dificultades en que incurrir muchas definiciones corrientes de la justicia de la decisión judicial, para elaborar una nueva teoría que sea confiable.

La teoría de la decisión judicial justa que propone Taruffo se fundamenta en la existencia de un conjunto de tres criterios que deben estar presentes y son los siguientes: a) corrección de la esco-

gencia y de la interpretación de la regla jurídica aplicable al caso; b) comprobación confiable de los hechos importantes del caso; y c) empleo de un procedimiento válido y justo para llegar a la decisión.

Los tres criterios propuestos por Taruffo no son definibles en términos rigurosos, sino que remiten a nociones “de grado”, corresponden a escalas de valores entre dos polos extremos que tienen numerosas posiciones intermedias; así se las gradaciones permiten pensar en términos de “más o menos justo”, no son gradaciones cuantitativas, ni representables en escalas numéricas, se parece más a un espectro de colores. En este sentido, la corrección de la interpretación está en función de los estándares y de los métodos de interpretación del derecho que se consideran válidos y aceptables en un contexto determinado, así como del modo en que son aplicados concretamente al caso particular.

La teoría del maestro de Pavía es un importante aporte a la sistematización de la ciencia del Derecho y en especial, a la teoría de la decisión judicial justa, al precisar los elementos que deben estar presentes en toda decisión que son: la *quaestio juris*, la versión de los hechos adoptada por el juez, y el procedimiento que ha llevado a la decisión; la dificultad surge cuando se plantea la existencia de gradación entre sus elementos porque se debe preguntar: ¿cómo se hace la gradación?, ¿cuál es el mínimo aceptable en cada sistema jurídico? ¿cuál es el método que debe emplear el juez en cada caso concreto?, ¿cuál sería el método aceptable en todo tiempo y lugar?, entre otros cuestionamientos. Al ser el Derecho una ciencia social, por tanto, se dificulta realizar una medición objetiva, que en principio estaría reservada a las ciencias exactas. Esta dificultad inicial que ofrece esta teoría, se puede ir superando a medida que se abre paso, en la ciencia del Derecho, la necesidad de las ciencias exactas que la apoyen, como sucede con la justicia digital y la inteligencia artificial en la administración de justicia en el presente siglo; por consiguiente, se puede afirmar que Taruffo se anticipó en el tiempo al formular la teoría de la decisión judicial justa aplicable cada vez más a media que avanza el siglo XXI.

REFERENCIAS

- Armenta Deu, Teresa. (2009). *Lecciones de Derecho Procesal Civil*. 4ta edición. Madrid: Editorial Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.
- Chase, Oscar G. (2011). *Derecho, cultura y ritual. Sistemas de resolución de controversias en un contexto intercultural*. Madrid: Editorial Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.
- González Romero, Raúl; Samper Fajardo, Andrés; & Zapata Montoya, Jairo. (2013). Algunas cuestiones sobre la decisión judicial en la Teoría del Derecho. En *Revista Vía Juris*. No.14 pp. 23-38
- Montero Aroca, Juan; Gómez Colomer, Juan Luis; Barona Vilar, Silvia; & Calderón Cuadrado, María Pía. (2010). *Derecho Jurisdiccional II. Proceso Civil*. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch.
- Osorio López, Luis Javier. (2017). Los recursos Procesales como protesta legítima contra decisiones ilegales. En *Derecho procesal contemporáneo. Perspectivas y desafíos*. Medellín: Sello editorial Universidad de Medellín.
- Parra Quijano, Jairo. (2014). *Manual de Derecho Probatorio*. (3ra reimpresión). Bogotá: Librería Ediciones del Profesional Ltda. Tercera reimpresión.
- Ramírez, Diana. (2017). *La prueba en el proceso. Una aventura intelectual*. Medellín: Librería Jurídica Sánchez.
- Taruffo, Michele. (2006). *Sobre las Fronteras. Escritos sobre la justicia civil*. Bogotá: Editorial Temis S.A.
- (2009). *La prueba de los hechos*. Madrid: Editorial Trotta.

REFERENCIAS JURÍDICAS

- Corte Constitucional. Sala Plena. (16 de octubre 2014). Sentencia SU768. [MP: Jorge Iván Palacio Palacio].
- Código General del Proceso. [Código]. (2018). 2da edición. Medellín: Librería Jurídica Sánchez.

El juicio de hecho

Arinda Lucía Vergara Piñeros

Abogada de la Universidad del Norte. Especialista en Derecho Constitucional de la Universidad de Salamanca (España). arindavergara18@hotmail.com

En este trabajo de investigación presento un análisis sobre el juicio de hecho, entendido como la determinación de los hechos que realiza el juez, teniendo en cuenta las pretensiones de las partes relacionadas, en el momento de dictar sentencia. Dicha decisión requiere la fijación de los hechos principales y secundarios. Para la fijación de estos hechos como verdaderos, el juez se vale de las pruebas aducidas por las partes para cambiar el estatus epistemológico de los enunciados de hechos planteados dándoles un valor de verdad, de falsedad o de no probados. De esa forma, determina el enunciado de hecho al que le va aplicar la norma y la subsecuente consecuencia jurídica.

Así, realizo un estudio basado en las ideas de Taruffo (2006) sobre el juicio de hecho, prestándole atención particular a la forma en la que las pruebas modifican las hipótesis de los hechos planteadas por los participantes del proceso judicial. Finalmente, esquematizo de manera sencilla los resultados posibles en cuanto a los hechos en el juicio final y concluyo que el juicio de hecho es un proceso bastante complejo que es muy importante para la resolución de la controversia, toda vez que le da al juez las armas para determinar la certeza de los enunciados en los que se basará la sentencia judicial.

1. Introducción

El proceso jurisdiccional tiene dos propósitos: uno inmediato, referente a la resolución de la colisión de intereses, y otro mediato, que busca la justicia material. Estos se obtienen cuando el juez profiere, una vez finalizadas todas las etapas del proceso, una decisión de fondo que resuelve la demanda y las excepciones propuestas.

El control de la actividad judicial, tanto en lo que respecta a la interpretación como a la aplicación del derecho, es uno de los temas más relevantes en la teoría jurídica. En el presente trabajo me interesaré por una de las preocupaciones más recurrentes: ¿cómo debe el juez valorar los enunciados de hecho propuestos por las partes?

En el proceso de decisión judicial se pueden identificar dos tipos de justificación: la justificación interna de la sentencia, que se refiere a la validez formal de la decisión a la que ha llegado el operador judicial, y la justificación externa, relativa a la fundamentación razonable y adecuada del contenido de las premisas que se usan para concluir la decisión en el paso de la justificación interna. De acuerdo con Moreso y Vilajosana (2004, p. 178), mientras que la justificación interna se refiere a la validez lógica que une las proposiciones con la conclusión de un argumento, la justificación externa estriba en controlar la adecuación de sus premisas.

Para que un argumento judicial esté justificado externamente es necesario que el enunciado normativo que constituye la premisa normativa sea una norma aplicable al sistema jurídico y que los hechos expresados en la premisa fáctica correspondan a una proposición verdadera. Aquí es donde toma importancia la determinación de los hechos, y se hace necesario que establezcamos cuáles son los tipos de hechos, cómo se prueban y cómo afectan estas pruebas a los enunciados fácticos.

2. Elementos descriptivos del juicio de hecho

Para comenzar, es necesario determinar qué son los juicios de hecho. Taruffo considera que «el juicio de hecho versa sobre enunciados relativos a hechos, y tiende a establecer cuáles enunciados, relativos a cuáles hechos, pueden considerarse verdaderos

a los fines de la decisión» (2006, p. 215). Por su parte, Ernesto L. Chiesa denominó a estos enunciados como hechos adjudicativos y los definió como aquellos «que se refieren a las alegaciones de las partes» (2005, p. 1036). De acuerdo con el mencionado autor, McCormick habla de hechos sobre el evento particular que dio lugar a la demanda (p. 1036)¹.

Así mismo, José Calvo considera que «los hechos han de ser entendidos como un proceso, o mejor aún, como un conjunto de procesos encadenados al flujo de diversos cursos de acción humana» (2002, p. 95). Para Catalina Merino (2018, p586), si se tiene presente que el proceso judicial en general, y la sentencia en particular, son creaciones discursivas del hombre que sirven para solucionar los conflictos intersubjetivos; no puede excluirse, entonces, que el juicio lógico que debe hacer el juez, con relación a los hechos tiene —como lo sostiene el profesor Taruffo (2006)— el carácter epistémico de la incertidumbre, tanto más cuanto se entiende que los hechos no son fenómenos de mera constatación y, por ende, que están sujetos a dificultades de percepción e interpretación. Esto tiene lugar al menos en dos instantes fundamentales: de la realidad al medio de prueba y del medio de prueba al juez.

Ahora, para entender un poco más claramente cómo se desarrolla el juicio de hecho, veamos cómo se determinan las hipótesis de hecho.

2.1. Determinación de las hipótesis de hecho

a. Objeto del juicio de hecho.

El juicio de hecho se realiza a partir de los enunciados de hecho propuestos por los participantes del proceso judicial. Pese a que existen gran cantidad de clasificaciones para los hechos, en este ensayo, siguiendo a Taruffo (2006), se utilizarán solo dos de aquellas categorías: los hechos principales y los secundarios.

Los hechos jurídicamente relevantes dependen del tipo normativo sustancial aplicable al caso, estos hechos son los que fundamentan las pretensiones de las demandas y excepciones, y también se denominan hechos principales. Mientras que, los hechos

¹ En palabras de McCormick: “*facts about the particular event which gave rise to the law suit*”.

secundarios, o simples, son circunstancias de las cuales es posible extraer inferencias relativas a la verdad o falsedad de los enunciados relativos a los hechos principales.

Vale la pena resaltar que los hechos se formulan hipotéticamente y son inciertos hasta la sentencia. De manera que, de acuerdo con Taruffo, «el conocimiento del juez versa sobre ambos tipos de hechos y la decisión final depende del juicio sobre todos los hechos jurídica y lógicamente relevantes» (2006, p. 217).

b. Fijación de las hipótesis de hechos: los protagonistas.

En un proceso judicial, los actores naturales son: el demandante, el demandado y el juez. Claro está que estos no son los únicos actores que se manifiestan dentro de un proceso judicial. Sin embargo, por un lado, eso depende de muchos factores que no vienen a cuento; por otro, para el juicio de hecho, como se verá más adelante, lo importante son los protagonistas a los que les está permitido presentar y modificar enunciados normativos; es decir, los tres que se mencionaron anteriormente.

Cabe mencionar que las partes (demandante y demandado) no tienen el mismo papel del juez. En primer lugar, porque las partes están involucradas en el proceso judicial, es decir, tienen intereses que determinan su actuar; mientras que el juez se encuentra en un distanciamiento de aquel y realiza una actividad cognitiva sin interés. Elias (1990), refiriéndose a la diferencia existente entre las valoraciones científicas que permiten el conocimiento (referidas al distanciamiento) y las valoraciones externas que toman partido en los conflictos, es decir, que tienen intereses (relativas al involucramiento o compromiso), dice:

Con esto se ve con mayor claridad lo que ya se ha señalado de manera implícita: que la gradación existente entre los polos imaginarios de la absoluta autonomía y la absoluta heteronomía de la valoración coincide exactamente con aquella que va del distanciamiento absoluto al compromiso absoluto. Mientras mayor es el compromiso, mayor es la tendencia a valoraciones heterónomas; mientras mayor el distanciamiento, mayor la tendencia a valoraciones autónomas (p. 57).

En segundo término, la función de formular hipótesis sobre hechos posiblemente relevantes para la decisión final de la controversia es diferente de cara a las partes que frente al juez. Las partes

son doblemente parciales (incompletitud y favorabilidad), ya que proponen solo hipótesis de enunciados de hechos que sean idóneos para fundamentar su pretensión, con el fin de inducir al juez a creer que su versión es la verdad de los hechos. Lo cierto es que, en la práctica, cuanto más el actor enuncia hechos favorables para él, tanto más el demandado hará otro tanto en su propia ventaja y viceversa.

El juez, en cambio, tiene una posición de imparcialidad. Para Diana Ramírez: «la imparcialidad es *disposición*, está directamente relacionada con el interés positivo o negativo que el juez pueda tener en la pretensión jurídica que debe decidir o en el caso que tiene para estudio» (2009, p. 102).

Es por esto que, tradicionalmente, el juez no formula hipótesis sobre los hechos, excepto en lo referido a las excepciones de oficio y a los hechos secundarios. Sin embargo, el juez puede formular hipótesis sobre hechos, ya sean principales o secundarios, alegados por las partes; pero distintos a las formuladas por estas. Aquí ocurren dos fenómenos dignos de notar, mientras más hechos enuncian las partes, menos lo deberá hacer el juez, y viceversa. Frente a la iniciativa del juez de enunciar hipótesis de hechos, las partes reaccionan alegando nuevos hechos, hecho que es explicado por Taruffo (2006) con el siguiente gráfico:

+J-----+HD

Con todo, dependiendo del tipo de proceso y de ordenamiento jurídico, en algunos casos el juez puede formular nuevos hechos.

c. *Función de las hipótesis de hecho: el objeto*

Los hechos principales pueden ser aquellos constitutivos de la demanda HD o los que son impeditivos, extintivos o modificativos de estos; es decir, que fundamentan excepciones. El actor formula la demanda que consta de un hecho constitutivo complejo, de hechos verdaderos que lo sustentan y de algunos hechos secundarios. Por su parte, el demandado tiene tres opciones: a saber, contradecir los hechos que ha afirmado el actor, proponer excepciones o proponer demandas de reconvencción. Posteriormente, el actor puede contradecir las alegaciones del demandado.

Adicionalmente, si se permite modificar las demandas y las excepciones, esto puede implicar el cambio o agregación de hechos constitutivos de la demanda, de las excepciones o de aquellos hechos constitutivos de la demanda de reconvencción. En lo que le concierne al juez, este únicamente plantea excepciones de oficio y hechos secundarios. Entonces, teniendo en cuenta el papel que cumple cada uno de los protagonistas del proceso en la formulación de enunciados de hecho, según Taruffo, «en el curso del proceso, entonces, el objeto del juicio de hecho está constituido por el conjunto de enunciados hipotéticos y tendencialmente inciertos, relativos a los hechos principales y secundarios» (2006, p. 217).

3. Impacto del juicio de hechos en el proceso judicial

Ya vimos que los enunciados normativos son la materia prima del juicio de hecho, pero ¿cómo se aplica este en el proceso judicial? ¿En qué radica su importancia?

La justificación externa, dentro del proceso de decisión judicial, requiere la fundamentación razonable y adecuada del contenido de las premisas que se usan para concluir la decisión.

Una de dichas premisas corresponde a los enunciados de hecho, sin que sea posible que se excluyan de una decisión judicial que busca ser racional y justa. Es por eso que el juicio de hecho se constituye en un desarrollo esquemático que determina cómo se llega al convencimiento con relación a los enunciados de hecho que pueden servir para dirimir la controversia planteada. Este convencimiento, para Taruffo (p. 229), proviene de las pruebas y de las circunstancias que estas permitan o no probar. Por lo tanto, se hace indispensable estudiar las pruebas y cómo estas afectan los enunciados de hecho.

3.1. Aducción y admisión de la pruebas

Los tres protagonistas (actor, demandado y juez) aducen pruebas. En palabras de Taruffo, «los tres protagonistas del juego procesal tienen por tanto la potestad (= carga, poder, facultad, derecho, interés, según los punto de vista) de aducir pruebas designadas; por lo menos como intención, para eliminar la falta de certeza en torno a las hipótesis de hecho determinadas» (2006, p. 230).

Por lo tanto, las pruebas producen cambios en los estados epistémicos de los enunciados de hecho planteados por los participantes en el proceso, los cuales, como viene de verse, parten siendo inciertos. Según Eduardo Fermé, «los estados epistémicos son usados para representar el actual o posibles estados cognitivos de un agente racional en un determinado momento. Un estado epistémico se dice “en equilibrio” si satisface los criterios de racionalidad» (2007, p. 19).

Para Taruffo (2005, p. 89), el juicio de prueba del proceso judicial involucra una concepción de la racionalidad fáctico-procesal que debe estar apoyada en un enfoque epistemológico de la realidad y, por ende, la prueba se constituye en la base que permite determinar los enunciados de hecho para resolver un caso concreto.

La aducción de las pruebas implica cambios en las hipótesis de hecho iniciales; ya que, al aducir pruebas, se pueden generar nuevos hechos secundarios. De acuerdo con esto, la admisibilidad de un medio de prueba depende de que se verifiquen determinadas circunstancias, las cuales tienen que ser comprobadas y la credibilidad o autenticidad de la prueba depende de varias circunstancias de hecho relativas al medio de prueba, circunstancias que pueden implicar la introducción de nuevos hechos secundarios.

3.2. *Adquisición de las pruebas*

Como bien lo define Diana Ramírez:

la prueba es un término multiconceptual, que comúnmente se relaciona de manera directa con la acción de probar. Esta acción de probar, a su turno, se vincula directamente con un objeto, lograr la reconstrucción fáctica en el proceso, pero la elaboración del *factum* corresponde a una estructura compleja sobre los hechos, que finalmente serán sustento de la decisión (2009, p. 276).

La adquisición de las pruebas consiste, entonces, en una serie de integraciones. En el proceso, el estado inicial del conjunto de enunciados, relativos a los hechos relevantes para la decisión, no se caracteriza por ningún grado de convencimiento; por lo que las pruebas son las que permiten confirmar o falsear los enunciados, modificar el estatus cognitivo de la respectiva hipótesis y dar paso a un estado epistemológico distinto relativo a los hechos relevantes.

Cada elemento de conocimiento suministrado por las pruebas entra en una secuencia lógica, no simultánea, y modifican el mencionado estatus cognitivo, cuyo conocimiento frente a un enunciado normativo se presume racionalmente fundamentado en los conocimientos disponibles en el momento, sin que esto quiera decir que no pueda ser modificado o contradicho posteriormente. La amplitud y la duración de la secuencia antes descrita, depende de varias circunstancias, como del número de pruebas que se practiquen para cada uno de los enuncias normativos y las modalidades jurídicas y prácticas de su adquisición.

3.3. *Modalidades de variación*

Pues bien, esta secuencia de cambios del estado epistémico de los enunciados normativos, que causa la práctica de las pruebas, no se manifiesta en un único sentido; sino que conlleva a diversos tipos de modificaciones que llamaré, con base en Taruffo (2006), modalidades de variación. Existen tres modalidades básicas de variación: extensión, reducción y revisión.

La extensión es el incremento en el convencimiento o conocimiento a través de adquisición de información nueva verídica por medio fuentes de conocimiento externas al estado epistemológico. Las inferencias del juez, a pesar de no provenir de fuentes externas, también pueden llevar al convencimiento; para ello tienen que ser validas, evitar errores y asegurar que la escogencia sea racional.

Por su parte, la reducción es la disminución del contenido de un estado epistémico, hay una pérdida del contenido de la información, ya que una prueba elimina un conocimiento existente y regresa el enunciado al estado de hipótesis incierta. Una prueba contraria a una prueba asumida crea una contradicción que elimina el conocimiento, toda vez que dos creencias contrarias no pueden existir en el mismo momento sobre el mismo hecho.

La reducción puede ocurrir para eliminar errores internos de un estado epistémico que no requiera un nuevo conocimiento, sino, por ejemplo, inferencias basadas en los hechos secundarios que contrasten con el convencimiento ya existente. También puede tener lugar cuando el estado epistémico es jurídicamente inadmisibile.

La revisión consiste en que cuando aparece un nuevo elemento de conocimiento sobre un estado epistémico ya reducido, se examina si el nuevo elemento conduce a considerar el enunciado verdadero o falso. En palabras de Eduardo Fermé,

una operación de revisión consiste en la modificación del estado epistémico (representado como un conjunto de creencias) por la que una nueva creencia (la entrada epistémica) se incorpora al conjunto previo conservando consistencia lógica. Esta operación se diferencia de la expansión ya que revisión debe actualizar de modo consistente (salvo en el caso límite de revisar por una entrada inconsistente) (2007, p. 23).

Entonces, como ya se indicó, el número y la naturaleza de las variaciones que intervienen en el estatus del mismo enunciado, dependen del número y la naturaleza de las pruebas que se adquieren y del conocimiento obtenido a partir de las inferencias; al tiempo que la variación puede realizarse a propósito de cada uno de los enunciados fácticos.

Como lo dice Taruffo,

esto implica que la adquisición de las pruebas no requiere una suspensión del juicio sobre los hechos hasta el momento de la decisión final, sino que consiste más bien en una serie de integraciones y revisiones sucesivas del estado de conocimiento de los hechos, hasta el estado final que constituirá la base para la decisión (2006, p. 235).

3.4. Resistencia a las variaciones.

Puede ocurrir que algunos enunciados sean más importantes que otros y, por ende, que estén menos expuestos a variaciones. El atrincheramiento epistémico determina el grado de resistencia de los enunciados individuales a tales variaciones, en función del papel que cada uno desempeña en el contexto total. A ese respecto, Andrés Páez, siguiendo a Gärdenfors, dice que el atrincheramiento epistémico,

está basado en la idea intuitiva de que no todas las creencias en el estado de creencia de un agente están epistémicamente atrincheradas en el mismo grado. En los casos en los que se ve obligado a escoger entre dos creencias, un agente prescindirá de aquella que este menos atrincherada (2013, p. 235).

Así, el hecho principal tiene un grado de importancia contextual más elevado que todo los hechos secundarios que le estén vinculados por un nexo de relevancia lógica; es decir, que la falsedad o incerteza de

dicho hecho secundario no implica la pérdida de convencimiento del hecho principal. Igualmente, la exclusión de las circunstancias que influyen en la credibilidad del medio de prueba, no afecta el convencimiento de los hechos secundarios y primarios, como tampoco lo hace la admisibilidad de un medio de prueba.

Como se puede ver, siguiendo a Taruffo, es claro que el hecho de «que el flujo de los conocimientos [se considere], en general y en el proceso, cosa sencilla y de fácil intuición, es mera ilusión debida a una visión simplista y equivocada del mundo y de su conocimiento» (2006, p. 244).

3.5. *El juicio final sobre los hechos*

En el proceso, cuando acaba el periodo probatorio, el juez formula un estado epistémico final, en el cual se resume el resultado global de las variaciones provocadas por las pruebas y el convencimiento que nace de escogencias, valoraciones e inferencias que se formulan con el fin de llegar a juicios de verdad o falsedad de los enunciados fácticos, independiente de los esquemas conceptuales que se usen para llegar a tal convencimiento.

El estado epistémico final no contiene enunciados sobre la admisibilidad de los hechos de prueba, las variaciones pueden haber eliminado o incluido nuevos enunciados, puede haberse cambiado la demanda y las excepciones o las deducciones probatorias respecto al estado inicial. Por consiguiente, este estado contiene los hechos de la controversia, pero los enunciados cambian, obteniendo un estatus de verdaderos, no probados o falsos.

En el estado final la estructura de las correlaciones entre los enunciados determina la estructura lógica del convencimiento final sobre los hechos relevantes de la controversia. De esta manera, las conclusiones frente a los hechos principales pueden ser:

- a. Todos los enunciados sobre todos los HP son V – los hechos principales deben darse por probados.
- b. Todos los enunciados sobre algunos HP son F – se niegan los hechos.
- c. Algunos enunciados sobre algunos HP son V y algunos son F – depende de cuáles hechos son probados y cuáles no.
- d. Todos los enunciados sobre todos los HP son NP – se niegan los hechos—

- e. Algunos enunciados sobre algunos HP son V y otros son NP — depende de cuáles hechos sean probados y cuáles no.
- f. Algunos enunciados sobre algunos HP son F y otros son NP — depende de cuáles hechos sean probados y cuáles no.
- g. Algunos enunciados sobre algunos HP son V, algunos son F y algunos son NP — depende de cuáles hechos sean probados y cuáles no. (Taruffo, 2006, p. 251)

Como se ve, el juicio de hecho —en el proceso judicial— es complejo y depende de cada caso, y de las pruebas que se aduzcan por los intervinientes para cada enunciado normativo. Sin embargo, su importancia es fundamental para lograr una decisión judicial racional y justa, toda vez que solo a través de las pruebas se puede llegar al conocimiento epistemológico de los hechos del caso.

Conclusiones

El juez, dentro de un proceso, al decidir sobre la premisa fáctica con la que va a fundamentar su fallo, debe basarse en las pruebas y el convencimiento que nace de las escogencias, valoraciones e inferencias que se formulan con el fin de llegar a juicios de verdad o falsedad de los hechos aducidos por los protagonistas del proceso, para garantizar que la decisión final cumpla con la pretensión de justicia.

La práctica de pruebas necesarias que permitan al juez crear su convencimiento sobre los hechos principales y secundarios, garantizan que la certeza sobre estos se obtenga de las hipótesis que sean más resistentes a las variaciones y, por ende, las más probables de corresponderse a la realidad. De manera que, en orden a que la decisión judicial sea racional y justa, se debe asegurar que se den todas las garantías para que en el periodo probatorio se tengan en cuenta la mayor cantidad de elementos que clarifiquen y permitan juzgar los hechos incluidos en las alegaciones de las partes.

REFERENCIAS

- Calvo, José. (2002). Modelo narrativo del juicio de hecho: *inventio* y *ratiocinatio*. En *Horizontes de la Filosofía del Derecho*. Libro Homenaje al Profesor Luis García San Miguel. Tomo II. Madrid: Universidad de Henares.
- Chiesa, Ernesto. (2005). *Tratado de Derecho Probatorio*. Tomo II. Estados Unidos: Publicaciones JTS.

- Elias, Norbert. (1990). *Compromiso y Distanciamiento*. Barcelona: Ediciones península.
- Fermé, Eduardo. (2007). Revisión de Creencias. En Inteligencia Artificial. *Revista Iberoamericana de Inteligencia Artificial*. No.34. pp. 17-39.
- Merino Martínez, Catalina. (septiembre-diciembre 2018). La reconstrucción racional del juicio de hecho: Una exigencia de la tutela judicial efectiva. En *Revista de la Facultad de Derecho de México*. Tomo LXVIII No.272. México: Universidad Autónoma de México.
- Moreso, J., & Vilajosana, J. (2004). *Introducción a la teoría del derecho*. Madrid: Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales.
- Páez, Andrés. (2013). Una aproximación pragmatista al testimonio como evidencia. En Vásquez, Carmen (Ed). *Estándares de prueba y prueba científica*. Madrid: Marcial Pons.
- Ramírez, Diana. (2009). *La Prueba de Oficio*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Taruffo, Michele. (2005). *La prueba de los hechos*. Madrid : Editorial Trotta.
- (2006): *Sobre las Fronteras*. Bogotá: Editorial Temis S.A.

Proceso y valoración de la prueba

César Augusto Bedoya Ramírez

Abogado, Especialista en Derecho Procesal Penal y Magister en Derecho Procesal. Juez Promiscuo Municipal de Venencia-Antioquia. cesar112386@hotmail.com

Mediante el presente escrito se pretende desarrollar un análisis del proceso a partir de un breve recuento de la forma en la que nace y de cómo ha ido evolucionando la manera en la que el ser humano resuelve sus conflictos. Así mismo, se busca dar cuenta de cómo ha sido la principal evolución de los sistemas procesales en materia probatoria, abordando principalmente tres criterios: la forma en la que la prueba se practica, la forma en la que esta se introduce en el proceso y la forma en la que el juez la valora. Lo anterior será analizado desde la perspectiva del proceso penal colombiano.

1. Apuntes sobre el proceso, su evolución y la prueba

Históricamente, se ha insistido con especial ahínco en diferenciar la raza humana de los demás seres vivos; esta ha sido una de las preocupaciones transversales de todas las disciplinas y ciencias que la humanidad, a lo largo de su historia, ha venido desarrollando.

El término conflicto viene del latín *conflictus*, y puede ser dividido en dos partes. La primera, formada por el prefijo *con-* que significa *convergencia o unión* y, la segunda, conformada por el vocablo *flictus* que corresponde al concepto de *golpe*. A partir de esto, es

posible interferir que conflicto puede ser definido como *un golpe entre varios* que, en otras palabras, es un pleito o enfrentamiento.

Durante los comienzos de la civilización humana, la resolución de conflictos era tan o incluso más rudimentaria que la que era empleada por los animales gracias a su instinto, todo esto muy a pesar de la característica única del ser humano: la razón. Cabe señalar entonces que la razón no siempre ha estado presente para la humanidad en la misma medida y que, conforme pasa el tiempo, esta ha evolucionado y ha aumentado la capacidad de raciocinio del hombre. Es gracias a esto que la manera de hacer las cosas, incluso la de las más mínimas tareas, ha ido mutado hasta llegar a la forma en que son desarrolladas actualmente. Uno de los ejemplos más claros de esto es precisamente la forma en la que la raza humana ha evolucionado para aprender a resolver sus conflictos.

Durante la época primitiva, el método de solución de los conflictos por excelencia correspondió a lo que es conocido como la *justicia privada*. En este periodo, debido a la inexistencia del Estado, la función represiva estaba a cargo de los mismos particulares. Sin embargo, con el fin de mantener cierto grado de paz entre las ciudades, fue preciso establecer normas que determinaran la forma en la que se debería ejercer la justicia entre los miembros de distintos clanes. Este es el inicio de la justicia privada, es decir, la forma como los particulares resuelven sus conflictos por sí mismos, incluso mediante el uso de la fuerza y sin interferencia de ninguna autoridad del orden público, lo cual en la actualidad —además de estar prohibida— representa una amenaza contra el estado social de derecho.

Posteriormente, al ser reconocida la necesidad de organizar de una forma más estructural los clanes y las demás formas de agrupación, fueron surgiendo lo que hoy conocemos como *sistemas procesales*; los cuales hacen referencia a las formas, a las potestades, a las cargas, a los derechos —que tienen cada una de las partes— y a los principios e instituciones que configuran un proceso. Aunque estos sistemas no tiene como objetivo exclusivo el de resolver conflictos, si resulta esta ser la principal causa para su ejecución.

Conforme a lo anterior, se evidencia que el paso del tiempo ha permitido perfeccionar los sistemas procesales que sirven a la

sociedad como una forma racional de resolver sus disputas. Uno de los mayores avances ha sido el de la prueba, que ha cambiado drásticamente la forma en la que se recauda, quién la recuda, cómo se constituye y demás aspectos que la rodean. Este progreso ha hecho del proceso un sistema cada vez más equitativo e imparcial, pues a partir de este dotamos de racionalidad la manera en la que decidimos las disputas entre dos partes. Es así que la prueba, a medida que evoluciona la forma en la que solucionamos los conflictos (proceso), se ha convertido en ese elemento estructural que le permite al juez obtener la información necesaria para tomar una decisión de fondo. Como lo señaló Michele Taruffo (2006), en su libro *Sobre las Fronteras. Escritos sobre la justicia civil*:

La prueba judicial desempeña una función demostrativa en cuanto provee un fundamento cognoscitivo y racional para la escogencia que el juez realiza determinando una versión confiable y verídica de los hechos relevantes de la causa, y justificando racionalmente tal escogencia. Las condiciones y las modalidades con que la prueba desempeña en concreto esta función son determinadas por el contexto complejo representado por el razonamiento del juez encaminado a la formulación y a la motivación del juicio de hecho. La prueba cumple la función que le es propia cuando el juez elabora este razonamiento según criterios racionales, idóneos para asegurar su validez y confiabilidad. (p. 300)

No obstante, resulta necesario analizar las diferentes dificultades que presenta el sistema probatorio y que han sido materia de discusión durante mucho tiempo; en tanto aún se presentan problemas respecto a la forma en la que se razona la prueba y a la injerencia del sentido común en dicho razonamiento, también respecto a la forma en la que se prueban determinados hechos, a quién debe probarlos y a cómo el juez debe motivar la decisión a partir del análisis probatorio.

Por tanto, conviene hacer un breve recuento de los diferentes sistemas procesales, en materia penal, y de cómo han cambiado la forma en la que se ordena la prueba, la escogencia de quien la solicita, de quien la práctica y la manera en la que esta se valora por parte del juez a partir de los criterios de la sana crítica. Esto debido a que la prueba es un elemento cardinal dentro del proceso, un elemento que le permite al juez una reconstrucción del hecho medianamente acertada.

2. La prueba y su función en el proceso penal colombiano

La evolución jurídica, en torno a la administración de justicia —en el ámbito penal colombiano—, ha sufrido varias metamorfosis que han involucrado no solo al proceso en sí mismo, sino a la forma en la que se allega y en la que se interpreta el material probatorio. En este sentido, es preciso recordar que hasta finales del siglo pasado el proceso penal colombiano tuvo una inclinación eminentemente inquisitiva, y que fue solo hasta la Ley 600 del 2000¹ que el legislador entendió la necesidad de comenzar a alejarse de este modelo. Es por esta razón que se dice que esta ley (Ley 600, 2000) consagró un sistema mixto con tendencia al sistema acusatorio; conservando, sin embargo, algunas instituciones importantes y relevantes del sistema inquisitivo. Cuatro años más tarde es emitido un nuevo Código de Procedimiento Penal (Ley 906, 2004) con el fin de acercar el proceso penal, cada vez más, a un sistema acusatorio puro.

2.1. Ley 600 del 2000: sistema mixto

Como se dijo anteriormente, esta ley fue el primer acercamiento a un sistema acusatorio. A continuación, se identificarán y clasificarán sus características más discutidas, que son precisamente aquellas que generan una mixtura en este sistema.

- a. La ley 600 ofrece un sistema procesal predominantemente escritural, lo que corresponde al sistema inquisitivo. Paralelo a esta situación, se deja entrever un rasgo acusatorio, debido a que la etapa del juicio se desarrolla por medio de audiencias públicas. Este sistema permite además que, durante esta etapa del juicio, se practiquen pruebas que no hayan sido practicadas durante la etapa instructiva.
- b. Separación de funciones: esto quiere decir que se limitan las funciones que tienen las partes e intervinientes; específicamente el juez, como tercero imparcial, y la Fiscalía como titular de la acción penal.

1 http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0600_2000.html

En materia probatoria existen dos aspectos fundamentales que deben ser tenidos en cuenta a la hora de evaluar la naturaleza del sistema procesal penal contenido en la Ley 600 del 2000. En primer lugar, un aspecto denominado la permanencia de la prueba. Y, en segundo lugar, la posibilidad del juez para decretar pruebas de oficio y la justificación ontológica de esta facultad.

2.1.1. Permanencia de la prueba.

El principio de la permanencia de la apueba rigió el proceso penal hasta la expedición del Acto Legislativo 03 del 2002, y tal como la honorable Corte Constitucional y la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia han dicho en reiteradas ocasiones: este principio hace referencia a que las pruebas practicadas por la Fiscalía General de la Nación, desde la indagación preliminar, tienen validez para dictar una sentencia; es decir, a la vez que sirven para tomar decisiones en la etapa instructiva, tienen la misma calidad en la etapa del juicio.

Una situación que se presenta como agravante a la implementación de este principio es que solo el Estado tenía la potestad de practicar y obtener pruebas; sólo tenían importancia y fuerza los informes y dictámenes que el Estado recogía a través de la Fiscalía General de la Nación. El particular no tenía ni la facultad ni el recurso humano, logístico o técnico para practicar las pruebas; su intervención estaba prohibida y, en caso de estar en desacuerdo o de tener dudas acerca del análisis del material probatorio, el abogado defensor debía remitirse al Fiscal y solicitarle la reevaluación de determinada prueba.

La estructura anteriormente descrita constituía una evidente desventaja para el acusado y para el desarrollo de su derecho de defensa y contradicción por varias razones. En primer lugar, la falta de intermediación del juez frente a las pruebas y la imposibilidad de hacerse un juicio autónomo e independiente de las mismas. En segundo lugar, el impedimento que tenía la defensa para allegar sus propias pruebas, para elaborar con libertad su teoría del caso y para poder argumentar con herramientas técnicas y científicas.

2.1.2. Prueba de oficio

El sistema de procedimiento penal contenido en la Ley 600 de 2000 otorga, en su artículo 234, de manera abierta, la potestad de decretar las denominadas pruebas de oficio para el juez:

Artículo 234. Imparcialidad del funcionario en la búsqueda de la prueba. El funcionario judicial buscará la determinación de la verdad real. Para ello debe averiguar, con igual celo, las circunstancias que demuestren la existencia de la conducta punible, las que agraven, atenúen o exoneren de responsabilidad al procesado y las que tiendan a demostrar su inocencia. La carga de la prueba de la conducta punible y de la responsabilidad del procesado corresponde a la Fiscalía. El juez podrá decretar pruebas de oficio.

Y al respecto se pronunció, en reiteradas ocasiones, la Corte Suprema de Justicia:

Por consiguiente, el juez podrá decretar pruebas de oficio en la audiencia de juzgamiento respecto de las que se puedan derivar de las practicadas en la audiencia, ordenadas en virtud del artículo 400 del C.P.P., o en razón del traslado subsiguiente a la variación de la calificación jurídica efectuada por el fiscal a iniciativa propia o por sugerencia del juez (art. 404.1) y finalmente, cuando concluido este período probatorio, estime que hay prueba sobreviniente, necesaria para el esclarecimiento de los hechos objeto de juzgamiento (art. 409).

Para concluir el examen de los aspectos anunciados, la prueba sobreviniente, como la misma expresión lo señala, es aquella que se deriva de otra, cuya viabilidad y conocimiento emerge de la práctica de otra, cuya existencia no era conocida o de la cual no resultaba posible establecer su conducencia, procedencia o necesidad².

De los referentes normativos y jurisprudenciales anteriormente citados, es posible deducir los elementos que constituyeron y explicaron por qué le era permitido al juez decretar pruebas de oficio. Es importante hacer énfasis en que el artículo 234 de la Ley 600 del 2000 hace referencia a la verdad real, que no solo era uno de los principios que regían el proceso penal en ese momento; sino que además suponía una carga para el operador judicial, por lo que

2 Proveído de 25 de agosto de 2004. Radicación No. 22692, MP Herman Galán Castellanos. En similar sentido, sentencia de 3 de noviembre de 2004. Radicación No. 21715, MP Herman Galán Castellanos. Corte Suprema de Justicia.

el juez debía ser investido de las facultades necesarias para cumplir con dicha carga, por ejemplo el poder decretar y practicar pruebas de oficio. Ahora, el tema de la verdad real, que es causante de arduas discusiones, quedará para otro escrito.

2.2. Ley 906 del 2004: Sistema penal con tendencia acusatoria

En Colombia, la adopción mediante reforma constitucional de este nuevo sistema procesal penal, perseguía en líneas generales las siguientes finalidades:

(I) **fortalecer la función investigativa de la Fiscalía General de la Nación, en el sentido de concentrar los esfuerzos de ésta en el recaudo de la prueba;** (II) establecimiento de un juicio público, oral, contradictorio y concentrado; (III) **instituir una clara distinción entre los funcionarios encargados de investigar, acusar y juzgar, con el propósito de que el sistema procesal penal se ajustase a los estándares internacionales en materia de imparcialidad de los jueces, en especial, el artículo 8 del Pacto de San José de Costa Rica;** (IV) descongestionar los despachos judiciales mediante la supresión de un sistema procesal basado en la escritura para pasar a la oralidad, y de esta forma, garantizar el derecho a ser juzgado sin dilaciones injustificadas; (V) **modificar el principio de permanencia de la prueba por aquel de la producción de la misma durante el juicio oral;** (VI) introducir el principio de oportunidad; (VII) crear la figura del juez de control de garantías; e (VIII) implementar gradualmente el nuevo sistema acusatorio (Negrillas propias) (Corte Constitucional, Sala Plena, C-591, 2005).

De lo anteriormente expuesto, es posible deducir algunas de las características que están plasmadas en este sistema de procedimiento penal que, a pesar de su fuerte inclinación hacia un sistema acusatorio puro, no logra abandonar —de manera absoluta— todas las instituciones propias del sistema inquisitivo.

En este sentido, se conservan rasgos inquisitivos como aquel que se refiere a que los jueces deben ser nombrados por el Estado y que son sus representantes, no los del pueblo, como lo exigiría un sistema acusatorio puro. En cuanto a la Fiscalía y a sus funcionarios, estos continúan siendo funcionarios judiciales en tanto que son un organismo adscrito a la rama judicial y, además, pueden, de manera excepcional, ordenar capturas. Finalmente, es importante mencionar que aún están permitidas las capturas preventivas.

En contraposición, se modificaron características específicas de la Ley 600 del 2000 que convirtieron a este nuevo sistema en uno más cercano al acusatorio puro. Algunos de esos puntos cruciales son: por ejemplo, la realización de audiencias tanto para la acusación como para el juicio; este aspecto está íntimamente ligado a uno de los principios rectores del sistema adversarial, que es el principio de oralidad. La salvaguarda de dicho principio implicó eliminar los interminables expedientes compuestos por un sinnúmero de hojas, como consecuencia del depósito de todas las actas —que eran plasmadas por escrito y que contenían cada una de las diligencias, audiencias, peticiones de los sujetos procesales, autos, resoluciones judiciales y decisiones judiciales que se tomaban al interior del proceso—. En la actualidad, todas las actuaciones, peticiones y decisiones se toman en audiencias públicas caracterizadas por la oralidad. Otro de los grandes cambios que acarrió la aplicación de este principio tiene que ver con la prueba, debido a que todas las pruebas deben ser anunciadas, decretadas y ejecutadas de forma oral y en su debido momento procesal.

En adición, se delimitaron y se separaron —con mayor énfasis y precisión— las funciones de acusación, defensa y juzgamiento. Esta separación propició el fortalecimiento en lo que refiere a la imparcialidad del juez, que resulta imprescindible en lo que se refiere a un sistema adversarial.

2.2.1. La prueba

En materia probatoria, este sistema rompe los dos grandes pilares de la Ley 600 del 2.000: la no permanencia de la prueba y la prohibición de la prueba de oficio, que fueron debidamente explicados en los numerales anteriores.

2.2.1.1. La no permanencia de la prueba

Una de las mayores novedades de este nuevo sistema es que solo es considerada como prueba aquella que ha sido anunciada, decretada y practicada durante el juicio oral.

En tal sentido, **la prueba deja de encontrarse dispersa en varios escenarios procesales**, escrita, secreta y valorada por un funcionario judicial que no

tuvo incidencia en su recaudo, para ser practicada de forma concentrada en el curso de un juicio oral, público y con todas las garantías procesales.

Además, es preciso tener en cuenta que el nuevo modelo acusatorio es un sistema de partes, según el cual, **el imputado ya no es un sujeto pasivo en el proceso**, como lo era bajo el modelo inquisitivo, sino que demanda su participación activa, incluso desde antes de la formulación de la imputación de cargos. Por lo que, sin considerar una inversión de la presunción de inocencia, las cargas procesales se distribuyen entre la Fiscalía y el investigado, imputado o procesado a quien le corresponde aportar elementos de juicio que permitan confrontar los alegatos del acusador, e inclusive los aportados por la víctima a quien también se le permite la posibilidad de enfrentar al imputado (Negrillas Propias) (Corte Constitucional, Sala Plena, C-591, 2005).

Así es que no solamente se establece la prohibición de la permanencia de la prueba en pro de los principios de inmediación. Los cuales son, en definitiva, uno de los principios rectores de este sistema procesal, sino que además se le otorga a la defensa la posibilidad de investigar y aportar las pruebas que le sean posibles.

2.2.1.2. Prohibición de la prueba de oficio

La prohibición de la prueba de oficio representa, sin duda, uno de los avances más significativos que trajo consigo la Ley 906 del 2004. No obstante, el artículo 361 de dicho cuerpo normativo no ha permanecido impoluto en el ordenamiento jurídico; por el contrario, ha protagonizado diferentes controversias que han sido resueltas jurisprudencialmente con pronunciamientos tanto constitucionales como de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia. «Artículo 361. *Prohibición de pruebas de oficio. En ningún caso el juez podrá decretar la práctica de pruebas de oficio*» (Ley 906, 2004). Este artículo representa el desarrollo de la mayoría de los principios rectores de un sistema penal acusatorio.

Por otro lado, respecto al principio de igualdad entre las partes, respaldado constitucionalmente como un derecho fundamental consagrado en el artículo 4to de la Carta Magna Nacional (Constitución, 1991), el Tribunal Superior Constitucional ha dicho:

La Corte ha destacado las especificidades del sistema penal colombiano y ha precisado que la víctima no tiene la condición de parte sino de interviniente especial, de donde la naturaleza adversarial especialmente notoria en la etapa del juicio, reduce significativamente su facultad de participación directa, pues

su intervención alteraría los rasgos estructurales del sistema penal y por esa vía menoscabaría otros derechos o principios como el de igualdad de armas (Corte Constitucional, Sala Plena, C-260, 2011).

De lo anterior es posible asegurar que la intervención, durante el momento probatorio, por parte del juez —que se supone es el tercero imparcial— supondría que se abandona esa posición de imparcialidad para adoptar medidas que necesariamente beneficiarán a una de las partes y que, por la naturaleza del proceso penal en sí mismo, iría en detrimento de los intereses de la parte opositora.

Ahora bien, resulta entonces indispensable referirse a lo que significa y a lo que implica que el Juez desempeñe un papel imparcial durante el desarrollo del proceso jurisdiccional. Cuando se habla de imparcialidad, muchos autores y juristas coinciden en afirmar que esta es «(...) la ausencia de perjuicio o de interés subjetivo del juez en que el conflicto se solucione de determinada manera» (Sharman, 1999, p. 3).

En su libro: *La Prueba de Oficio*, Diana María Ramírez Carvajal (2009) define la imparcialidad como

disposición, está directamente relacionada con el interés positivo o negativo que el juez pueda tener en la pretensión jurídica que deba decidir o en el caso que tiene para estudio. Por ello se compromete la imparcialidad cuando el juzgador se extralimita en sus funciones e interviene directamente suplantando a una de las partes en los elementos estructurales del litigio.

Asimismo se ha pronunciado —en diferentes ocasiones— la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, abogando por su necesidad. Para traer a colación un proceso basta con recordar que la Sala Penal de la honorable Corte Suprema de Justicia, en proveído del radicado 24468 del 30 de marzo de 2006, con ponencia del Magistrado Édgar Lombana Trujillo, refirió lo siguiente:

Gravita en torno del principio de imparcialidad, muy caro a los sistemas con tendencia acusatoria, que el Juez no tenga facultades probatorias autónomas, puesto que, si tuviese atribución para decretar pruebas de oficio, se daría al traste con uno de los pilares fundamentales de ese régimen de enjuiciamiento, consistente en la definitiva separación entre actos de investigación y actos de juzgamiento, que es emblemático de las democracias contemporáneas, con el fin de evitar que el Juez predisponga el rumbo del proceso, y por ende anticipe su convicción o pierda la ecuanimidad, como podría suceder si dirige o reorienta el destino final del asunto a través de su injerencia en el tema probatorio.

Así entonces, queda claro que la tajante separación de funciones es un elemento fundamental para garantizar el principio de imparcialidad que, a su vez, garantiza el derecho de igualdad entre las partes. Todos estos engranajes son esenciales para el sostenimiento de un sistema acusatorio y, sobre todo, para el respeto de los derechos fundamentales de las partes.

Obsérvese entonces cómo el proceso penal colombiano ha depurado el sistema probatorio con la finalidad de salvaguardar cada vez más garantías tan importantes como la imparcialidad, la división de funciones referida a quien investiga y a quien juzga, la permanencia de la prueba, la prohibición de la prueba de oficio, la inmediatez; entre otras. Estas garantías intentan llevar la información al juez lo más depurada posible y sin que este se vea afectado a la hora de decidir, por elementos subjetivos que —para cualquier ser humano— son imposibles de evitar.

3. Reflexiones sobre la valoración probatoria en el proceso penal

La forma en la que se debe valorar la prueba, que finalmente sirve de sustento para la decisión de fondo, claramente aún no está delimitada como debería; precisamente porque no se entiende con precisión la función demostrativa que cumple la prueba, ni cómo se debería motivar lo decidido a partir de dicha función, que es la que finalmente permite demostrar determinado hecho. Lo anterior, aunado a que no se realiza con precisión un análisis respecto a cuán fiable es la información finalmente analizada por el juez.

En apartados anteriores se hizo referencia al deber de buscar la “verdad real”, otorgado al juez por la Ley 600 del 2000, que es el fundamento que autorizaba la permisión de la prueba oficiosa. Sin embargo, bajo la vigencia del sistema acusatorio del 2004, el deber del juez cambia, con lo que su obligación se convierte en la de hallar la “verdad procesal” basándose en las pruebas que le aportan las partes, las cuales deben conducirlo a un conocimiento más allá de cualquier duda razonable sobre la responsabilidad penal del sindicado, ya que este es el estándar de conocimiento necesario para emitir condena.

Artículo 372. Fines. Las pruebas tienen por fin llevar al conocimiento del juez, más allá de duda razonable, los hechos y circunstancias materia del juicio y los de la responsabilidad penal del acusado, como autor o partícipe (Ley 600 del 2000).

Ese convencimiento del que habla la norma se obtiene a partir de las valoraciones que hace el juez de la prueba que se recauda en el transcurso del juicio oral. Ahora, ¿cómo valora el juzgador esa información? Michele Taruffo dice

que la prueba de los hechos relevantes y la decisión que sobre la prueba se funda implican un complejo conjunto de razonamientos heterogéneos por estructura y contenido. Estos razonamientos no son reducibles a esquemas simplificados como el silogismo o de la cadena de silogismos, y no corresponden a los caracteres ni a los requisitos del razonamiento demostrativo entendido en sentido riguroso y propio (2006, p. 300).

Conforme lo anterior, cabe señalar que la valoración de las pruebas, en el sistema penal colombiano, se hace de manera “simplificada”, incluso a partir de consideraciones subjetivas o de análisis irreflexivos del juez que finalmente decide. Y es que no podría esperarse nada diferente, si la misma ley establece como criterio de valoración probatoria la “sana critica”, siendo este un concepto que no tiene una definición clara y concreta, un concepto que permite al juzgador análisis y argumentaciones sin ningún tipo de control o delimitación. Por ello, lo que un determinado juez puede considerar válido, otro podría desestimar, y de ahí la clara inseguridad jurídica que esto puede generar.

Como conclusión, queda clara la evidente evolución de los sistemas procesales en Colombia, en lo que a materia penal se refiere y, sobre todo, la forma en la que ha variado el sistema probatorio a medida que las exigencias locales y, sobre todo, las internacionales lo demandan. No obstante, queda un arduo camino por recorrer en cuanto a lo que a la función demostrativa de la prueba se refiere y, sobre todo, en cuanto al análisis y las valoraciones que el juzgador hace respecto de la misma. Ahondar en estos análisis, sin duda nos permitirá perfeccionar la forma en la que resolvemos los conflictos y, sobre todo, obtener decisiones que generen confianza social y un verdadero sentido de justicia.

REFERENCIAS

- Ramírez, Diana. (2009). *La Prueba de Oficio*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Sharman, Jeffrey. (1999). *Ética judicial, independencia, imparcialidad e integridad*. Washington D.C: Banco Interamericano de Desarrollo.
- Taruffo, Michele. (2006). *Sobre las fronteras. Escritos sobre la justicia civil*. Traducido de Sui confini. Scritti sulla giustizia civile. Bogotá: Editorial Temis.

REFERENCIAS JURÍDICAS

- Colombia. Constitución política de la República de Colombia [Const.]. (20 de julio de 1991). Recuperado de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/base-doc/constitucion_politica_1991.html
- Colombia. Congreso de la República. (julio 14 del 2000). Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. [Ley 600 del 2000]. DO 44.097
- (diciembre 19 del 2002). Por el cual se reforma la Constitución Nacional. [Acto Legislativo 03 del 2002]. DO 45.040
- (agosto 31 de 2004). Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. [Ley 906 de 2004]. DO 45.658
- Colombia. Corte Constitucional. Sala Plena. (9 de junio de 2005). Sentencia C-591. [MP Clara Inés Vargas Hernández].
- (6 de abril de 2011). Sentencia C-260. [MP Jorge Iván Palacio Palacio].
- Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. (30 de marzo 2016). Sentencia 24468. [MP. Édgar Lombana Trujillo].
- Colombia. Corte Suprema de Justicia. (25 de agosto de 2004). Sentencia 22.692 de 2004. [MP Herman Galán Castellanos]
- (3 de noviembre de 2004). Sentencia 21.715 de 2004. [MP Herman Galán Castellanos]

La función demostrativa de la prueba: una aproximación teórica en la jurisprudencia de las altas Cortes en Colombia

Carlos Alfredo Pérez Fuentes

Abogado, Magister (c) en Justicia y Tutela de los Derecho con énfasis en Filosofía del Derecho y Teoría Jurídica de la Universidad Externado de Colombia.
abog.carlosperez@gmail.com

El presente trabajo de investigación tiene como finalidad realizar un análisis de la función demostrativa de la prueba a partir de una contrastación teórica de los criterios jurisprudencial expuestos por la Corte Constitucional y por la Corte Suprema de Justicia en Colombia. El trabajo se estructurará de la siguiente forma: i) identificar las nociones generales de la función demostrativa de la prueba en la teoría del derecho probatorio; ii) analizar la función demostrativa de la prueba en Michele Taruffo; iii) examinar las “máximas de la experiencia” en los criterios de las acciones de tutela en contra de providencia judicial en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana y de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia; iv) Conclusión: Aproximación teórica a la función demostrativa de las pruebas en consonancia con los criterios jurisprudenciales establecidos por la Corte Constitucional y por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia con respecto a las “máximas de la experiencia”.

El trabajo arrojó como resultados ciertas coherencias entre las teorías expuestas por los criterios jurisprudenciales desarrollados por la Altas Cortes, aunque denotó también la necesidad de que éstas últimas apliquen los criterios contemporáneos del razonamiento probatorio, de la lógica y de la epistemología.

1. Identificación de las nociones generales de la función demostrativa de la prueba en la teoría del derecho probatorio

Siguiendo a Matheus (2003), la probática judicial se encuentra constituida por el trinomio conceptual de los conceptos de medio de prueba, de prueba y de objeto de prueba. De este modo, la prueba se constituye como el procedimiento para probar o confirmar los hechos afirmados, los medios de prueba serían los instrumentos para lograr la convicción del acaecimiento de un hecho y, finalmente, el objeto de prueba se refiere a los hechos afirmados por las partes, constituidos como afirmaciones o “narraciones” sobre los hechos acaecidos en el pasado y presentados —ante el juez— para su respectivo análisis (p. 175).

Conforme a lo anterior, se podría mencionar que la función de la prueba en el proceso judicial es “demostrativa”, debido a que está «dirigida a demostrar la verdad o falsedad de las afirmaciones factuales, debe ser asumida al interior del proceso mediante el recurso a un procedimiento de tipo racional» (Matheus, 2003, p. 176). Al respecto, Matheus (2003) cita a Taruffo (1997) para afirmar que

la prueba judicial desarrolla una función demostrativa, en cuanto provee un fundamento cognoscitivo y racional para la selección que el juez realiza individualizando una versión atendible y verídica de los hechos relevantes de la causa, y justificando racionalmente tal elección (p. 176).

Con base en lo anterior, el razonamiento probatorio del juez puede ser controlado por el exterior, además puede contener cargas de racionalidad que permitan una valoración probatoria racional (Matheus, 2003, p. 176).

Ahora bien, Matheus (2003) siguiendo a Carrata (2001) comprende que la función demostrativa de la prueba —con respecto a la verdad— no habla en términos de certeza, ni bajo la burda ficción de la distinción entre la verdad material o la verdad formal; esto se debe

a que esta función observa que la valoración judicial se encuentra en la adquisición de una probabilidad entre el *factum probandum* y el *factum probans*, mediante una probabilidad que no es cuantitativa, sino que se desarrolla en un contexto lógico.

A *contrario sensu*, el planteamiento de Matheus (2003) tiene que ver con una función demostrativa de la prueba que está relacionada con el ordenamiento procesal; de este modo, esta función encuentra plena operatividad mediante el sistema de admisión de medios de prueba abierto, mediante la valoración libre o mediante la apreciación conjunta de los medios de prueba. Observa el autor en comentario que «compartimos con Carrata que el mejor sistema probatorio será aquel que permita al juez experimentar todos los medios de prueba posibles y lícitos para obtener y determinar la verdad o falsedad del enunciado factual» (Matheus, 2003, p. 178).

De esta forma, bajo la perspectiva de este autor, la función demostrativa de la prueba debe desarrollarse en cualquier ordenamiento procesal desde una perspectiva lógica, en la que el fundamento racional en la que se encuentre llamada a operar no tenga una distinción epistemológica entre diferentes sistemas normativos.

2. Análisis la función demostrativa de la prueba en Michele Taruffo

El planteamiento de Taruffo (2006) tiene que ver inicialmente con la posibilidad de que la función demostrativa de la prueba pueda presentarse en un contexto demostración matemática y científica, en donde —fundamentado en Perelman (citado por Taruffo, 2006).— el método axiomático-deductivo no posee una función demostrativa, ya que entra al estudio del campo de argumentación retórico-persuasiva.

No obstante, observa Taruffo (2006) que la expresión “demostración” —para Perelman— juega un papel fundamental en su visión sobre la función demostrativa de la prueba; esto en razón de que su concepto proviene de una acepción matemática, propia de las ciencias formales, en donde se deben seguir las reglas de la argumentación retórica. De este modo, esta puede no ser la única acepción razonable del término “demostración”. Pero, aun así, lo

cierto es que: «En realidad, la tesis de Perelman es aceptable sólo en su parte más obvia, o sea cuando él muestra que la prueba judicial no es una demostración en el sentido científico-matemático del término» (Taruffo, 2006, p. 280).

En este contexto, Taruffo (2006) realiza un análisis exhaustivo de los principales aspectos del razonamiento probatorio, con la finalidad de constatar que este no puede ser reducido a esquemas deductivo-demonstrativo o a esquemas racionales; ya que esto debe ser comprendido dentro de un plano más amplio de la acepción de “demostración”.

En este contexto de la valoración no deductiva del procedimiento probatorio, se encuentra como ejemplo la valoración de la credibilidad del testigo. Este proceso de valoración se efectúa en las diferentes fases del proceso, con el ánimo de reconocer los juicios de valor que se emiten de acuerdo con su contexto social y cultural. En este punto, el juez emplea las nociones de “sentido común”, que se derivan de su “experiencia común” y que están directamente relacionadas con el espacio-tiempo determinado que le permite reconocer estas expresiones concretas en una sociedad.

En este punto, para Taruffo (2006), la credibilidad de un testigo no se basa en la aplicación de un modelo axiomático-deductivo mediante demostraciones matemáticas; sino que la apreciación se realiza a través del seguimiento de ciertos “criterios de control” que garantizan una justificación racional, por lo que la dificultad se centra en la adecuada determinación y el empleo correcto de dichos criterios en el proceso de valoración, dejando cierto plano de valoración subjetiva al juez.

Ahora bien, en el contexto de la escogencia de la hipótesis sobre los hechos, debe mencionarse que —dentro del fenómeno probatorio— lo que se pretende es convalidar un “hecho” con fundamento en las hipótesis que se alleguen al caso. Este “hecho” está constituido por un conjunto complejo de enunciados hipotéticos que describen lo que sucedió, razón por la cual el juez debe «escoger la reconstrucción de los hechos que parece más confiable (y por tanto “verdadera”) con base en la pruebas de que dispone» (Taruffo, 2006, p. 282).

Dicha elección no puede ser intuitiva, ni basarse en preferencias personales del juez, debido a que esta reconstrucción de los hechos

debe fundamentarse de forma racionalmente justificable. Es con relación a él que tienen origen problemáticas tales como el estudio de las inferencias de probatorias, la relevancia de los elementos de prueba, el grado de confirmación, entre otros. Observa Taruffo (2006) que:

Parece claro por otra parte que ellos no evocan y no implican razonamiento dotados de estructura deductiva, sino más bien valoraciones atinentes al grado de confiabilidad de un enunciado con base en el individuo, así como a la coherencia y a la congruencia de los datos cognoscitivos disponibles con referencia a la hipótesis que se trata de convalidar o falsar (p. 283).

En este punto se comprende que este conjunto de inferencias, hipótesis y confirmaciones obedece a una estructura de valoración probatoria derivada de grados de confiabilidad y de valoraciones de coherencias que no reducen el razonamiento probatorio solo a la “demostración” deductiva. Sin embargo, tampoco puede considerarse que sea solo retórico-persuasiva, debido a que se existe un sector de la doctrina que trabaja en el planteamiento de esquemas racionales idóneos para el descubrimiento, para el control y para la justificación de valores e inferencias del juez, con respecto a la declaración de las hipótesis sobre un hecho. De esta forma, el planteamiento de Taruffo consiste en proponer que los avances de la lógica y de la epistemología contemporánea pueden fortalecer los modelos de análisis racional en el razonamiento probatorio; de esta forma, el razonamiento probatorio —mediante el uso de la probabilidad cuantitativa o la probabilidad lógica, etc.— pretenderá garantizar el proceso de inferencia en el proceso decisorio.

En este contexto, uno de los puntos neurálgicos de esta temática es el “sentido común”, debido a que los jueces pueden tomar una decisión conforme a las “nociones de la experiencia común”. Al respecto, Taruffo (2006) menciona que el “sentido común” «se trata del conjunto de nociones, informaciones, reglas, máximas, valoraciones, que representan el patrimonio de cultura media» (p. 284) que se desarrolla en una sociedad determinada. No obstante, dicho sentido común presenta inconvenientes en la valoración probatoria, tales como la incertidumbre, la vaguedad, la variabilidad, etc.; por lo que, a pesar de todo esto, el *sentido común* es inevitable dentro del razonamiento probatorio.

El concepto del “sentido común” ha sido estudiado por autores como Stein (1893) y Carnelutti (1954) bajo la perspectiva de “máxi-

mas de la experiencia”, está se aplica mediante un método inductivo en el que el modelo silogístico-deductivo plantea la existencia de una premisa mayor (constituida por la regla general) que concluye en una deducción o en una enunciación de un hecho como verdadero (citados en Taruffo, 2006, p. 285). No obstante, esta idea de bautizar al sentido común como reglas máximas o generales que cuentan con validez lógica y confiabilidad cognoscitiva, no posee una fundamentación; debido a que se podrían generar problemas en la credibilidad, prejuicios, simplificaciones, manipulaciones, etc., al profundizar en el concepto del sentido común.

Desde la perspectiva de Taruffo, el sentido común se expresa en *topoi*, es decir, en «estándares, valoraciones, nociones genéricas, enunciaciones vagas, tendencias, orientaciones, preferencias que no son ni generalizables, ni cuantificables» (2006, p. 287). Así, recurrir a este, en el razonamiento probatorio, es inevitable. De aquí que sea necesario estudiar la confiabilidad, la corrección y la validez del uso del sentido común.

Frente a la *confiabilidad*, el autor mencionado expone que se deben determinar tres condiciones mínimas: la aceptación¹, la falsabilidad científica² y, finalmente, la no contradicción. Esto con relación a otra noción de sentido común³ que permiten garantizar que el juez pueda tomar una decisión confiable.

Frente a la *corrección*, debe mencionarse que se pretende que las nociones del sentido común deban aplicarse de forma específica y congruente con los hechos; ya que al ser tan generales o genéricas pueden resultar contradictorias o aplicables para hechos distintos, lo que generaría problemas en la confirmación racional y cognoscitiva de la decisión. Finalmente, en cuanto a la *validez* del uso del sentido común se hace referencia a la posibilidad de que este pueda ser

1 La condición de aceptación requiere que la decisión sea aceptada en el ambiente social y cultural en el que se tome: «solo las nociones e informaciones que sean evidentes y claramente patrimonio de la cultura media del ambiente social en el cual se formula de decisión pueden ser usadas sin específicas justificaciones, por lo menos hasta cuando se aduzcan razones convincentes para excluir su empleo.» (Taruffo, 2006).

2 La condición de “falsabilidad científica” está enfocada en no permitir que vulgarizaciones o simplificaciones de leyes naturales o científicas, sin base científicas, puedan ser sustentadas como sentido común (Taruffo, 2006, p. 289).

3 Esta condición de “no contradicción de noción de sentido común” permite comprender que se habla acerca de *topoi* distintos, por lo que deberían ser coherentes y compatibles entre sí. En caso de no haber dicha coherencia, esto generaría confiabilidad en la decisión (Taruffo, 2006, p. 289).

sometido a un marco de profundización dialéctica entre los sujetos procesales, que permita que se convierta en una regla confiable de aplicar para el caso concreto (Taruffo, 2006, 291)

Conforme a lo anteriormente mencionado, para Taruffo, la decisión sobre los hechos se debe fundamentar en un razonamiento basado en pruebas, el cual tuvo que haber sido desarrollado conforme a cánones y reglas de inferencia lógica. De esta forma, observa que: «No se trata en verdad (vale la pena subrayarlo aún) de deducir silogísticamente verdades ciertas de premisas generales, sino de determinar la “mejor” narración posible entre las que parecen con sentido en el caso particular» (2006, p. 292). De aquí surge la pregunta: ¿Cuáles serían los criterios racionales para la escogencia de estos hechos?

En este punto surgen diversos teóricos entre los que Taruffo identifica la tendencia psicológica que plantea que algunas situaciones de hecho pueden percibirse como esquemas o arquetipos que facilitan la comprensión y reconstrucción de los hechos. No obstante, esta tendencia puede sobreponer hechos preconstituidos que pueden no corresponder con la efectividad empírica de los hechos; es decir, puede suceder que un esquema generalizado pueda resultar radicalmente falso. Es por esta razón que la narración de los hechos «no solo debe ser persuasiva, sino sobre todo fundamentada en las pruebas y por tanto dotada de una base de veracidad» (2006, p. 293). De esta forma, se perciben dos perfiles de razonamiento probatorio: el perfil analítico⁴ y el perfil sintético u holístico⁵; este último se apega a los “criterios de grado” (mayor-menor) que permiten la escogencia de la “mejor” narración sustentada en pruebas. Pruebas que cuenten con las características de i) coherencia, que no permite la contradicción entre narraciones y, ii) congruencia, que corresponde con las hipótesis de hecho que han sido probadas.

4 La regla fundamental del perfil analítico es que toda hipótesis sobre un hecho debe estar fundamentada en una base probatoria suficiente, la hipótesis que debe escogerse es aquella que se basa en las pruebas disponibles, de aquí que se distinga un grado de confirmación y deba escogerse el que tenga mayor grado (Taruffo, 2006, p. 294).

5 La dimensión sintética u holística hace referencia a la determinación de una “historia” o “narración” global de los hechos del caso como fundamento de la decisión, es decir, el juez debe tomar una decisión con base en la “mejor narración” sustentada en pruebas, excluyendo las narraciones que no poseen sustento probatorio (Taruffo, 2006, p. 295)

Para Taruffo, este modelo de razonamiento fundado en la formulación de hipótesis que pueden llegar a ser confirmadas o falseadas se resume en un modelo de razonamiento dialéctico en el que todas las hipótesis pueden ser sometidas a un análisis crítico y distinguidas en grados de consideración que permitan tomar la mejor decisión.

Ahora bien, frente a la motivación del juicio de hecho en la función demostrativa de la prueba, Taruffo realiza una distinción entre el procedimiento de la toma de decisión y la motivación de la sentencia; esto con la intención de constatar una interrelación entre estas etapas del proceso en las que existe una especie de “rendición de cuentas”. Frente a esta rendición, el juez —conforme a criterios racionales— se adecúa a los estándares procedimentales, generando con ello un posible “descubrimiento” de la decisión. No obstante, esto no significa que en la motivación de la sentencia exista un estructura deductiva-demostrativa, en tanto pueden existir muchas formas de motivar una sentencia conforme a las teorías que trabajan esta temática. A pesar de ello, existe una tendencia a motivar la sentencia de forma “demostrativa”, aunque en estos casos pueda existir la manipulación del juez en las verdaderas razones que lo motivaron o que lo condicionaron.

Desde la perspectiva de Taruffo, motivar el juicio de los hechos puede llevar a la sobrevaloración de los elementos que justifican las hipótesis escogidas por el juez:

La tendencia a dar forma “demostrativa” a la justificación de la decisión de hecho implica una radical reducción de la complejidad de las valoraciones y de las inferencias que están en la base del juicio sobre los hechos, y por tanto una representación excesivamente simplificada del razonamiento del juez (Taruffo, 2006, p. 299).

De esta forma, atenerse al uso de la “demostración” —en sentido restrictivo—, aduciendo el método deductivo-matemático no sería aplicable para la demostración de lo jurídico, ya que esto no “demostraría” el sentido propio de la decisión.

En conclusión, para Taruffo, la prueba de los hechos implica un complejo conjunto de razonamiento heterogéneos que no pueden ser

simplificados bajo una estructura silogística derivada de la estructura del razonamiento matemático-deductivo.

Esto no implica que dicha “demostración” de los hechos no pueda valorarse bajo estructuras teóricas contemporáneas en las que se pueda redefinir la función demostrativa de la prueba bajo una perspectiva de abducción o de formulación de nuevas hipótesis a través de la contradicción dialéctica. El juez puede fundamentar su decisión basado en una versión confiable y verídica de los hechos para justificar racionalmente su decisión. En palabras del autor: «La prueba cumple la función que le es propia cuando el juez elabora este razonamiento según criterios racionales, idóneos para asegurar su validez y confiabilidad» (Taruffo, 2006, p. 301).

3. Las “máximas de la experiencia” en las acciones de tutela en contra de providencia judicial en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana y de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

En el contexto del Derecho Procesal Constitucional contemporáneo en Colombia, se han generado criterios que —por la vinculatoriedad reconocida de las sentencias de la Corte Constitucional colombiana— deben ser tenidos en cuenta para la presente investigación; toda vez que develan el sentido de lo que para esta corporación se concibe como la función demostrativa de la prueba en el contexto de la valoración probatoria y a partir de lo que se concibe como “máximas de la experiencia” o como “sentido común” en el ordenamiento jurídico colombiano.

De esta forma, la Honorable Corte Constitucional colombiana, en Sentencia T-338 de 2018 (Sala Sexta de Revisión), ha definido las “máximas de la experiencia” dentro de las causales generales de procedencia de la acción de tutela en contra de providencias judiciales. Esto siguiendo el precedente jurisprudencial establecido por la Sentencia Hito C-590 de 2005 (Corte Constitucional, Sala Plena), en la cual se establecieron requisitos generales de procedencia y requisitos específicos como causales específicas de procedencia de la acción de tutela en contra de providencia judicial, tales

como: i) el defecto orgánico; ii) el defecto procedimental; iii) el defecto fáctico⁶; iv) el error inducido; v) la decisión sin motivación; vi) el desconocimiento del precedente; vii) la violación directa de la Constitución y, finalmente, viii) el defecto material o sustantivo.

Ahora bien, ya que el contexto del defecto fáctico se encuentra íntimamente relacionado con este trabajo de investigación, se debe mencionar que este defecto se presenta cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión, o cuando la valoración de la prueba fue absolutamente equivocada (Corte Constitucional, Sala Sexta de División, T-338, 2018).

De esta forma, a pesar de que los jueces tengan la autonomía e independencia judicial para efectuar los análisis probatorios en cada caso concreto, estos poderes deben estar inspirados en el cumplimiento de los principios de la sana crítica y atender —necesariamente— a los criterios de objetividad, racionalidad, legalidad y motivación, entre otros, para respetar la Constitución y la Ley. Contrario a esto, puede generarse una valoración probatoria arbitraria, configurando así el defecto fáctico mencionado y la posibilidad de acceder a la acción de tutela en contra de providencia judicial.

En este contexto, observa la Corte que el *defecto fáctico* se configuran cuando: i) existe una omisión en el decreto de pruebas que eran necesarias en el proceso; ii) se verifica una valoración caprichosa y arbitraria de las pruebas presentadas; o iii) no se valora en su integridad el material probatorio.

En este punto, es relevante resaltar que el defecto fáctico posee dos dimensiones, una *dimensión positiva*⁷ y una *dimensión negativa*⁸. En la *dimensión positiva* el juez efectúa una valoración por completo equivocada de las pruebas o fundamenta su decisión en una prueba no apta para ello. De este modo, esta dimensión evalúa los errores en la apreciación de la prueba, o del hecho, cuando el

6 Conforme a las sentencias T-388 de 2018 y C-590 de 2015 de la Corte Constitucional Colombiana: el *defecto fáctico* se presenta cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión, o cuando la valoración de la prueba fue absolutamente equivocada.

7 Ver Corte Constitucional Colombiana. Sala Plena. (06 de marzo de 2002) Sentencia SU-159. [MP Manuel José Cepeda Espinosa].

8 Ver Corte Suprema de Justicia Colombiana. Sala Segunda de Revisión. (11 de octubre de 1994) Sentencia T-442. [MP Antonio Barrera Carbonell] y Corte Constitucional Colombiana. Sala Plena. (06 de marzo de 2002) Sentencia SU-159. [MP Manuel José Cepeda Espinosa].

juzgado se equivoca: i) al fijar el contenido de esta o, ii) al otorgarle mérito persuasivo a la prueba, apartándose de los criterios técnico-científicos y de los postulados de la lógica, de las leyes científicas, de las reglas de la experiencia; es decir, sin aplicar los principios de la sana crítica como método de valoración probatoria⁹.

En este contexto de las reglas de la sana crítica y de la experiencia, observa la Corte que, en esa medida, el sistema de la libre apreciación o de la sana crítica faculta al juez para valorar de manera libre y razonada el acervo probatorio, en donde el juez llega a la conclusión —de manera personal— sin que deba sujetarse a reglas abstractas pre-establecidas (Giacomette, (2009) citado por la Corte Constitucional en Sentencia T - 338 de 2018) Al respecto, se refiere la Corte:

La expresión sana crítica, conlleva la obligación para el juez de analizar en conjunto el material probatorio para obtener, con la aplicación de las reglas de la lógica, la psicología y la experiencia, la certeza que sobre determinados hechos se requiere para efectos de decidir lo que corresponda. (López Blanco, 2008, p. 79) (Subrayado fuera de texto).

Ahora bien, con respecto a las *máximas de la experiencia* o reglas de la experiencia establece la Corte que estas:

Son aquellas reglas de la vida y de la cultura general formadas por inducción, que constituyen una vocación espontánea o provocada de conocimientos anteriores y que se producen en el pensamiento como insumos de consecutivas inferencias lógicas (Muñoz Sabaté, 2001, p. 437). Una máxima de experiencia por definición es una conclusión empírica fundada sobre la observación de lo que ocurre comúnmente, es decir, un juicio hipotético de contenido general, sacado de la experiencia y tomado de las distintas ramas de la ciencia. (Corte Constitucional, Sentencia T - 338 de 2018) (Subrayado fuera de texto).

Además de lo anterior, se distingue la segunda dimensión del *defecto fáctico*, la *dimensión negativa*, que consiste en que el juez omite o ignora la valoración de una prueba o no decreta su práctica sin justificación alguna. Estas omisiones son determinantes para identificar la veracidad de los hechos analizados por el juez. De este modo, el defecto fáctico se genera cuando se presenta la omisión de un decreto o la práctica de pruebas, la no valoración del acervo probatorio o el desconocimiento de la sana crítica.

9 «Estos errores han sido nombrados por la Corte Suprema de Justicia como *falso juicio de identidad y falso raciocinio*» (Corte Constitucional Colombiana, Sala Sexta de Revisión, T388, 2018).

Ahora bien, en el contexto de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en Sentencia SP1467 del 12 de octubre de 2016, se observa que las máximas de la experiencia poseen una connotación distintiva a las desarrolladas por la Corte Constitucional, ya que establece que:

Las máximas de la experiencia son enunciados generales y abstractos, que dan cuenta de la manera como casi siempre ocurren ciertos fenómenos, a partir de su observación cotidiana (CSJ AP, 29 Ene. 2014, Rad. 42086, entre muchas otras). (...) Cuando el proceso inferencial pueda hacerse a partir de una máxima de la experiencia, la argumentación suele expresarse como un silogismo, donde la máxima de la experiencia es la premisa mayor, el dato demostrado (otrora llamado hecho indicador) constituye la premisa menor, y la síntesis dará lugar a la respectiva conclusión.

En el anterior apartado se establece que las reglas de la experiencia no se extraen de la “observación frecuente” de convenciones para cometer delitos, sino de la “percepción” de fenómenos frecuentes sobre el comportamiento de los seres humanos en desarrollo de sus interacciones sociales.

De esta forma, la Sala de Casación Penal determina ciertos criterios para identificar las reglas de la experiencia: i) el *nivel de generalidad* juega un papel fundamental en la validez de este argumento, es decir, la coordinación conjunta de personas para cometer cierto acto debe ser de amplia cobertura y estar demostrado; ii) las *máximas de experiencia no son enunciados generales y abstractos* que pueden o no ocurrir en la vida cotidiana, estos deben suceder de forma uniforme; iii) existen *convergencia* y *concordancia* entre los datos (no exclusión), que permitan lograr un estándar de alta probabilidad en el conocimiento de los hechos para la toma de la decisión.

En este contexto, la citada sentencia propone dos formas que permiten determinar la existencia de las reglas de experiencia:

La primera (basada en máximas de la experiencia) adopta la forma de un silogismo, donde el enunciado general y abstracto, extraído de la observación cotidiana de fenómenos que casi siempre ocurren de la misma manera, permite extraer una regla que se utiliza para explicar el paso del dato a la conclusión en un evento en particular.

En el ejemplo inicial, esta argumentación se plantearía así:

- Premisa mayor: Siempre o casi siempre que los seres humanos realizan una acción coordinada es porque previamente acordaron realizar esa acción.

- Premisa menor: Los procesados realizaron la acción de manera coordinada.
- Conclusión: los procesados previamente habían concertado la realización de la acción.

La segunda está estructurada sobre la idea de que los datos, aisladamente considerados, no tienen la entidad suficiente para arribar a una conclusión altamente probable, pero analizados en su conjunto pueden permitir ese estándar de conocimiento: le fue hallada el arma utilizada para causar la muerte, huyó del lugar de los hechos instantes después de que las lesiones fueron causadas, había proferido amenazas en contra de la víctima, etcétera (Subrayado fuera de texto) (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, SP1467, 2016).

Con fundamento en lo anteriormente mencionado, se puede observar que la Sala de Casación Penal posee dos formas claras de poder identificar las “máximas de la experiencia”: i) la primera forma es a través del silogismo que parte de la observación cotidiana de fenómenos y que permite extraer una regla general que se relaciona con la situación acontecida con la intención de concluir con respecto a un evento particular; y, ii) la segunda forma consiste en considerar que los datos, de forma aislada, pueden arribar a conclusiones probables; pero —en conjunto— pueden permitir un estándar de conocimiento sobre los hechos.

4. Contrastación de la función demostrativa de la prueba en consonancia con los criterios jurisprudenciales establecidos por la Corte Constitucional colombiana respecto a las máximas de la experiencia

Para concluir el presente trabajo de investigación se pretende realizar una aproximación teórica que permita contrastar los hallazgos evidenciados en la teoría de la función demostrativa de la prueba y los criterios jurisprudenciales establecidos por la Corte Constitucional y por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia con respecto las “máximas de la experiencia”.

En un primer momento, ha de ser necesario traer a colación algunas nociones generales. En principio, la función demostrativa de las pruebas —para Matheus (2003) y Taruffo (1997)— busca demostrar la verdad o la falsedad de las afirmaciones factuales mediante un análisis racional que se desarrolla en el interior del

proceso judicial y que permite llegar a una información verídica sobre los hechos relevantes de la causa. En consonancia con esto, se pretende que al interior del proceso judicial pueda construirse, lógicamente y con respecto a los hechos, la organización del procedimiento probatorio del juez y el control de la elaboración de su convencimiento. De esta forma, observa Matheus (2003) que la verdad debe ser entendida como probabilidad dentro del *factum probandum* y del *factum probans* que se desarrolla en un contexto lógico, un contexto en el que el juez es controlado interna y externamente dentro de la valoración probatoria. Con ello, como noción general de la función demostrativa de la prueba, se podría mencionar que lo que se pretende es que el Juez pueda desarrollar su valoración probatoria de forma lógica y de acuerdo con fundamentos racionales que no distingan sistemas normativos (Carrara, 2001; Matheus, 2003).

Ahora bien, ya que el hallazgo de la noción general de la función demostrativa de la prueba se dio en términos del razonamiento probatorio lógico, la visión de Taruffo (2006) encuentra especial concordancia. El autor italiano procede a realizar una crítica al método axiomático-deductivo de Perelman con respecto a la valoración probatoria; debido a que Perelman afirmaba que esto hacía parte del campo de la argumentación retórico-persuasivo.

No obstante, la visión de “demostración” de Perelman fue comprendida por Taruffo (2006) bajo una visión rigurosa propia del razonamiento matemático y que no se adecua a las versiones contemporáneas de la epistemología o el razonamiento lógico; con esto se concluye que, en algunos contextos, la valoración probatoria no se aplica a través del esquema silogístico, sino que atiende a criterios de sentido común o de máximas de la experiencia; los cuales son apreciados mediante el seguimiento de ciertos criterios de control que garantizan la justificación racional de la valoración del juez.

Estos criterios de control pretenden, en gran medida, dotar de validez lógica y de confiabilidad cognoscitiva la valoración probatoria del juez conforme a los criterios de aceptación, de falsabilidad científica y de la no contradicción. Además, se tiene en cuenta la corrección respecto a otras nociones de sentido común y de vali-

dez del sentido común, cuando se relacionan con la dialéctica y con los sujetos procesales. De esta forma, la escogencia de los criterios racionales, en la valoración, se relaciona —en gran medida— con la posibilidad de tomar una decisión con base en la “mejor” narración fundamentada en criterios de grado, una narración que cuenta con un amplio margen de coherencia y de congruencia en cuanto a las hipótesis de los hechos.

De aquí que lo que pretende Taruffo es que el juez pueda valorar las pruebas bajo una perspectiva de confiabilidad cognoscitiva y de validez lógica que permita justificar racionalmente su decisión.

Ahora bien, en cuanto a la contrastación con los criterios de la Corte Constitucional Colombiana y de la Corte Suprema de Justicia — para la que se tomaron las sentencias: T-388 de 2018, C-590 de 2005 y SP1467 de 2016— podemos llegar a las siguientes conclusiones:

En criterios de la Corte Constitucional colombiana, las máximas de la experiencia se conciben como reglas de vida y de la cultura general que han sido formadas por inducción, que se constituyen por vocación espontánea y que se conciben como insumos de inferencias lógicas. Son inferencias empíricas fundadas sobre la observación de lo que ocurre comúnmente, que se presenta en forma de juicio hipotético sacado de la experiencia.

Mientras tanto, para la Corte Suprema de Justicia, las máximas de la experiencia se presentan como enunciados generales y abstractos que dan cuenta de cómo ocurren ciertos fenómenos casi siempre, esto a partir de la observación cotidiana. De cierta forma, su naturaleza generalizadora tiende a permitir que puedan realizarse procesos inferenciales que permiten adecuar un silogismo en donde la máxima de la experiencia es la premisa general, el dato demostrado es la premisa menor y la conclusión sería la síntesis de dicho análisis. Es por esto que la Sala expone que estas máximas poseen ciertas características: generalidad, especificidad, convergencia y concordancia. Sin embargo, en algunos casos poseen una aplicación silogística-deductiva y, en otros casos, analizan los datos en conjunto, para lograr al estándar de conocimiento probable.

Conclusiones

Al pretender contrastar lo hallazgos encontrados en la aproximación teórica de la función demostrativa de la prueba de autores como Taruffo (2006), Matheus (2003) o Carrata (2001) con relación a los que proponen la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia, se podría concluir que existe cierta consonancia de criterios en cuanto a la necesidad de que el juez realice una valoración lógica de los elementos probatorios.

No obstante, la crítica de Taruffo se materializa en la medida en que, de cierta forma, los pronunciamientos de estas Altas Cortes se acercan al método deductivo-silogístico planteando por Perelman, sin tener en cuenta los avances que se han generado desde otras perspectivas de análisis del razonamiento, de la lógica y de la epistemología.

Tanto la Corte Constitucional como la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia suelen realizar una valoración probatoria silogística-deductiva, aunque —en algunos momentos— la Sala de Casación Penal tiende a aplicar técnicas de razonamiento probatorio cercanas al pensamiento de Taruffo; sobre todo cuando se encuentra con ciertos casos en los que los datos no pueden ser valorados de otra forma. Es por esta razón que el trabajo del profesor italiano debería someterse a consideración en un estudio aún más profundo, un estudio que permita develar —desde la teoría y desde la práctica— la importancia de la valoración probatoria contemporánea en el sistema jurídico colombiano.

REFERENCIAS

- Carnelutti, F. (1954) *La Prueba Civil*. Buenos Aires: Ediciones Arayú.
- Carrata, A. (2001). *Funzione dimostrativa della prova*. *Rivista di Diritto Processuale Civile*. Milano: Cedam. pp. 73-74.
- López Blanco, Hernán Fabio. (2008). *Procedimiento Civil*. Tomo III. Segunda Edición. Bogotá: Dupre Editores.
- Giacomette Ferrer, Ana. (2009). *Introducción a la teoría general de la prueba*. Bogotá: Señal Editora, Universidad del Rosario, Ediciones Rosaristas.
- Matheus, C. (2003). Reflexiones en torno a la función y objeto de la Prueba. *Revista de Derecho*. 16. pp. 175-186.

- Muñoz Sabaté, Luis. (2001) *Fundamentos de Pruebas Judicial Civil*. Barcelona: J. M. Bosch Editor.
- Perelman, C. (1963). La spécificité de la preuve juridique. En *La Preuve. Rec. Soc. J. Bodin*. XIX. Bruxelles.
- Stein, F. (1893). *Das private wissen des richters*. Leibzig.
- Taruffo, Michele. (1997). Funzione de la prova: la funzione dimostrativa. En *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. 3. Milano: Giuffrè-editore.
- (2006). *Sobre las fronteras*. Bogotá: Editorial Temis.

REFERENCIAS JURÍDICAS

- Colombia. Corte Constitucional Colombiana. Sala Plena. (06 de marzo de 2002) Sentencia SU-159. [MP Manuel José Cepeda Espinosa].
- Colombia. Corte Constitucional Colombiana. Sala Plena. (12 de junio de 2005) Sentencia C-590. [MP Jaime Córdoba Tribiño].
- Colombia. Corte Constitucional Colombiana. Sala Sexta de División. (22 de agosto de 2018) Sentencia T-388. [MP Gloria Stella Ortiz Delgado].
- Colombia. Corte Suprema de Justicia Colombiana. Sala Segunda de Revisión. (11 de octubre de 1994) Sentencia T-442. [MP Antonio Barrera Carbonell].
- Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. (12 de octubre de 2016). Sentencia SP1467. [MP Patricia Salazar Cuéllar].

Juicio–proceso, juicio-decisión: aporte a la paz

Gladys Teresa Herrera Monsalve

Abogada de la Universidad Nacional de Colombia, contacto: gladysh4@hotmail.com

El presente artículo busca dar cuenta de la decisión judicial, a partir de la interrelación que se presenta de los conceptos asociados a ella. Metodológicamente, el escrito está dividido en dos partes principales. En un primer apartado presentaré una reseña crítica del capítulo 4to: Juicio: Proceso, decisión del texto del texto: Sobre las Fronteras de Michele Taruffo. En este texto, el autor acude al análisis semántico para distinguir entre el juicio como proceso y el juicio como decisión, y muestra la interrelación “necesaria” entre uno y otro como premisa para la toma de una decisión judicial justa.

Es preciso advertir que la primera idea que presenta el autor se fundamenta en el hecho de que el mismo texto es una ruptura de las fronteras; las fronteras que nos hemos formado entre lo que solemos llamar la teoría y la praxis del derecho, pues el autor nos va mostrando, desde el mundo de la teoría, cómo se construye la decisión judicial que es producto de un juicio o raciocinio en el que prevalece la dialéctica, como metodología que permite la racionalidad en este proceso.

En la segunda parte me propongo explicar qué función cumple la construcción metodológica de la decisión judicial, a partir de la distinción entre juicio como proceso y juicio como decisión, en tiempos de crisis. Esto se debe a que es precisamente en

los momentos coyunturales en los que adoptar una decisión considerada como justa en el ámbito del derecho, se constituye en la premisa necesaria para la concreción del derecho a la paz.

1. Juicio: proceso, decisión

El tema de la decisión judicial justa es abordado por el profesor Italiano: Michele Taruffo a partir del análisis semántico de los términos juicio, proceso y decisión. En este sentido distingue entre el juicio como proceso y el juicio como decisión. Seguidamente, muestra la interrelación “necesaria” entre uno y otro concepto en la toma de la decisión judicial. Al respecto, en un lenguaje sencillo pero a la vez trascendente, dice que “no hay necesidad de sofisticadas especulaciones teóricas para entender que proceso y decisión están unidos por un ligamen de medio a fin, de instrumento a resultado, de premisa a consecuencia” (Taruffo, 2006, p. 142).

Explica que, en los eventos en los que el término juicio se asocia a proceso, se está haciendo referencia a una secuencia de actos concatenados de manera organizada, es decir, a una sucesión ordenada, lógica y cronológicamente concebida. Esta secuencia de actos comienza con el ejercicio de la acción y culmina con la decisión, en cuyo trámite se suceden o se propician una serie de actos intermedios, desarrollados por los sujetos intervinientes, que traen consecuencias jurídicas. Todo ello regulado por la ley¹: desde los actos introductorios hasta el acto final de la decisión (Taruffo, 2006, pp. 142-143).

Según el autor italiano, la estructura del juicio-proceso está dada por la dialéctica y por la policéntrica. El primer requisito o característica,

se basa en la contraposición entre dos (o, eventualmente, más de dos) posiciones que se manifiestan en la presentación de dos (o más) versiones de la

1 Aquí vale la pena aclarar que, si bien es cierto que el procedimiento en su generalidad está reglado; es bien sabido que, en la actualidad, el derecho es concebido como un sistema normativo de textura abierta, debido a la indeterminación del lenguaje en el cual se expresan los enunciados normativos, aún para resolver los casos que podrían considerarse como fáciles; razón por la cual no todos los aspectos procesales son pacíficos, máxime cuando se tiene un sinnúmero de disposiciones normativas, a veces contradictorias entre sí, aunado a las subreglas provenientes de la aplicación del precedente, como doctrina foránea adoptada en virtud de las migraciones de los flujos normativos provenientes del *common law* hacia sistemas originarios en el *civil law*, como el Colombiano.

situación de hecho y de derecho que constituye —en sentido muy amplio— el “objeto” de la “controversia” en la que la “puesta en escena” está constituida por grandes y trascendentales intereses y a veces hasta por la libertad de alguien (Taruffo, 2006, p. 147).

Ahora

que la estructura del proceso sea policéntrica deriva del hecho (...) de que el proceso involucra diversos sujetos cada uno de los cuales tiene una ubicación peculiar y desempeña un papel específico y distinto del de los demás, de tal manera que la secuencia de que se ha hablado antes es subjetivamente compleja (Taruffo, 2006, p. 144)

En este punto, reconoce el autor que la dinámica fundamental del proceso, desde esta óptica, obedece a por lo menos dos posiciones en conflicto; es decir, son las perspectivas en disenso, las que en últimas terminan haciendo que tenga sentido el juicio-proceso. Pues es en él en donde las partes presentan las diversas posiciones sobre la situación que genera el problema entre ellas y es allí donde también tienen cabida las hipótesis; incluso de terceros ajenos al conflicto mismo, como lo serían, por ejemplo, los testigos, los peritos y aún del propio juez. Estos terceros confluyen a través del método de la dialéctica, que permite la construcción de la decisión racional final².

Esta confrontación de posturas que bien pueden ser de tipo jurídico o probatorio, se va a dar en el marco de un debido proceso, como una garantía que permite que el procedimiento se desarrolle según las premisas normativas que lo regulan; donde se sigue el trámite previamente establecido, guiado por el juez competente, con respeto de las formalidades atinentes y con la intervención oportuna de los sujetos autorizados. Este presupuesto responde también a la

2 En este campo, por ejemplo, Robert Alexy plantea un procedimiento para la toma de la decisión que presenta en la teoría de la Argumentación jurídica; la cual construye a partir de la teoría consensual de la verdad de Habermas, en la que se define la verdad como concordancia entre enunciados y hechos. Así un hecho es lo que expresa una proposición que puede ser fundamentada discursivamente (Alexy, 2007, p. 164), en una situación ideal de diálogo en la que todos los hablantes tienen los mismos derechos, sin que exista ningún tipo de coacción, lo que sustenta las reglas generales y las reglas de la fundamentación del discurso práctico general, en el que se busca llegar a un consenso argumentativo. No obstante, Alexy considera que la teoría de Habermas debe ser complementada, en tanto solo plantea dos formas de argumentos, cuando existen muchas más; tarea que asume a través de la construcción de las normas del discurso jurídico que desarrolla, en las que los principios de razón y el principio de moral tienen asidero en los supuestos de la teoría de la deliberación práctica. De este contexto deduce, con más detalle, las reglas de la transición y las reglas de la fundamentación, que indica que se refuerzan por el principio de inercia propuesto por Perelman, según el cual: una idea aceptada no puede ser rechazada posteriormente sin un motivo suficiente (Citado en Alexy, 2007, p. 248).

libertad probatoria³ y a una debida valoración de los medios probatorios que se presenten con miras a la comprobación, o no, de las premisas fácticas que se han expuesto por los intervinientes.

Al abordar la familiaridad que se presenta entre juicio y decisión, Taruffo (2006) explica que, más allá del uso común que se le da a estos dos términos, con lo que incluso terminan confundiendo,

se trata de entender <juicio> no como genérico sinónimo de <decisión>, sino como término que indica sobre todo un método de decisión. Juicio, entonces, resulta ser una modalidad con la cual se puede llegar a la decisión, un procedimiento con el cual se realiza la actividad de decidir, mientras que la decisión en sentido estricto constituye su resultado final (...) que implica elecciones (Taruffo, 2006, p. 150).

No obstante, en el paso siguiente, explica que no toda elección presupone un juicio.

Lo que aquí interesa subrayar es que se pueden presentar como hipótesis decisiones que no son el fruto de un juicio en sentido propio, en cuanto derivan de criterios de escogencia de otra naturaleza (intuición, fuerza, dinero, estado social, fortuna, etc.) En esencia, “escogencia” no es sinónimo de “juicio”. La decisión a su vez, es siempre consecuencia de escogencias, pero no es siempre el resultado de juicios (Taruffo, 2006, p. 152).

Taruffo, nos muestra —en su teoría procesal— que la falta de precisión en el uso del lenguaje, por parte de los juristas, en algunas ocasiones puede conllevar a tener como significado de “juicio como decisión”, la mera “elección”, término que si bien implica escogencia entre varias variables, no responde a un juicio racional, sino que bien puede obedecer, en algunos casos, por ejemplo, al mero azar.

El juicio entendido de esta manera precisa da cuenta de dos singularidades que le son propias: i) *la complejidad* y ii) *la aspiración a la racionalidad*. La primera está asociada al hecho de que, el juicio como construcción de la decisión, se enfrenta a una concatenada y complicada red de procesos de escogencia por parte del juez, quien se ve com-

3 Si bien es cierto que algunos actos o contra-actos requieren —para su prueba— la demostración de la solemnidad que les ha impuesto la premisa normativa que los regula; no es menos cierto que ello implique *per se*, el desconocimiento de la libertad de presentar todos los elementos probatorios que permitan demostrar las premisas fácticas en la que se fundamenta la postura o hipótesis de una de las partes en contienda. En cada evento, corresponderá al juez tomar la decisión sobre la valoración de los mismos, de manera conjunta y atendiendo los presupuestos normativos que rigen el asunto sobre el que verse el procedimiento.

pelido a identificar: a) la norma aplicable al caso⁴; b) la interpretación de la misma⁵; c) la determinación de los hechos relevantes del caso⁶; d) la valoración de las pruebas⁷, y e) la comprobación de la verdad o falsedad de los enunciados. Esta cadena de escogencias le permitirá al juez, finalmente, la toma de la decisión judicial (Taruffo, 2006, p. 154).

Ahora, el segundo criterio dado por la *aspiración a la racionalidad* de la decisión, impone —según el autor en estudio— que existan al menos las condiciones mínimas de racionalidad del razonamiento, tales como: i) el empleo de criterios reconocibles; ii) el uso de argumentaciones racionales; iii) la coherencia interna del razonamiento, y iv) la controlabilidad intersubjetiva de su razonamiento⁸. En caso contrario, es oportuno afirmar que no se trata de juicio, sino de pura opción subjetiva del juez (Taruffo, 2006, p. 155).

Para explicar lo anterior, me permito abrir este pequeño paréntesis: Hoy por hoy se entiende que la aplicación del precedente, en la toma de decisión judicial, puede ser utilizado como criterio de racionalidad de la decisión. En torno al asunto, el profesor Bernal Pulido (2015) enuncia que cuando los enunciados normativos son de textura abierta, los precedentes concretizan el contenido de aquellas disposiciones con respecto a ciertos hechos. Al punto agrega,

la doctrina del precedente es necesaria para garantizar: (1) la coherencia del sistema jurídico —si un caso ha sido resuelto de cierta manera ajustado a derecho, es coherente que un caso idéntico o similar sea resuelto de la misma manera; (2) su estabilidad— la estabilidad del sistema jurídico requiere que el

4 En este campo, corresponde al juez determinar o escoger cuál o cuáles disposiciones normativas son aplicables a la situación procesal y sustancial específica; es decir, qué premisas normativas van a sustentar el argumento jurídico del caso. En el campo de las premisas normativas se ha de tener en cuenta, como ya lo dije con anterioridad, que hoy por hoy no hacemos referencia solo a las disposiciones normativas en sentido estricto, es decir, a la ley; sino que en ellas se deben incluir aquellas decisiones judiciales provenientes del órgano judicial, la cuales crean subreglas de derecho.

5 Para ello se ha de acudir a los diferentes criterios de interpretación del derecho, que van desde la técnica de interpretación literal. Este es también asunto propio de las premisas jurídicas que se deben exponer en la sentencia.

6 Si bien los hechos relevantes del caso se determinan teniendo en cuenta las premisas normativas aplicables al mismo; la escogencia de los mismos, propiamente dicha, corresponde a las premisas fácticas de la sentencia.

7 La valoración de las pruebas, junto con la comprobación de las hipótesis, hace parte del análisis de inferencia que debe preceder toda toma decisión. Es decir, la sentencia se sustenta en: 1) premisas de tipo normativo; 2) premisas de tipo fáctico; 3) Análisis de inferencia, que se debe corresponder con las premisas tanto de tipo normativo como de tipo fáctico.

8 Sobre el punto, Amartya Sen (2011), en su obra: *La idea de la justicia*, insiste en que es necesario que se conozcan o mejor que se reconozcan, en la decisión judicial, las premisas que la sustentan.

proceso del litigio y la aplicación de reglas para resolver casos permanezcan estables a lo largo del tiempo; (3) el principio de igualdad —el derecho debe tratar de la misma manera a individuos involucrados en casos idénticos o similares, tanto previos como futuro (Bernal Pulido, 2015, p. 108).

No obstante, es el mismo autor quien precisa que tales reglas no pueden ser inflexibles, en tanto que la coherencia de un sistema jurídico solo es posible si se evita el avance de la jurisprudencia. Esto implicaría, en últimas, desatender los desafíos de las nuevas épocas, propios, por ejemplo, de los cambios sociales; así como dejar de lado la corrección de los errores del pasado.

Aunado a lo anterior, Bernal Pulido destaca que el principio de igualdad, en ocasiones, impone la necesidad de tratar de manera diferente dos casos similares y, por ende, rechazar la aplicación del precedente. Por último, enfatiza que tanto la flexibilidad del precedente como la justicia deben ser garantizadas. De lo que concluye que los anteriores objetivos sólo son posibles si el juez puede revocar los precedentes o distinguir los casos (p. 109).

Con esta idea cierro el paréntesis. De acuerdo con lo presentado, es claro que se requiere, aún con mayor razón, que las partes hayan participado de manera activa en el diálogo que abre el proceso, pues es en este contexto en donde se podría dar cuenta de la función del precedente como garante de la coherencia y de la estabilidad del sistema jurídico.

En síntesis, Taruffo (2006) es enfático en que para evitar veredictos subjetivos por parte de los jueces, la decisión judicial debe ser controlable desde el exterior; es decir, se deben justificar las decisiones a través de la motivación. Según este criterio, se hace necesario expresar los argumentos que representan las “buenas razones” de las escogencias que permiten llegar a la conclusión⁹. En palabras del profesor italiano, esto equivale a decir que los jueces deben expresar en forma racionalmente aceptable las razones de las cuales deriva la decisión final, enunciando los criterios y los argumentos que funda-

9 En este sentido, Alexy (2007) reconoce que la decisión judicial distingue dos tipos de fundamentación: la interna y la externa. Su teoría se enfoca en la segunda de ellas, para ello diseña seis grupos de reglas y formas de justificación de los argumentos, en las cuales tiene en cuenta los cánones de la interpretación, la argumentación dogmática, el uso de los precedentes, así como el uso de formas de argumentación jurídicas especiales.

mentan estos juicios (Taruffo, 2006, p. 155) pues, de esta manera, es factible obtener una decisión justa y, por tanto, aceptable¹⁰.

Sobre la aceptabilidad o legitimidad de la decisión, Amartya Sen nos recuerda que en la práctica del derecho

se afirma muy a menudo que no sólo debe hacerse justicia, sino que también debe verse que se ha hecho justicia ¿Por qué? ¿Por qué debe importar que la gente realmente concuerde en que se ha hecho justicia, si en efecto se ha hecho justicia?...No resulta difícil, en efecto adivinar algunas de las razones instrumentales para atribuir importancia a la necesidad de que una decisión se vea como justa. De una parte, la administración de justicia puede ser en general más efectiva si se ve que los jueces hacen un buen trabajo, en lugar de cometer torpezas (...) se puede argumentar de manera plausible que si los otros no pueden ver, con su mejor esfuerzo, que una decisión es justa en un sentido comprensible y razonable, entonces no solo su aplicabilidad queda muy afectada, sino que también su solidez resulta profundamente problemática. Hay una clara conexión entre la objetividad de un juicio y su capacidad de soportar el escrutinio público (Sen, 2011, pp. 426-427).

Es decir, los ciudadanos no sólo deben saber que los jueces hacen justicia, sino que además deben ver (comprobar) que han sido justos en sus decisiones; es decir, que respondan a criterios de razonabilidad que puedan ser debatidos públicamente. En este hilo, el juicio-proceso es una condición indispensable para que pueda tener lugar el juicio como modalidad racional de decisión; en este sentido, el primero representa una condición necesaria para la posibilidad del segundo (Taruffo, 2006).

2. Decisión judicial justa: premisa para la concreción del derecho humano a la paz

En este segundo apartado me propongo explicar qué función cumple la construcción metodológica de la decisión judicial, a partir de la distinción entre juicio como proceso y juicio como decisión en tiempos de crisis. Pues es claro que es en estos tiempos en los que adoptar una decisión que se considere justa en el ámbito del derecho,

10 Sobre el tema, Feteris en la introducción de su libro: *Fundamentos de la Argumentación Jurídica*, nos dice: «(...) Todo el que expone un punto de vista jurídico y desea que otros lo acepten debe presentar argumentos que lo justifiquen. La aceptabilidad de una tesis jurídica depende de la calidad de la justificación» (Feteris, 2007, p. 19).

se constituye en premisa necesaria para la concreción del derecho humano a la paz¹¹.

Como ya lo vimos en el apartado anterior, la toma de decisión judicial racional, está dada, en primer lugar, por la realización de un juicio-proceso que sigue la cadena de procedimientos adoptados por la legislación, en los que intervienen cada uno de los sujetos procesales en igualdad de condiciones y a través de una metodología dialéctica; todo esto permite llegar a un juicio-desición, en el que el juez construye el veredicto final, valorando cada una de las hipótesis fácticas y jurídicas en conflicto que fueron sustentadas en el curso del trámite a través de un proceso argumentativo en el que se presentaron las razones para la toma de la decisión final.

En este contexto teórico, pretendo abordar la hipótesis según la cual una decisión judicial racional permite la concreción del derecho humano a la paz. Entonces, para ello me pregunto: ¿cómo pueden los jueces coadyuvar, o mejor aún efectivizar, esta garantía en el marco de un sistema jurídico como el colombiano, sistema del cual hace parte un *Acuerdo* que busca poner fin al conflicto armado interno? Para responder este interrogante se propone que los jueces deben partir de una concepción de justicia basada en la solidaridad y encaminada a la reconstrucción de las esferas humanas¹² que fueron rotas por el conflicto. En este contexto, un debido proceso resulta crucial para el logro del objetivo, en tanto conlleva a decisiones que, sometidas al proceso de deliberación pública, son aceptadas como racionales.

Lo anterior, evidencia la necesidad de revalorar la función que deben cumplir los jueces en contextos como el colombiano, teniendo como fundamento la responsabilidad del Estado de garantizar la paz y, específicamente, la misión de la judicatura de hacer prevalecer los principios de justicia que acoge el ordenamiento jurídico. Pues son los integrantes de la judicatura los que han de fundamentar la toma

11 Por ejemplo, desde el psicoanálisis, los tiempos de crisis permiten un resurgir, una nueva experiencia del derecho que lleva implícita la lucha contra la tiranía, en la que el tirano puede ser confrontado con la verdad, la verdad que se hace testimonio en la estela de muerte que ha dejado en la expansión sin límite de su goce, explica la forma en cómo el derecho puede convertirse en emancipador (García Arboleda, 2017, pp. 48 y 51).

12 Utilizo la expresión esferas humanas para referirme a aquellos aspectos de los seres humanos que se vieron violentados por la guerra, por ejemplo: su dignidad, su arraigo, su cultura, etc.

de la decisión, de tal manera que la decisión que se adopte sea considerada justa frente al caso concreto.

Así, la decisión judicial que responde a la concreción de un juicio-proceso en el que se han respetado las garantías procesales y los sujetos han cumplido los roles que les corresponde; no sólo responde a la garantía del debido proceso surtido, sino que —adicionalmente— permite que el juicio-desición se funde en criterios de racionalidad, criterios que emerjan al momento de ser objeto de control social y en los que se reconozca una providencia que responda a la construcción de la paz como fin-derecho-deber.

Por otra parte, considero importante resaltar que la paz, como derecho humano, también exige de los jueces una respuesta a los problemas concretos de justicia en tiempos razonables; es decir, un juicio-desición que se produzca como consecuencia de un juicio-proceso surtido en términos de tiempo, igualmente razonables, en el que se apliquen los cánones superiores que sustentan el ordenamiento jurídico, sin que medie ningún tipo de discriminación. Solo así se logrará una sociedad justa, en la que —como lo anotó Ralws (1995, p. 39)— las libertades básicas se den por sentadas, es decir, existan y se respeten; y los derechos, asegurados por la justicia, no estén sujetos al regateo político ni al cálculo de intereses sociales.

Lo dicho nos pone de presente que los jueces, en contextos de crisis de los sistemas políticos o como sucede en este momento en Colombia —donde se vive un tiempo de transición hacia un nuevo orden fundado en la inclusión de una insurgencia (en algunas ocasiones invisibilizada, así como las causas que originaron el conflicto)—, deben asumir vehementemente la defensa de los principios de justicia, respecto de los cuales existe consenso en la sociedad, y aplicarlos efectivamente en aras de garantizar la función socio-integradora del derecho. Esto debe lograrse respetando no solamente la seguridad jurídica, sino que adicionalmente se tome en consideración la pretensión de legitimidad del sistema que

exige decisiones que no sólo concuerden con el trato que en el pasado se dio a casos análogos y con el sistema jurídico vigente, sino que deben estar también fundamentadas racionalmente en lo tocante a la cosa misma, a fin de poder ser aceptadas por los miembros de la comunidad jurídica como decisiones racionales (Habermas, 1998, p. 268)

Solo así podremos lograr la concreción de la paz como fin- derecho-deber, a través de la aplicación de un derecho fundamentado en las premisas básicas de nuestra Constitución. Pues nuestra Carta reconoce una amplia gama de derechos y libertades, cuya garantía implica, en últimas, hacer más humano lo humano en el ámbito de las discusiones democráticas e incluso sobre las mismas decisiones judiciales, las cuales son producto de la posibilidad de deliberación sobre los asuntos públicos. De esta manera reconocemos, como lo hace Amartya Sen, que la democracia está íntimamente relacionada con la idea de justicia (Sen, 2011, p. 423) y que es propio de las sociedades democráticas contar con el derecho a un juez que construya la decisión judicial basada en un juicio-proceso deliberativo.

Conclusiones

A manera de conclusión, me permito insistir en la idea de Taruffo de entender el juicio-decisión como producto del juicio-proceso; es decir, que entre estos dos conceptos existe una interrelación, como él mismo lo dice, de premisa a consecuencia. En estos términos, toda sentencia judicial debe estar cimentada en un procedimiento dialógico en el que participen cada uno de los actores intervinientes, exponiendo de manera clara las diferentes hipótesis que se discuten y respetando los cánones procesales que rigen la actuación, lo que permite la toma de una decisión razonada, basada en premisas fácticas y jurídicas cuidadosamente estudiadas a través de un análisis de inferencia que ayuda a que se llegue a una decisión que soporte el escrutinio público.

Desde esta óptica, la concreción del derecho humano a la paz requiere que la sociedad en general y, en especial, que quienes administran justicia, se concienticen de la necesidad de la justificación racional de las decisiones judiciales a través de un método que permita la interacción de los diferentes actores procesales. Esto, independientemente del tipo de procedimiento que se siga, pues las garantías procesales y, en especial, la garantía de un juez que realice un juicio- proceso que lo lleve a un juicio-decisión racional, hace parte del quehacer en pro de la efectivización de la paz.

En este punto, los jueces y juezas debemos repensar el papel que nos corresponde en tiempos de cambio y, como lo dice Pier Legendre

(2017), encontrar el camino emancipador que el derecho nos brinda, al tener la posibilidad de ver al ser humano que está al frente y de reconstruir el tejido social desde todas las aristas de la sociedad. El derecho, desde su función socio-integradora, actúa como garante de la gama de derechos y principios fundantes del Estado, los cuales son predicables no solo para quienes habitamos transitoriamente en este momento, sino para las generaciones futuras, a quienes les debemos garantizar una convivencia en paz.

REFERENCIAS

- Alexy, R. (2007). *Teoría de la Argumentación Jurídica*. Lima: Palestra Editores.
- Bernal Pulido, C. (2015). El Precedente y la Ponderación. En Bernal Pulido, C., & Bustamante, T. *Fundamentos filosóficos de la Teoría del Precedente Judicial*. (pp. 105-124). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Feteris, E. (2007). *Fundamentos de la Argumentación Jurídica*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- García Arboleda, J. F. (2017). El Reverso de la Tiranía: Psicoanálisis y Derecho para los Tiempos Dificiles. En *Psicoanálisis y Derecho* (pp. 9-58). Bogotá: Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes.
- Habermas, J. (1998). HAB Indeterminación del derecho y racionalidad de la administración de justicia. En *Facticidad y Validez*. Madrid: Trotta.
- Legendre, P. (2017). *La otra dimensión del derecho*. En *Psicoanálisis y Derecho*. (pp. 65-95). Bogotá : Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes.
- Rawls, J. (1995). *Teoría de la Justicia*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Sen, A. (2011). *La idea de la justicia*. H. V. Villa (Trad.). Bogotá: Penguin.
- Taruffo, M. (2006). Sobre las Fronteras. *Escritos sobre la Justicia Civil*. Bogotá: Temis.

REFERENCIAS JURÍDICAS

- Colombia. Corte Constitucional Colombiana. Sala Primera de Revisión. (12 de febrero de 2018). Sentencia T-027. [MP Carlos Bernal Pulido].

Esta revista se digitalizó en Rionegro, Antioquia,
el 22 de agosto de 2020

TEMAS PROCESALES

Volumen 32

Edición Especial

Enseñanzas de Taruffo y el contexto colombiano

La Revista Temas Procesales es una publicación de divulgación científica, propuesta para servir como plataforma de intercambio de conocimientos entre los investigadores que se dedican —actualmente— al estudio del derecho procesal y de la justicia. Su principal enfoque es convertirse en un importante recurso de investigación tanto para los estudiantes de pregrado como de posgrado relacionados con el derecho en Colombia; en este sentido, la revista busca ser receptora de artículos elaborados por los más importantes procesalistas a nivel mundial y nacional, al mismo tiempo que pretende ser un espacio en el que los estudiantes de derecho puedan relacionarse con la creación y publicación de artículos científicos.



Temas Procesales

—Revista de la Red para el Estudio del Proceso y la Justicia—

ISSN:2619-3655