

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 conocerdes 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].