

Nuevas tendencias del derecho probatorio

Segunda edición ampliada

Horacio Cruz Tejada (coordinador)

NUEVAS TENDENCIAS DEL DERECHO PROBATORIO

NUEVAS TENDENCIAS DEL DERECHO PROBATORIO

Segunda edición ampliada

Horacio Cruz Tejada
(coordinador)

Nuevas tendencias del derecho probatorio / Horacio Cruz Tejada (coordinador). – Segunda edición. – Bogotá: Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Ediciones Uniandes, 2015.
226 páginas; 17 x 24 cm.

Otros autores: Ricardo Posada Maya, Sigifredo Espinosa Pérez, Michele Taruffo, Jordi Ferrer Beltrán, Jairo Parra Quijano, Ulises Canosa Suárez, María del Socorro Rueda Fonseca, Fredy Hernando Toscano López.

ISBN 978-958-774-184-1

1. Prueba (Derecho) 2. Derecho probatorio 3. Derecho procesal I. Cruz Tejada, Horacio II. Universidad de los Andes (Colombia). Facultad de Derecho

CDD 347.06

SBUA

Primera edición: agosto del 2011

Segunda edición: agosto del 2015

© Horacio Cruz Tejada (coordinador)

© Universidad de los Andes, Facultad de Derecho

Ediciones Uniandes

Calle 19 n.º 3–10, oficina 1401

Bogotá, D. C., Colombia

Teléfono: 3394949, ext. 2133

<http://ediciones.uniandes.edu.co>

infeduni@uniandes.edu.co

ISBN: 978-958-774-184-1

ISBN e-book: 978-958-774-185-8

Cuidado de los textos: Tatiana Grosch

Diagramación interior y de cubierta: Procreditor

Impresión:

Nomos Impresores

Diagonal 18 Bis n.º 41-17

Teléfono: 2086500

Bogotá, D. C., Colombia

Impreso en Colombia – *Printed in Colombia*

Todos los derechos reservados. Esta publicación no puede ser reproducida ni en su todo ni en sus partes, ni registrada en o transmitida por un sistema de recuperación de información, en ninguna forma ni por ningún medio, sea mecánico, fotoquímico, electrónico, magnético, electro-óptico, por fotocopia o cualquier otro, sin el permiso previo por escrito de la editorial.

CONTENIDO

PRESENTACIÓN A LA SEGUNDA EDICIÓN	IX
PRESENTACIÓN A LA PRIMERA EDICIÓN	XI
 EL MANEJO DE LA PRUEBA EN EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL	 1
 OBJETOS DE PRUEBA FUNDAMENTALES PARA LA IMPUTACIÓN DE CRÍMENES DE GUERRA Ricardo Posada Maya	 3
 LA PRUEBA EN EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL DESDE LA PERSPECTIVA NACIONAL Sigifredo Espinosa Pérez	 31
 LA PRUEBA Y SU MOTIVACIÓN	 39
 CONSIDERACIONES SOBRE PRUEBA Y MOTIVACIÓN Michele Taruffo	 41
 APUNTES SOBRE EL CONCEPTO DE MOTIVACIÓN DE LAS DECISIONES JUDICIALES Jordi Ferrer Beltrán	 57

LA MOTIVACIÓN DE LA PRUEBA Jairo Parra Quijano	77
LA MOTIVACIÓN DE LA PRUEBA Ulises Canosa Suárez	91
EL MANEJO JUDICIAL DE LA PRUEBA INDICIARIA	101
OBSERVACIONES SOBRE LA PRUEBA POR INDICIOS Michele Taruffo	103
RAZONAMIENTO JUDICIAL FUNDADO EN EL PRECEDENTE	117
PRECEDENTE Y JURISPRUDENCIA Michele Taruffo	119
LA PRUEBA ES LIBERTAD, PERO NO TANTO: TEORÍA DE LA PRUEBA CUASIBENTHAMIANA Jordi Ferrer Beltrán	137
LA FORMA DE ARGUMENTACIÓN JURÍDICA DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES QUE ESTUDIAN EL DESISTIMIENTO JUDICIAL ESPAÑOL María del Socorro Rueda Fonseca	159
LA PRUEBA DEL DOCUMENTO ELECTRÓNICO EN EL PROCESO CIVIL	173
LA PRUEBA DOCUMENTAL ELECTRÓNICA FRENTE AL DOCUMENTO EN SOPORTE PAPEL Horacio Cruz Tejada	175
ALGUNOS SUCEDÁNEOS DE LA PRUEBA	201
LA FUNCIÓN PROBATORIA DE LAS PRESUNCIONES LEGALES EN EL PROCESO CIVIL COLOMBIANO Fredy Hernando Toscano López	203

PRESENTACIÓN A LA SEGUNDA EDICIÓN

Horacio CRUZ TEJADA*

Esta segunda edición de *Nuevas tendencias del derecho probatorio* constituye para sus autores, sin duda alguna, motivo de gran satisfacción, pues es una muestra de la aceptación que ha tenido el libro en la comunidad jurídica y el interés que tienen los estudiosos del derecho procesal y probatorio de conocer otras posturas sobre temas que resultan sensibles y complejos, no sólo en la práctica forense sino también en la doctrina.

Como lo planteamos en la primera edición, la selección de los temas corresponde a los que se debatieron en el II Congreso Internacional de Derecho Procesal: Nuevas Tendencias del Derecho Probatorio, realizado en esta casa de estudios hace unos años. En esta segunda edición, los autores retomaron aquellos temas y algunos se ajustaron conforme a las nuevas posturas jurisprudenciales y legislativas sobre la materia.

También se incluyeron dos artículos nuevos en los que se aborda el estudio de temas que resultan de la mayor importancia en el derecho probatorio, por lo demás, escritos en un lenguaje claro y sencillo, sin perder la rigurosidad que caracteriza toda la obra. Así, entonces, a los cuatro ejes temáticos desarrollados en la primera edición —el manejo de la prueba en el derecho penal internacional, la motivación de la prueba, el manejo judicial de la prueba indiciaria y el razonamiento judicial fundado en el precedente— les sumamos el estudio de la prueba del documento electrónico en el proceso civil y algunos sucedáneos de la prueba.

Tenemos la esperanza de que este libro despeje una buena cantidad de interrogantes sobre las nuevas tendencias del derecho probatorio y se convierta en consulta obligatoria para jueces, abogados, investigadores y estudiantes de derecho.

* Exdirector del Área de Derecho Procesal y del Consultorio Jurídico de la Universidad de los Andes, profesor de cátedra de esta institución. Correo electrónico: h.cruz60@uniandes.edu.co.

PRESENTACIÓN A LA PRIMERA EDICIÓN

Horacio CRUZ TEJADA

Desde hace un tiempo, el Área de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes ha venido incorporando dentro de sus estudios y productos de investigación las nuevas tendencias del derecho procesal nacional e internacional. Es por ello que reunió a un grupo de juristas de talla internacional para que presentaran a la comunidad académica, en el marco del II Congreso Internacional de Derecho Procesal: Nuevas Tendencias del Derecho Probatorio, el estado actual con respecto a cuatro temáticas del derecho probatorio, que son:

- El manejo de la prueba en el derecho penal internacional.
- La motivación de la prueba.
- El manejo judicial de la prueba indiciaria.
- Razonamiento judicial fundado en el precedente.

Para tal efecto, se plantearon los siguientes objetivos centrales:

- Conocer y analizar las cuatro temáticas del derecho probatorio desde una perspectiva global.
- Discutir la importancia del derecho probatorio a través de la comparación de sistemas jurídicos en diversas materias trascendentales para la administración de justicia.
- Identificar y destacar la importancia que tiene el derecho probatorio en el cumplimiento de la función jurisdiccional.
- Destacar la importancia que tiene el derecho probatorio para el reconocimiento de los derechos del justiciable, la motivación de las decisiones judiciales y la valoración de las pruebas, atendiendo a la libertad de los medios de prueba y a las reglas de la sana crítica.
- Plantear la discusión acerca del manejo de la prueba con ocasión de la entrada en vigencia de la Corte Penal Internacional, partiendo de las reglas en materia probatoria de los tribunales *ad hoc* y del sistema jurídico colombiano.
- Discutir y dilucidar los planteamientos identificados respecto a la manera como se debe abordar la valoración de la prueba indiciaria.

- Desarrollar parte de la problemática involucrada en el razonamiento del juez cuando debe argumentar y fallar, bien sea por medio de herramientas de la lógica o por medio del uso del precedente jurisprudencial.

Dejando de lado estas anotaciones generales, explicaré a continuación brevemente las razones que motivaron el estudio de las cuatro temáticas señaladas, enmarcadas dentro de las nuevas tendencias del derecho probatorio.

EL MANEJO DE LA PRUEBA EN EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL

Con la entrada en vigencia plena de la Corte Penal Internacional y la determinación con que los tribunales de justicia transnacionales han empezado a vigilar la situación colombiana, es más que oportuno iniciar el estudio y análisis sobre qué, cómo y cuáles serán los medios probatorios que darán estructura a las posibles investigaciones que se realicen y que, por supuesto, estén dentro de la competencia de la Corte Penal Internacional, según el Estatuto de Roma (ER). Asimismo, es de vital importancia tener claridad acerca de cuál es el objeto de prueba frente a los crímenes internacionales.

Así pues, es de la mayor importancia que la academia y la rama judicial del poder público converjan en este escenario, para discutir la importancia de la “prueba” y el objeto de prueba, a la luz de varios temas que están ligados a nuestro país.

LA MOTIVACIÓN DE LA PRUEBA

Siempre se ha confundido la motivación de la prueba con la motivación de las decisiones judiciales. Si bien guardan estrecha relación, no son lo mismo. El juez, en el ejercicio de la función jurisdiccional, debe argumentar sus decisiones y “exponer razonadamente el valor que le asigne a cada prueba”. Para ello es importante tener claridad en ¿qué significa motivar?, ¿qué se motiva?, ¿cuál es la finalidad de la motivación?

Los hechos y las pruebas coexisten en el proceso. De ahí que el juez, cuando debe resolver un asunto, jamás puede sustraerse de la prueba de los hechos, los cuales, en últimas, son el pilar fundamental de la sentencia, de tal manera que la sentencia debe estar motivada según lo pedido y lo probado. No obstante, vale la pena plantear el siguiente interrogante: ¿hasta qué punto este binomio ideal, prueba y hechos, le permiten al juez fallar con justicia? Es aquí donde el razonamiento de un juez y su justificación en la sentencia deben decidir entre un concepto de verdad o entre un concepto de proceso cercano a la verdad. En consecuencia, la motivación

de las pruebas resulta ser transversal y trascendental en la manera como se administra justicia en cualquier ordenamiento.

EL MANEJO JUDICIAL DE LA PRUEBA INDICIARIA

Resulta de suma importancia haber abordado el estudio de este tema, máxime si se pone de presente la dificultad en la valoración de este medio de prueba. Bien lo planteó Taruffo al señalar que: “Los libros sobre pruebas usualmente dedican un espacio muy limitado y casi residual a la prueba por indicios, como si se tratara de un elemento probatorio secundario y de uso poco frecuente. Por ello, a menudo, los indicios reciben una atención apresurada y superficial”.

No obstante, a diferencia de lo que señala este autor, quien asimila la prueba indiciaria a las presunciones, se presentó una postura contraria por parte de los profesores Yesid Reyes y Ramiro Bejarano, quienes plantearon la distinción que debe hacerse entre indicios y presunciones. Al respecto, señaló en su ponencia Ramiro Bejarano que, en nuestra legislación, el indicio es un medio de prueba, diferente a lo que ocurre con la presunción, la cual está relevada de prueba, “precisamente porque el legislador, frente a unas reglas de la experiencia, ha concluido que ante determinados hechos, por repetirse rutinariamente, están exentos de prueba; esa es la tesis que acoge nuestra legislación”.

RAZONAMIENTO JUDICIAL FUNDADO EN EL PRECEDENTE

Los panelistas que conformaron la mesa de discusión abordaron el tema desde una perspectiva del razonamiento fundado en el precedente. Este tema ha cobrado mucha importancia en nuestro entorno, dado que el precedente ya no es una característica que identifica exclusivamente los sistemas del *common law*, sino que se hace presente también en los sistemas de *civil law*. Asimismo, se trataron las formas de argumentación jurídica, desde una perspectiva de derecho comparado, analizándose específicamente los contextos italiano, español y colombiano.

La conexión entre el precedente y la argumentación jurídica es innegable; la referencia al precedente influye sobre la argumentación jurídica, tarea que se ve reflejada en la motivación de la sentencia.

Finalizo esta presentación agradeciendo a todos los panelistas nacionales e internacionales que nos acompañaron en el II Congreso Internacional de Derecho Procesal: Nuevas Tendencias del Derecho Probatorio, quienes enriquecieron el debate académico con sus valiosos aportes.

EL MANEJO DE LA PRUEBA
EN EL
DERECHO PENAL INTERNACIONAL

OBJETOS DE PRUEBA FUNDAMENTALES PARA LA IMPUTACIÓN DE CRÍMENES DE GUERRA

Ricardo POSADA MAYA*

ASPECTOS GENERALES

La presente contribución académica aborda el tema de la prueba en los crímenes de guerra y para ello se estudian, no los *medios de prueba*¹ —como mecanismos que permiten demostrar la existencia de un determinado hecho procesal desde el punto de vista cognitivo de su ocurrencia, con relevancia jurídica para el objeto de un proceso penal—, tema usual en este tipo de textos académicos, sino los *objetos de prueba fácticos y jurídicos*² —*thema probandum, quod in iudicium deductum*— necesarios como elementos de prueba para demostrar los tres

* Profesor del Área de Derecho Penal, Procesal Penal y Criminología, y director del grupo de investigación Cesare Beccaria de la Universidad de los Andes (Bogotá, Colombia). Doctor en derecho por la Universidad de Salamanca, España. Esta ponencia fue presentada en el II Congreso Internacional de Derecho Procesal, el 26 de febrero de 2010, en la Universidad de los Andes. Mis agradecimientos al profesor Horacio Cruz Tejada.

¹ Sobre este concepto: Cf. Gustavo Arocena, Fabián Ignacio Balcarce y José Daniel Cesano. *Prueba en materia penal*. Buenos Aires, Astrea, 2009, p. 26. Estos autores distinguen el concepto de medio del concepto elemento de prueba. Asimismo: Jorge Cardoso. *Manual de las pruebas judiciales*. Tomo I, Bogotá, ABC, 1969, pp. 19-20; Erich Döhring. *La prueba, su práctica y apreciación* (Tomás A. Banzhaf, trad.). Buenos Aires, Ed. Jurídicas Europa-América, 1986, p. 19; Pietro Ellero. *De la certidumbre en los juicios criminales o tratado de la prueba en materia criminal*. Madrid, Reus, 1968, pp. 39-40: señala que los medios de prueba son aquellas circunstancias en las que el delito se induce; Eugenio Florián. *De las pruebas penales*. Tomo I, Bogotá, Temis, 1998, p. 98: “En definitiva, medio de prueba es la operación en virtud de la cual se verifica el contacto, directo o indirecto, entre el juez (justamente con los demás sujetos procesales) y el objeto de la prueba”. Jesús Ignacio García Valencia. *Las pruebas en el proceso penal*. Bogotá, Ibáñez, 1993, p. 104: “Son los actos por medio de los cuales se incorpora al proceso el conocimiento sobre los hechos materia de la decisión judicial”. C. J. A. Mittermaier. *Tratado de la prueba en materia criminal* (Primitivo González del Alba, trad.), 7ª ed. Madrid, Reus, 1916, p. 104; Gustavo Humberto Rodríguez. *Pruebas penales colombianas*. Tomo I, Bogotá, Temis, 1970, p. 53.

² Cf. Arocena, Balcarce y Cesano, *Prueba en materia penal*, p. 39: “materialidad sobre la cual recae la actividad probatoria, es decir, lo que se puede o debe probar”; Cardoso, *Manual de las pruebas judiciales*, pp. 23-24; Döhring, *La prueba, su práctica y apreciación*, p. 13; Florián, *De las pruebas penales*, p. 98: “hay un objeto de prueba principal, que es el hecho del delito, y que existe un objeto de prueba accesorio o secundario, que son los hechos distintos del delito, pero conexos, de los cuales puede deducirse el delito. / [...] el objeto de prueba se amplía tanto cuanto lo exigen las circunstancias directas o indirectas que pueden servir a hacer conocer la verdad; pero todas esas circunstancias convergen a la comprobación del hecho fundamental, esto es, la imputación”; García Valencia, *Las pruebas en el proceso penal*, pp. 83-84: “en el ámbito del derecho penal son objeto de prueba aquellos hechos en sentido general que integran los supuestos de hecho de las normas penales aplicables en el proceso y los vinculados a ellos que legalmente se puedan debatir dentro del mismo”; Cf. Gustavo Peláez Vargas. *Manual de pruebas penales*. Bogotá, Jurídicas Wilches, 1981, p. 8; Tiberio Quintero Ospina. *Las pruebas en materia penal*. Bogotá, Jurídicas Wilches, 1991, pp. 108 y ss.; Rodríguez, *Pruebas penales colombianas*, pp. 75 y ss.

“pilares” fundamentales que permiten imputar en un proceso judicial, a partir de un determinado y específico hecho procesal, un comportamiento como un crimen de guerra³. Los objetos de prueba en este sentido se entienden, valga la redundancia, como aquellos *objetos fácticos y jurídicos de la labor y práctica probatoria del juez y los objetos pertinentes y válidos de discusión de los intérpretes, en particular, dada su especial relevancia jurídica para resolver el litigio*. Ello permitiría determinar la existencia de un crimen de guerra como una conducta criminal (típica, antijurídica y culpable) y la responsabilidad de los autores, dentro de los cuales cobran especial importancia en nuestro medio los máximos responsables⁴.

Es necesario tener en cuenta que los objetos por tratar no sólo son comunes a la prueba en el derecho internacional penal (ER, art. 8°), sino que también son referentes ineludibles en la dinámica probatoria del derecho penal doméstico, aplicable en nuestro medio a partir de los crímenes graves contra el derecho internacional humanitario (DIH), tipificados en la Ley 599 de 2000, art. 135 y ss. (en adelante CP). Dichos “pilares” son, a saber: a) el conflicto armado como objeto de prueba; b) los elementos de los crímenes como objetos de prueba particulares; y c) la relación contextual entre el crimen individual y el conflicto armado como objeto de prueba, lo que fundamenta la especialidad de la ley aplicable. Estos son, entonces, los elementos que permiten demostrar que un crimen contra el DIH fue realizado *en desarrollo y con ocasión de un conflicto armado*.

En este orden de ideas, es necesario precisar que en el derecho penal no siempre es correcto afirmar que basta el señalamiento del objeto general por probar como un hecho notorio —aquel que no requiere prueba precisa por su condición de conocimiento público: *notoria non egent probatione*—, para dar por demostrados los elementos que eventualmente lo componen y que se requieren para la imputación de un crimen de guerra individual. No basta decir en términos generales y políticos que el conflicto armado interno colombiano es un hecho notorio, por ejemplo, para dar por ciertos los elementos del conflicto armado, que deben ser plenamente demostrados en un proceso para aplicar, en San Andrés Islas,

³ Sobre este concepto en nuestro medio, cf. C. Const., Sentencia C-578/2002, C. Vargas.

⁴ En este sentido véase la Directiva 0001 del 4 de octubre de 2012 de la Fiscalía General de la Nación, que define a los máximos responsables como: “(i) aquel que dentro de la estructura de mando y control de la organización delictiva sabía o podía prever razonablemente la perpetración de crímenes en desarrollo de la ejecución de los planes operativos; y (ii) de manera excepcional, se trata de aquellas personas que han cometido delitos particularmente notorios, con independencia de la posición que ocupaban en la organización delictiva”. A ello hay que agregar que los comportamientos punibles deben ocurrir en desarrollo de las hostilidades, el mando y el control de los miembros del grupo combatiente (o del aparato organizado de poder) debe ser efectivo y el conocimiento debe tener en cuenta las circunstancias, la naturaleza y los elementos específicos de las operaciones militares.

un homicidio en persona protegida (CP, art. 135) y no un homicidio agravado común (CP, art. 103 en conc. art. 104), o un delito de toma de rehenes (CP, art. 148) y no un secuestro extorsivo (CP, art. 169). Es necesario demostrar que en San Andrés Islas existió un fenómeno de violencia generalizada que puede ser catalogado como un conflicto armado interno, lo que no sólo permite aplicar el DIH en un primer nivel general, sino también en un segundo nivel particular, utilizando el derecho penal como instrumento de sanción. Puede afirmarse con García Valencia que:

La exención de prueba para el hecho notorio no opera en el proceso penal respecto del *hecho constitutivo de delito*. Sencillamente porque la notoriedad es eminentemente subjetiva, se traduce en el conocimiento general del acaecimiento físico de un suceso sin indagar en sus raíces psicológicas. En el marco de un derecho penal de culpabilidad no puede declararse la responsabilidad penal con base en la notoriedad del hecho porque ello implicaría derivar responsabilidad objetiva⁵. (cursivas fuera de texto)

Hay que anotar que este tipo de fenómenos pueden ser reconocidos por las partes procesales mediante estipulaciones probatorias en el proceso penal (CPP, art. 356 num. 4 y parág.).

Un enfoque absolutamente objetivo del conflicto armado, que lo entienda como una simple condición objetiva de punibilidad de los respectivos delitos, también vulnera el principio de culpabilidad y supone aplicar los tipos penales respectivos —sobre delitos graves— con fundamento en una responsabilidad objetiva, ampliamente prohibida en Colombia por el CP, artículo 12.⁶

EL CONFLICTO ARMADO COMO OBJETO DE PRUEBA

Ahora bien, a fin de determinar cuáles son los requisitos mínimos que deben concurrir en una situación de crisis interna para que esta pueda ser estimada como un “conflicto armado” por el juez en un proceso penal y, por lo tanto, sea aplicable el derecho penal que prohíbe los comportamientos que lesionan o

⁵ García Valencia, *Las pruebas en el proceso penal*, p. 91. En el mismo sentido, cf. Florián, *De las pruebas penales*, pp. 134 y ss., y 138: “la notoriedad no exonera por sí misma de prueba a los hechos a que se vincula; pero sí los podrá eximir de prueba cuando, una vez planteada, como objeto de controversia en el proceso, la cuestión de su existencia, no surjan discusiones al respecto”. En contra: Arocena, Balearce y Cesano, *Prueba en materia penal*, pp. 40 y 41, quienes niegan toda necesidad de prueba, también con respecto a los hechos evidentes. Ello dependerá, en todo caso, de los ordenamientos jurídicos pertinentes.

⁶ Cf. Kai Ambos. *Los crímenes del nuevo derecho penal internacional*. Bogotá, Ibáñez, 2004, p. 91. No puede olvidarse que el principio de culpabilidad (CP, art. 12) es una norma rectora prevalente frente a las demás normas del ordenamiento jurídico-penal (CP, art. 13).

ponen en peligro a las personas y bienes protegidos por el DIH, hay que partir del concepto de “conflicto armado” previsto en el Protocolo Adicional II de 1977 a los Convenios de Ginebra de 1949, en el ER artículo 8º (Ley 742 de 2002) y en los elementos de los crímenes (Ley 1268 de 2008), en particular, de los crímenes de guerra.

Hay que advertir que el artículo 3º común⁷ (como codificación sumaria y especial del DIH) no define qué es un conflicto armado, mientras que la definición de este fenómeno aparece por primera vez en el Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra⁸ (Ley 171 de 1994). Se trata de una definición positiva de la cual se desprenden los principales elementos que sirven para determinar la existencia de un conflicto armado, a saber: “la existencia de enfrentamientos armados entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo⁹”.

⁷ Art. 3º común a los CG de 1949: “*Conflictos no internacionales*. En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes, cada una de las Partes en conflicto tendrá la obligación de aplicar, como mínimo, las siguientes disposiciones: 1) las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán, en todas las circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable, basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna, o cualquier otro criterio análogo. A este respecto, se prohíben, en cualquier tiempo y lugar, por lo que atañe a las personas arriba mencionadas: a) los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios; b) la toma de rehenes; c) los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes; d) las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados. 2) Los heridos y los enfermos serán recogidos y asistidos. Un organismo humanitario imparcial, tal como el Comité Internacional de la Cruz Roja, podrá ofrecer sus servicios a las partes en conflicto. Además, las partes en conflicto harán lo posible por poner en vigor, mediante acuerdos especiales, la totalidad o parte de las otras disposiciones del presente convenio. La aplicación de las anteriores disposiciones no surtirá efectos sobre el estatuto jurídico de las partes en conflicto” (cf. Jean Pictet. *Comentario del artículo 3º común a los Convenios de Ginebra y relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional*. 1-11-1998, cf. cibergrafía).

⁸ “1º. El presente Protocolo, que desarrolla y complementa el artículo 3º común de los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, sin modificar sus actuales condiciones de aplicación, se aplicará a todos los conflictos armados que no estén cubiertos por el artículo 1º del Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I) y que se desarrollen en el territorio de una Alta Parte contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo II. El presente protocolo no se aplicará a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia y otros actos análogos, que no son conflictos armados”.

⁹ Cf. Cullen, Anthony. “The Parameters of Internal Armed Conflict in International Humanitarian Law”. En: *Miami Int’ L & Comp. L. Rev.*, n.º 189, 2004, p. 189; Rodrigo Uprimny. *¿Existe o no*

El primer caso que planteó seriamente la discusión sobre los parámetros para reconocer la existencia de un conflicto armado (internacional) fue *Prosecutor vs. Dusko Tadić* (*Decision on the Defense Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction*) caso número IT-94-1-AR72, del 2 de octubre de 1995; *Prosecutor vs. Dusko Tadić* (*Appeal Chamber Judgment*) caso número IT-94-1-AR72 del 7 de mayo de 1997. Además, el tema es adicionado por el ER, artículo 8º, así: “La Corte tendrá competencia respecto de los crímenes de guerra en particular cuando se cometan como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes¹⁰”.

En consecuencia, de las definiciones vistas se pueden plantear dos objetos de prueba materiales de naturaleza contextual, que resultan presupuestos necesarios para aplicar los crímenes de guerra: uno puramente material o fáctico y otro de naturaleza personal. Al respecto Olásolo Alonso señala que

Los elementos del tipo objetivo de los CG en el ER pueden dividirse entre elementos contextuales aplicables al conjunto, o al menos a una parte importante de los subtipos penales recogidos en el art. 8.2 ER, y los elementos específicos de cada figura delictiva. A su vez, entre los primeros cabe distinguir entre los elementos contextuales de carácter material que deben concurrir a los efectos de que el comportamiento típico tenga la naturaleza de crimen de guerra (por ejemplo su producción en el contexto de un conflicto armado) y los elementos contextuales jurisdiccionales cuya concurrencia, sin afectar a la naturaleza del crimen, determinan que la Corte tenga jurisdicción material sobre los mismos (por ejemplo, el carácter internacional o no internacional del conflicto armado en el cual se producen).

Los elementos contextuales de carácter material se pueden subdividir entre aquellos relativos a la existencia de un conflicto armado en cuyo marco se desarrolla el

conflicto armado en Colombia? (véase cibergrafía). En general sobre el tema: Kai Ambos. *Estudios de derecho penal internacional*. Lima, Idemsa, 2007, pp. 164-165.

¹⁰ Se debe recordar, con la Corte Constitucional, Sentencia C-291/2007 (M. Cepeda), cuando se refiere al art. 3º común a los Convenios de Ginebra y a dichos estatutos internacionales que: “en ambos casos se trata de normas internacionales *non-self-executing*, es decir, disposiciones convencionales que requieren que los respectivos ordenamientos internos las desarrollen, en ejercicio de su libertad de configuración normativa. En otras palabras, se está ante normas internacionales incompletas, las cuales precisan la intervención del Congreso de la República, no sólo para incorporarlas formalmente al ordenamiento jurídico colombiano (ley aprobatoria del tratado internacional) sino para poderlas aplicar, en términos de tipos penales, provistos de un comportamiento preciso y una sanción determinada (principio de legalidad penal)”. En particular véase ICC. *Prosecutor vs. Thomas Lubanga Dylo*. Trial Chamber Judgment pursuant to article 74 of the Statute, §§ 535-536. (14/02/2012. ICC-01/04-01/06). En general véase Andreas Forer. “Dos aspectos de la sentencia en contra de Thomas Lubanga Dylo: conflicto armado y reclutamiento forzado”. En: *Derecho Penal Contemporáneo, Revista Internacional*, n.º 44 (julio-septiembre), Bogotá, Legis, 2013, pp. 5-25.

comportamiento típico y aquellos relativos al carácter protegido del sujeto sobre el que recae dicho comportamiento. Dentro del primer grupo se encuentran los requisitos de que el comportamiento típico: i) se desarrolle en el contexto de un conflicto armado, y ii) esté relacionado con el conflicto armado¹¹.

En lo que sigue nos ocuparemos de la comprobación del *conflicto armado como objeto de prueba* (material/fáctico¹²), advirtiendo que dicha comprobación debe hacerse de manera contextual. Precisamente, el *contexto* ha sido inicialmente definido en nuestro medio por la Directiva 0001 de 2012 de la Fiscalía General de la Nación, como aquel

Marco de referencia contentivo de aspectos esenciales, acerca de elementos de orden geográfico, político, económico, histórico y social, en el cual se han perpetrado delitos por parte de grupos criminales, incluidos aquellos en los que servidores públicos y particulares colaboran con aquellos. Debe igualmente comprender una descripción de la estrategia de la organización delictiva, sus dinámicas regionales, aspectos logísticos esenciales, redes de comunicaciones y mantenimiento de redes de apoyo, entre otros. No bastará con la descripción de la estructura criminal o una enunciación de sus víctimas, sino que se deberá analizar su funcionamiento. [...] No constituye contexto el simple recuento anecdótico de acontecimientos ni tampoco el relato de hechos inconexos.

Dicho contexto también será de inmensa utilidad, por ejemplo, para valorar si las acciones, operaciones y procedimientos realizados por los distintos combatientes quedan o no excluidos por el DIH.

El primer objeto de prueba para afirmar que existe un conflicto armado es *la existencia de una confrontación armada* colectiva, abierta (no encubierta) y prolongada —duradera en el tiempo—, que, a pesar de poder ser un hecho notorio, requiere ser ratificada a través de los medios probatorios legales, como el testimonio o documentos, por ejemplo, certificaciones de orden público expedidas por las autoridades nacionales y locales que operan y tienen jurisdicción en las zonas específicas en las que han ocurrido las hostilidades armadas. Este elemento es perfectamente reconducible al elemento “violencia armada organizada” en el que tiene lugar, por ejemplo, la participación directa de los combatientes

¹¹ Cf. Héctor Olásolo Alonso. *Ensayos sobre la Corte Penal Internacional*. Colección Internacional, Bogotá, Editorial Pontificia Universidad Javeriana-Ibáñez, 2009, p. 357.

¹² Luego de esta ponencia se conoció la elaboración de un “Protocolo de presentación de prueba en la audiencia de control de legalidad”, elaborado en el seno del grupo de trabajo del Tribunal de Cundinamarca, Sala de Justicia y Paz. El texto es de enorme importancia e interés para el desarrollo de la actividad probatoria y procesal colombiana en materia de DIH.

en hostilidades ofensivas o defensivas (planeamiento, preparación o ejecución) contra otros grupos o contra blancos ilegítimos, en las que “directamente se tenga la posibilidad de causar un daño real o potencial a la población (personas o bienes civiles protegidos)”.

El segundo objeto de prueba es la existencia de *grupos armados* que combaten en contra o a favor del Estado, o entre ellos¹³ —no pueden ser grupos ficticios o casuales—. Grupos que, además, deben tener cualificaciones especiales que permitan concebirlos como oponentes *combatientes* en sentido amplio; esto es, grupos que superan a las bandas armadas de delincuentes comunes (concepto que no necesariamente coincide con el de “BACRIM”, que ha sido banalizado en Colombia). De este modo, se deberá probar:

1. *Que dichos grupos cuentan con una organización mínima*, que prevé la existencia de un *mando responsable organizado con capacidad de mando y control real sobre sus miembros y sobre el uso de la violencia en un territorio determinado*. Además, es fundamental que se demuestre que el grupo *tiene capacidad de planeación y, al menos, la posibilidad de emplear sujetos fungibles en sus actuaciones¹⁴ u operaciones militares (con independencia de la intervención de especialistas en cada materia)*. Así, por ejemplo, en el acto de no dar cuartel —CP, art. 145, que lo incluye como un acto de barbarie—, es necesario que el sujeto activo que da la orden sea el comandante, es decir, un sujeto con comando efectivo o control sobre las fuerzas subordinadas.

En general, los elementos allegados al proceso deberán dar cuenta de:

- a. *La clase o modelo de grupo combatiente* (o subgrupo operacional) del que se trate (por ejemplo, guerrillero o paramilitar).
- b. La estructura jerárquica, orgánica, funcional y por especialidades del respectivo grupo, mediante la descripción de sus frentes o bloques centralizados o federados, comandos rurales y urbanos, grupos de tarea y de apoyo, auxiliares voluntarios, etc. Ello también supone precisar claramente la composición del grupo en bloques, frentes, comandos urbanos y rurales, etc. y su identidad institucional o colectiva, sus insignias, rangos y la identidad de sus miembros, desde una perspectiva individual y colectiva. Frente a este último

¹³ Cf. Héctor Olásolo Alonso y Ana Isabel Pérez Cepeda. *Terrorismo internacional y conflicto armado*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, pp. 133, 118 y 199.

¹⁴ Cf. Ambos, *Los crímenes del nuevo derecho penal internacional*, p. 85.

punto, es necesario precisar si estos grupos utilizan bandas de mercenarios o de sicarios para la ejecución de otras actividades hostiles o criminales.

Además, es importante aclarar, por una parte, la fungibilidad real o potencial de los miembros del grupo, de los comandos centrales e incluso de los jefes de las respectivas unidades operativas; y, por la otra, la clase de especialización de los miembros de la respectiva unidad operativa que ha realizado la misión planeada y ejecutada.

- c. Es necesario describir y analizar la *dinámica de la estructura formal y material de poder interna*, así como los procedimientos de ascenso, estímulos y distinciones. Asimismo, resulta fundamental aclarar, dentro de esta dinámica estructural, las diferentes responsabilidades de los miembros dentro del aparato organizado de poder, y en especial aquellas asignadas a quienes planean y preparan las acciones, operaciones y los ataques, y quienes los ejecutan.
- d. De igual manera hay que establecer los patrones externos e internos del funcionamiento criminal del grupo —por ejemplo, cómo se imparten y ejecutan las órdenes de las estructuras superiores e inferiores (de *facto* y de *iure*) según el grado de automatismo existente—, los procedimientos internos de decisión (procedimientos participativos o deliberativos), reclutamiento, instrucción, planeación (conjunta, común o individual), adoc-trinamiento, adquisiciones, transporte, rendiciones de cuentas, auditoría, comunicaciones y financiamiento —cómo se obtiene financiación económica— y cómo se adquiere el armamento y la intendencia.
- e. El grado de autonomía y dependencia (de *facto* y de *iure*) de los mandos o cuadros intermedios, respecto de sus superiores jerárquicos y frente a los manuales operacionales, de procedimiento y las reglas de actuación (en caso de que existan). En este punto es necesario determinar si existen diferencias o semejanzas con respecto a las relaciones de mandos horizontales y verticales, en los respectivos frentes, bloques, estructuras y comandos.
- f. Los modelos de estatutos o documentos políticos que marcan las tendencias, objetivos generales y específicos (tácticos, operativos, especiales), planes militares (tácticos, operativos, especiales) y directrices vinculantes de actuación en las acciones, operaciones o procedimientos. Se debe hacer la distinción entre: documentos históricos, ideológicos o fundacionales y documentos vigentes; y entre documentos originales del grupo y docu-

mentos anexados con posterioridad, por ejemplo, como consecuencia de la adhesión de otros comandos o grupos combatientes.

- g. Las modalidades específicas de control a los miembros, cooperantes o colaboradores del grupo —máximo cercano a la coacción de *facto* o de *iure*, mediano, leve o ausente por convicción personal del sujeto—. A ello deben añadirse las distintas manifestaciones del ejercicio disciplinario interno, las clases de sanciones aplicables y su procedimiento de ejecución.

En el mismo sentido se deberá precisar la posibilidad de defensa de sus miembros, la selectividad e imparcialidad de los procedimientos, la seguridad de los reglamentos, la existencia de garantías suficientes para proteger los derechos humanos y la cobertura frente a los auxiliares voluntarios, etc. También debe precisarse si en este punto existen diferencias o semejanzas entre los respectivos frentes, bloques, estructuras y comandos del grupo.

- h. La historia, la ideología expresa o latente y la doctrina del grupo combatiente, y de los respectivos frentes, bloques, estructuras y comandos que lo componen.
 - i. La relación del grupo con los sectores sociales, políticos, económicos, religiosos y étnicos-nacionales de la población civil frente a los cuales operó durante las hostilidades. También es necesario precisar si el grupo tuvo relaciones y de qué clase con otras entidades o personas en otras zonas, en particular, con otros grupos combatientes con influencia en la zona de operaciones en donde tuvieron lugar las hostilidades.
 - j. Finalmente, en nuestro medio se deberá demostrar que el grupo armado no fue conformado específicamente para los delitos de tráfico de drogas, enriquecimiento ilícito o la trata de personas con fines de explotación.
2. Que dichos grupos tengan la *capacidad de realizar operaciones militares sostenidas* (violencia armada prolongada) *y concertadas*¹⁵. Naturalmente, si uno de dichos grupos combatientes no puede realizar este tipo de operaciones o ataques ofensivos o defensivos, no se podrá formar la prueba de los elementos del conflicto armado. Para estos efectos, la jurisprudencia inter-

¹⁵ Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), *Comentario del Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra de 1949*, párr. 4457 (cibergrafía). V. LEFPM, art. 9º. ICC. *Prosecutor vs. Thomas Lubanga Dylo*. Trial Chamber Judgment pursuant to article 74 of the Statute, § 536. (14.02.2012. ICC-01/04-01/06); Ambos, *Estudios de derecho penal internacional*, p. 165.

nacional (caso *Blasick*, § 64) ha dicho que debe tenerse en cuenta el grado de preparación de las operaciones militares, el tipo de armamento utilizado, el carácter abierto o encubierto de las hostilidades, el control social practicado por los grupos y el número de efectivos utilizados en estas, entre otros elementos importantes, como las estrategias de combate características del grupo o *modus operandi*¹⁶ y la capacidad real para realizar operaciones tácticas y bélicas conjuntas con otros grupos combatientes.

Al respecto es necesario realizar un inventario completo y referenciado de las operaciones históricas (conocidas) planeadas y ejecutadas por el grupo, subgrupo o comando, y sus características e impacto militar y social, etc.

Asimismo, en términos del DIH es fundamental determinar si en las acciones, operaciones o procedimientos bélicos fueron utilizados, por parte de los distintos combatientes, materiales o armas prohibidas por las convenciones internacionales en la materia, que hacen parte del bloque de constitucionalidad y del CP (art. 2º¹⁷).

3. Que los grupos tengan un *control territorial* (geográficamente referenciado) *suficiente y efectivo* para realizar operaciones políticas y militares. Este elemento ha sido ratificado en el caso *Lubanga*¹⁸. Adicionalmente, se deberán acreditar las formas de control desarrolladas por el grupo en dicho territorio (que puede ser discontinuo) y sus consecuencias, así como las políticas de expan-

¹⁶ Según la Directiva 0001 del 4 de octubre de 2012, de la Fiscalía General de la Nación, se entiende por “*Patrones criminales*: Conjunto de actividades, medios logísticos, de comunicaciones y *modus operandi* delictivo, desarrollados en un área y período de tiempo determinados, de los cuales se pueden extraer conclusiones respecto a los diversos niveles de mando y control de la organización criminal. Su determinación ayuda a establecer el grado de responsabilidad penal de sus integrantes y hace parte fundamental de la construcción del contexto”.

¹⁷ Los combatientes deberán abstenerse de utilizar armas, proyectiles, materiales y métodos de guerra que puedan causar daños superfluos, sufrimientos innecesarios o produzcan efectos indiscriminados. Dichos elementos se encuentran prohibidos por los siguientes instrumentos internacionales: a) Convención sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Ciertas Armas Convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados, del 10 de octubre de 1980, y sus protocolos ratificados por Colombia; b) Convención sobre Municiones en Racimo, del 30 de mayo de 2008; c) Convención sobre la prohibición del desarrollo, la producción, el almacenamiento y el empleo de armas químicas y sobre su destrucción, del 3 de enero de 1993; d) Convención sobre la prohibición del desarrollo, la producción y el almacenamiento de armas bacteriológicas (biológicas) y tóxicas y sobre su destrucción, del 10 de abril de 1972, entre otros.

¹⁸ Decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares I de la CPI, confirmación de cargos en el caso *Lubanga*, §§ 198, 236 y 237 (ICC-01/04-01/06-803 del 29.01.2007), aunque luego este requisito no es retomado por la ICC. *Prosecutor vs. Thomas Lubanga Dylo*. Trial Chamber Judgment pursuant to article 74 of the Statute, § 536 (14.02.2012. ICC-01/04-01/06); Ambos, *Estudios de derecho penal internacional*, pp. 165-166; Olásolo Alonso y Pérez Cepeda, *Terrorismo internacional y conflicto armado*, pp. 132 y ss. En todo caso, es necesario mantener este elemento para evitar que los delitos comunes pierdan conexidad objetiva con el escenario del contexto.

sión o contracción territorial del grupo. También es importante recordar que algunos crímenes de guerra se agravan cuando las conductas ejecutadas por el grupo combatiente se realizan en una determinada región “para imponer disciplina en nombre de una autoridad de hecho”¹⁹.

Desde luego, para satisfacer este elemento probatorio es fundamental que se describan con detalle las zonas geográficas en donde actuó el grupo; se precisen aquellas en las cuales el aparato organizado tenía plena o media influencia consolidada o contaba con alguna influencia en formación; se detallen los corredores estratégicos de acción en las zonas de influencia; así como los espacios logísticos y militares utilizados por los actores del conflicto en las hostilidades.

No sólo se trata de demostrar que existen (o existieron) hostilidades en todo o parte del territorio nacional de un Estado, sino que existe (o existió) alguna participación directa o indirecta en las hostilidades en un determinado territorio (incluso local) en donde una de las partes combatientes tiene (o tenía) influencia y control. En este sentido, Ambos afirma que “En cuanto a la extensión geográfica de las hostilidades es suficiente con que se establezca la existencia del conflicto para toda una región integrada por ciertos municipios, sin la necesidad de tener un conflicto armado dentro de cada uno de ellos [...]”²⁰.

Además, “[s]i se establece la existencia de un conflicto armado en cierto territorio, el derecho internacional humanitario es aplicable en todo aquel, tenga o no tenga lugar allí el combate real [...]”²¹.

No es necesario que todos los crímenes se cometan en la región geográfica donde se lleva a cabo un conflicto armado en un momento dado. Lo anterior salvo que el delito sea muy aislado en términos territoriales. Pero siempre es necesario demostrar la conexidad (con razón o con ocasión) entre el crimen y el conflicto armado o la violencia organizada.

¹⁹ Sobre los agravantes de los crímenes de guerra cf. Regla 145 del Reglamento de procedimiento y prueba, apt. 1 (c), la cual prevé la posibilidad de aplicar agravantes y atenuantes no exhaustivas. Situación incompatible con el sistema nacional, que se rige en esta materia por el principio de legalidad.

²⁰ Cf. Ambos, *Los crímenes del nuevo derecho penal internacional*, pp. 85-86; *Prosecutor vs. Blaskić* (Judgment 03.03.2000 [ICTY IT-95-14T], n.º 311, § 64).

²¹ *Prosecutor vs. Dusko Tadić* (Decision on the Defense Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction) caso n.º IT-94-1-AR72 del 02.10.1995, n.º 307, § 70.

4. Que las hostilidades directas o indirectas, ofensivas o defensivas en el conflicto sean de una *intensidad o violencia relativa* que permita aplicar las normas y costumbres del derecho internacional humanitario²². Es lo que se ha llamado el “umbral de gravedad” de los hechos, que constituye una condición objetiva de “procedibilidad”.

Se agrega que la importancia de demostrar este último aspecto radica en la necesidad de distinguir entre situaciones genuinas de conflicto armado (grave) y simples conflictos internos de baja intensidad (art. 3° común y el ER art. 8° 2.f), que puedan ser calificados como situaciones de *disturbios* —enfrentamientos de relativa gravedad que impliquen actos violentos y de corta duración— y *tensiones internas* —situaciones de violencia no graves de naturaleza política, religiosa, racial, social, económica, etcétera, en las que se presenten detenciones masivas por motivos políticos o de seguridad, eventuales malos tratos contra la población civil por parte de las autoridades públicas, declaración de estados de conmoción interior e inobservancia de las garantías procesales fundamentales—, u otras *situaciones similares* que no comporten la aplicación automática del DIH (definición negativa), sino la aplicación del DIH y de los derechos constitucionales del respectivo Estado²³. Aplicación que permite limitarles a las partes combatientes el uso de determinadas medidas represivas y realizar ciertas actuaciones militares por fuera de una ventaja militar concreta o ataques hostiles.

5. Finalmente, para el tema que nos ocupa, se debe definir la naturaleza del conflicto armado como²⁴:
 - a. *Un conflicto internacional*. Cuando se enfrenten las fuerzas militares de dos o más Estados, sin importar si la guerra ha sido reconocida por alguno de

²² ICC. *Prosecutor vs. Thomas Lubanga Dylo*. Trial Chamber Judgment pursuant to article 74 of the Statute, § 538 (14.02.2012. ICC-01/04-01/06).

²³ Cf. Ricardo Posada Maya. “Conceptos fundamentales sobre Derecho Internacional Humanitario”. En: Henrik López y Ricardo Posada (coords.), *Manual de Constitución y democracia: de los derechos*, 2ª ed. Vol. 1, Programa Constitución & Democracia, Bogotá, Ediciones Uniandes, Universidad de los Andes, 2007, p. 154; Olásolo Alonso y Pérez Cepeda, *Terrorismo internacional y conflicto armado*, pp. 113 y ss.; en general véase Sebastián Machado Ramírez. “La categorización del conflicto armado en Colombia y sus consecuencias jurídicas”. En: *Discriminación, jurisdicción universal y temas de derecho penal*, Ricardo Posada Maya (coord.), Bogotá, Ediciones Uniandes, 2013, pp. 565 y ss.

²⁴ Cf. Posada Maya, “Conceptos fundamentales sobre Derecho Internacional Humanitario”, pp. 151-183. Sobre el tema cf. Andrew J. Carswell. “Classifying the Conflict: A Soldier’s Dilemma”. En: *International Review of the Red Cross*, vol. 91, n.º 873, marzo del 2009 (cibergrafía); Forer, “Dos aspectos de la sentencia en contra de Thomas Lubanga Dylo”, pp. 12 y ss.; Sylvain Vite. “Typology of Armed Conflicts in International Humanitarian Law: Legal Concepts and Actual Situations”. En: *International Review of the Red Cross*, vol. 91, n.º 873, marzo del 2009 (cibergrafía).

ellos²⁵, tales como las guerras de liberación internacional por dominación colonial u ocupación extranjera —exista o no resistencia²⁶ popular o institucional—, y las guerras contra regímenes racistas o coloniales para lograr la independencia política con base en el derecho a la libre determinación de los pueblos²⁷.

- b. *Un conflicto no internacional*. Cuando se presente una confrontación militar prolongada, sostenida y concertada entre un Estado y uno o varios grupos armados opositores o disidentes —identificados en forma adecuada—, o entre estos grupos en un mismo territorio nacional²⁸.
- c. *Conflicto internacionalizado*. Cuando el Estado víctima de una insurrección interna reconozca a los combatientes insurgentes como sujetos “beligerantes”, es decir, como sujetos que pueden participar directamente en las hostilidades y que se amparan en el estatuto de prisioneros de guerra si son capturados por la parte adversa; o cuando uno o varios Estados extranjeros intervienen directamente, con sus propias fuerzas militares, a favor de alguna de las partes combatientes en un conflicto armado interno (participación directa en las hostilidades), o intervienen indirectamente apoyando de modo específico a grupos, comandos o a las fuerzas armadas contrarias²⁹.
- d. *Conflictos mixtos*. Cuando se dan de modo simultáneo las características de un conflicto internacional y de uno interno en diversas partes de un mismo territorio³⁰.

En el caso de los conflictos *internacionalizados* se deberán probar los siguientes elementos (basados en el caso *Prosecutor vs. Dusko Tadić*³¹):

²⁵ Art. 1º común a los Convenios de Ginebra de 1977.

²⁶ Sala de Cuestiones Preliminares I de la CPI, confirmación de cargos en el caso Lubanga, §§ 209 (ICC-01/04-01/06-803 del 29.01.2007): “La Sala considera que un conflicto armado es de carácter internacional si opone a dos o más Estados, y que esta definición incluye el caso donde se ocupa todo o parte de un territorio de un tercer Estado, tenga que enfrentarse o no resistencia militar en todo o parte del territorio. Además, un conflicto armado interno que estalle en el territorio de un Estado puede convertirse en internacional si, dependiendo de las circunstancias, presenta paralelamente un carácter internacional debido a que i) las tropas de otro Estado intervienen en el conflicto (intervención directa) o si ii) ciertos participantes en el conflicto armado interno actúan en nombre de ese otro Estado (intervención indirecta)”.

²⁷ Art. 2º común a los Convenios de Ginebra de 1949 y arts. 1º y 4º del Protocolo I adicional de 1977.

²⁸ Corte Constitucional, C-370/2006 (MM.PP. M. Cepeda, J. Córdoba, M. Monroy, A. Tafur y C. Vargas). Ambos, *Estudios de derecho penal internacional*, pp. 168-169.

²⁹ Cf. Gerhard Werle. *Principles of International Criminal Law*. La Haya, T.M.C. Asser Press, 2005, p. 293.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ Cf. Ambos, *Los crímenes del nuevo derecho penal internacional*, pp. 86-87; Cullen, “The Parameters of Internal Armed Conflict in International Humanitarian Law”, pp. 212 y ss.; Ambos, *Estudios de derecho penal internacional*, pp. 167 y 168: “La Sala de Primera Instancia Tadić siguió la prueba del

1. Se deberá acreditar la aplicabilidad de las leyes y las costumbres de la guerra a partir de la intensidad del conflicto, lo que exige demostrar *la existencia de hostilidades armadas (ofensivas o defensivas) en una determinada zona territorial focalizada*.
2. Se debe analizar la organización de las partes que interactúan como combatientes, lo que incluye la organización de actores que puedan ser calificados como órganos “de facto” que *controlan una parte del territorio*.
3. Se deberá verificar si alguno de los órganos o grupos organizados —con cadena de mando (jerarquía) y control responsable— fue sometido a una relación de dependencia funcional o de dominio jurídico o fáctico en las hostilidades armadas dentro del conflicto, por parte de potencias extranjeras, de tal suerte que las acciones del órgano o grupo puedan ser imputadas también a la potencia extranjera (extensión de la imputación por dominio fáctico o *iuris* de la voluntad del grupo combatiente).

control eficaz (effective control), tal como fue desarrollada por la CIJ en el caso Nicaragua, y exigió como requisito que el estado extranjero ejerciera un control efectivo sobre un grupo militar o paramilitar en lo concerniente a las operaciones específicas de este grupo y que emitiera instrucciones específicas. La Sala de Primera Instancia de *Celebici* y la Sala de Apelaciones *Tadić* rechazaron esta prueba, en virtud de que, *inter alia*, no la consideraron apropiada para ese asunto, esto es, para el problema de la responsabilidad penal individual, no la estatal. En vez de ello, se hizo una distinción entre las personas o los grupos cuyo control desea el Estado extranjero. En el caso de los grupos militares o paramilitares, tal Estado no sólo necesita equipar y financiar el grupo, sino también coordinar o ayudar en la planificación general de su actividad militar, i. e., es necesario un control general, pero también es suficiente. Particularmente, no es preciso que el Estado extranjero emita instrucciones específicas al dirigente o a los miembros del grupo. En el caso de individuos o grupos organizados militarmente, el Estado extranjero debe dar instrucciones específicas u órdenes cuyo propósito sea la comisión de actos específicos, o bien aprobar públicamente que estos se perpetren. Además, también puede suceder que ciertos individuos se asimilen a los órganos de un Estado extranjero en razón de su conducta real dentro de la estructura de este (e independientemente de cualquiera de sus instrucciones) y que, como consecuencia, su conducta pueda atribuirse al Estado”; Olásolo Alonso y Pérez Cepeda, *Terrorismo internacional y conflicto armado*, pp. 100-102: “Según el nuevo criterio sólo se puede hablar de una intervención indirecta de un tercer Estado (y por lo tanto de la existencia de un conflicto armado internacional) cuando dicho Estado, además de financiar, entrenar, equipar o dar apoyo logístico a una de las partes contendientes, juega un cierto papel en la organización, coordinación o planeamiento de sus operaciones militares. En todo caso es importante subrayar que el criterio del ‘control de conjunto’ es únicamente aplicable cuando la parte contendiente bajo el control de un tercer Estado es un grupo armado organizado, lo que significa que debe tener una organización interna suficientemente desarrollada como para que: (i) actúe bajo un mando responsable; (ii) tenga un sistema disciplinario interno cuya existencia le permita, al menos teóricamente, hacer que sus miembros actúen conforme al derecho internacional humanitario; y (iii) tenga una estructura interna que le permita planear y ejecutar de manera concertada operaciones militares durante un cierto período de tiempo. En aquellos casos en los que un tercer Estado ejerce el control sobre individuos aislados o grupos armados que no cumplen con los requisitos que acabamos de mencionar, sólo podrá afirmarse su intervención indirecta en el conflicto armado cuando tales individuos o grupos puedan ser asimilados a órganos de dicho Estado o reciban instrucciones del mismo”. Rafael A. Prieto Sanjuán. *Tadić, Internacionalización de conflictos internos y responsabilidad individual, Grandes Fallos de la Justicia Penal Internacional* I. Bogotá, Editorial Pontificia Universidad Javeriana-Diké, 2005, pp. 182 y ss., 212-219 y ss.; *Prosecutor vs. Dusko Tadić* (Decision on the Defense motion for interlocutory appeal on jurisdiction) caso n.º IT-94-1-AR72 del 02.10.1995, § 141.

4. Y, en la jurisprudencia más antigua, se debe demostrar que existe o existió un vínculo directo (control efectivo: político o material), preponderante o decisivo de la potencia extranjera en la dirección, control o comandancia de las acciones hostiles o militares realizadas por el órgano dependiente, mediante instrucciones específicas, actos de financiamiento, organización, entrenamiento, suplemento de equipos, selección de personal militar o paramilitar y planificación de operaciones, entre otras posibles actividades o roles de control o supervisión³².

LOS ELEMENTOS DE LOS CRÍMENES INDIVIDUALES COMO OBJETOS DE PRUEBA

Un segundo nivel o “pilar” para que proceda la imputación por un “crimen de guerra”, de aquellos tipificados, por ejemplo, en el CP, libro 2º, Título II, Capítulo Único, de la Ley 599 de 2000, es la prueba de los elementos particulares del crimen de guerra. Un análisis conjunto de los tipos previstos en el CP y en el protocolo de los elementos de los crímenes señala al menos ocho objetos de prueba comunes, a saber:

1. *Los elementos propios (objetivos) de cada tipo penal* (homicidio en persona protegida, tortura en persona protegida, etcétera³³). Elementos previstos en los tipos particulares a nivel nacional y en los elementos de los crímenes del

³² Sala de Cuestiones Preliminares I de la CPI, confirmación de cargos en el caso Lubanga, §§ 210 (ICC-01/04-01/06-803 del 29.01.2007): “En el asunto Tadić, la Sala de Apelación precisó los elementos constitutivos del control general ejercido por un Estado extranjero sobre esa clase de fuerzas armadas: el control ejercido por un Estado sobre las fuerzas armadas, las milicias o unidades paramilitares subordinadas puede tener un carácter general (pero debe ir más allá de la simple ayuda financiera, suministro de equipos militares o formación). [...] Se puede considerar qué grado de control requerido en el derecho internacional existe cuando un Estado [...] desempeña un papel en la organización, la coordinación o la planificación de acciones militares del grupo militar, además de financiarlas, entrenarlas, equiparlas o de darles apoyo operativo”.

³³ Knut Dörmann. *Elements of War Crimes*, under the Rome Statute of the International Criminal Court. Cambridge, ICRC-Cambridge University Press, 2004. El CP de 2000 consagra los siguientes crímenes de guerra: homicidio en persona protegida, lesiones en persona protegida, tortura en persona protegida, acceso carnal violento en persona protegida, actos sexuales violentos en persona protegida, circunstancias de agravación, prostitución forzada o esclavitud sexual, utilización de medios y métodos de guerra ilícitos, perfidia, actos de barbarie, tratos inhumanos y degradantes y experimentos biológicos en persona protegida, actos de discriminación racial, toma de rehenes, detención ilegal y privación del debido proceso, constreñimiento a apoyo bélico, despojo en el campo de batalla, omisión de medidas de socorro y asistencia humanitaria, obstaculización de tareas sanitarias y humanitarias, destrucción y apropiación de bienes protegidos, destrucción de bienes e instalaciones de carácter sanitario, destrucción o utilización ilícita de bienes culturales y de lugares de culto, ataque contra obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas, represalias, deportación, expulsión, traslado o desplazamiento forzado de población civil, atentados a la subsistencia y devastación, omisión de medidas de protección a la población civil, reclutamiento ilícito, exacción o contribuciones arbitrarias y destrucción del medio ambiente.

Estatuto de Roma para la CPI³⁴, que sirven para interpretar los elementos normativos de los tipos³⁵.

En este punto es importante la prueba requerida sobre el sujeto activo en lo que corresponde a:

- a. Su identificación e individualización (nombre, domicilio, fecha de vinculación al grupo combatiente), y otros datos relevantes.
- b. Las zonas, regiones o localidades donde ejerció dicho individuo su militancia.
- c. Las funciones, cargos de responsabilidad, autoridad, jurisdicción o actividades que este desempeñó de manera concreta en sentido histórico y quiénes fueron sus superiores y subordinados al momento de la ejecución del crimen; operaciones en las que participó, distinciones, sanciones, antecedentes judiciales, etc.
- d. La clase de órdenes que le fueron impartidas o que impartió y la ejecución de estas (así como las posibles extralimitaciones de los ejecutores), entre otros (cf. Corte Suprema de Justicia [CSJ], Sala Penal, sentencia del 31 de julio de 2008, e31539, A. Ibáñez). En general, se trata de mostrar la hoja de vida del sujeto activo y su vinculación personal con los hechos imputados.

A este aspecto se le debe sumar la prueba de los demás elementos objetivos de los tipos de crimen. En general, se debe advertir que los elementos de los crímenes internacionales no difieren sustancialmente de los elementos objetivos estructurales de los tipos penales previstos en nuestra legislación nacional (CP de 2000), salvo por lo que concierne, de modo particular, al polémico tema del control del crimen por el superior³⁶ y a algunos elementos subjetivos especiales.

³⁴ Los elementos de los crímenes son recogidos en el documento FCNICC/2000/INF/3/Add.2, adicionado por la Resolución RC/res. 5 aprobada por la 12ª sesión plenaria del 10.06.2010. En nuestro medio fue incorporada por la Ley 1268 de 2008, y revisada por la Corte Constitucional, Sentencia C-801 de 2009.

³⁵ Cf. Corte Constitucional, Sentencia C-578 de 2002, que estudia la exequibilidad del Estatuto de Roma para la CPI, incorporado mediante la Ley 742 de 2002 y adicionado mediante la Resolución RC/res. 5 aprobada por la 12ª sesión plenaria del 10.06.2010, que enmienda y adiciona el art. 8º del ER y los elementos de los crímenes. Ricardo Posada Maya. “Los delitos de lesa humanidad”. En: *Cuadernos de Derecho Penal* n.º 5, Fernando Velásquez Velásquez (dir.), Bogotá, Universidad Sergio Arboleda, 2010, pp. 133-134.

³⁶ Sala de Cuestiones Preliminares I de la Corte Penal Internacional (CPI), confirmación de cargos en el caso Lubanga, §§ 317 y ss. (ICC-01/04-01/06-803 del 29.01.2007); Kai Ambos. “‘Joint Criminal Enterprise’ y responsabilidad del superior”. En: *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Madrid, 2ª época, n.º 19, UNED, 2007, pp. 39-78; *ibíd.*, *La parte general del derecho penal internacional*. Montevideo, Temis, 2004; Olásolo Alonso, *Ensayos sobre la Corte Penal Internacional*, pp. 373 y ss.; Héctor Olásolo Alonso y Ana Pérez Cepeda. “The Notion of Control of the Crime and its Application by the

2. *Que el sujeto pasivo del crimen de guerra o el bien afectado pueda ser calificado como persona o bien “protegido”* por los convenios I, II, III y IV de Ginebra de 1949 y los protocolos adicionales I y II de 1977³⁷.

A su turno, la legislación colombiana señala que los sujetos pasivos de los crímenes deben ser “población civil” o titulares de “bienes civiles”. Por el contrario, en principio se permite el ataque directo de combatientes u objetivos militares. En todo caso, la calidad de combatiente se adquiere cuando un sujeto forma parte de los grupos armados que participan directa o indirectamente en las hostilidades, o cuando se trata de un civil que participa directamente en las hostilidades, mientras estas duran. En el segundo caso, se entiende por objetivo militar los bienes (de naturaleza militar o civil) de la parte contraria o bienes tomados por la parte contraria cuya destrucción, captura o neutralización ofrezca una ventaja militar. Elementos y circunstancias que deben ser plenamente acreditados en el correspondiente proceso judicial.

Por el contrario, la calidad de combatiente cesa cuando el sujeto ha sido capturado, se ha rendido o sus heridas o una enfermedad lo ha puesto en estado de indefensión, siempre y cuando se abstenga de continuar con actos hostiles o violentos.

En realidad, este es uno de los requisitos más importantes, porque si no se acredita plenamente que los sujetos pasivos del delito son sujetos internacionalmente protegidos, no se podrá calificar el comportamiento como un crimen de guerra³⁸ (aunque podría tipificar un delito común en el Código Penal).

ICTY in the Stakić Case”. En: *International Criminal Law Review*, n.º 4, Países Bajos, Koninklijke Brill NV, 2004, pp. 475-526; Héctor Olásolo. “Reflections on the Treatment of the Crime and Joint Criminal Enterprise in the Stakić Appeal Judgment”. En: *International Criminal Law Review*, n.º 7, Países Bajos, Koninklijke Brill NV, 2007, pp. 143-161.

³⁷ Cf. República de Colombia. *Protocolo para el reconocimiento de casos de violaciones a los derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario con énfasis en el homicidio en persona protegida*. Bogotá, Programa Presidencial de Derechos Humanos y DIH-Vicepresidencia de la República, 2008, pp. 22, 24 y 25.

³⁸ El CP, parág. art. 135, entiende por personas protegidas conforme al DIH: “1. los integrantes de la población civil, 2. las personas que no participan en hostilidades y los civiles en poder de la parte adversa, 3. los heridos, enfermos o náufragos puestos fuera de combate, 4. el personal sanitario o religioso, 5. los periodistas en misión o corresponsales de guerra acreditados, 6. los combatientes que hayan depuesto las armas por captura, rendición u otra causa análoga, 7. quienes antes del comienzo de las hostilidades fueren considerados como apátridas o refugiados, 8. cualquier otra persona que tenga aquella condición en virtud de los convenios I, II, III y IV de Ginebra de 1949 y los protocolos adicionales I y II de 1977 y otros que llegaren a ratificarse”. A. *Convenio I de Ginebra del 12 de agosto de 1949* (Ley 5ª de 1960, vigente en Colombia desde el 08.05.1962), para aliviar la suerte que corren los heridos y enfermos de las Fuerzas Armadas (y civiles [Protocolo Adicional I]) que, en conflictos terrestres de naturaleza internacional, requieran asistencia médica, siempre y

3. Algunos delitos en particular exigen verificar elementos diferentes como, por ejemplo:
 - a. Que las personas protegidas no hayan sido objeto de denegación particular de derechos o que hayan recibido un trato humano sin discriminación.
 - b. Que hayan existido ataques excesivos o desproporcionados en desarrollo y con ocasión de una participación directa en actividades hostiles contra combatientes u objetivos militares (y en algunos casos contra personas o bienes protegidos). Esto también tiene aplicación cuando se trate de daños previsibles contra estos, siempre que, además, sea clara la ventaja militar que se quiere obtener.
 - c. Algunos tipos exigen verificar que los miembros de los grupos armados (sujetos activos responsables) no hayan tomado precauciones o las medidas de protección necesarias y factibles (de acuerdo con la información y los medios disponibles) para proteger a las personas y bienes protegidos por el DIH; o no hayan previsto de manera suficiente la posibilidad de causar daños a personas y bienes protegidos por la legislación internacional (LEFPM, arts. 5, lit. f, 22, 23 y 24). Es más, estas precauciones

cuando se abstengan de todo acto hostil. Entrada en vigor: 21 de octubre de 1950. B. *Convenio II de Ginebra del 12 de agosto de 1949*, para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las Fuerzas Armadas (y civiles [Protocolo Adicional I]) que, en conflictos navales de naturaleza internacional, requieran asistencia médica, siempre y cuando se abstengan de todo acto hostil. Entrada en vigor: 21 de octubre de 1950. Además, en los convenios I y II, y en el Protocolo I de 1977 se protege al personal sanitario y religioso, militar o civil dedicado exclusivamente —de manera permanente o temporal— a fines sanitarios o a la administración y al funcionamiento de las actividades sanitarias o del transporte sanitario. Como también se protegen los bienes relativos a los servicios sanitarios indispensables para la supervivencia de las personas protegidas y para la realización de las reglas de protección personal. C. *Convenio III de Ginebra del 12 de agosto de 1949*, referido al trato debido a los prisioneros de guerra y a todo combatiente en poder del adversario; a la población del territorio no ocupado que, autorizada a seguir a las Fuerzas Armadas sin formar parte de estas, toma espontáneamente las armas para combatir al enemigo que se acerca con fines de ocupación; y al personal militar que presta servicios a las asociaciones de protección civil. Igualmente, se protege a los corresponsales de guerra en la zona de conflicto armado (Protocolo Adicional I), y a los secuestrados (rehenes) por motivo y con ocasión del conflicto (Protocolo Adicional II). Entrada en vigor: 21 de octubre de 1950. D. *Convenio IV de Ginebra del 12 de agosto de 1949*, referido a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, como los extranjeros, los refugiados y los apátridas en poder del enemigo y a las personas que se encuentran en situación de internamiento civil (presos civiles). E. *Protocolo Adicional I del 8 de junio de 1977* (Ley 11 de 1992), que complementa y desarrolla los preceptos de los Convenios de Ginebra aplicables a situaciones de conflicto armado internacional; como también desarrolla algunas reglas de derecho humanitario relativas a los métodos y medios de la acción militar durante el combate, propias del derecho de La Haya. F. *Protocolo Adicional II de 1977* (Ley 171 de 1994, Corte Constitucional, C-225/1995), que complementa y desarrolla el art. 3° común a los Convenios de Ginebra y es aplicable a conflictos armados internos no cubiertos por el Protocolo I, así como a conflictos internacionales. Este Protocolo, además, protege los bienes culturales y los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil. Esta normativa respeta el derecho de los Estados para restablecer el orden público a través de medios jurídicos legítimos.

incluyen la posibilidad de suspender los actos bélicos por parte de los responsables de las operaciones o ataques.

- d. Es necesario verificar, según lo dicho, que los actos realizados y en general el uso de la fuerza carezcan de una ventaja militar concreta y directa.
4. *Que el sujeto activo conoció —o fue consciente de³⁹— las circunstancias de hecho que permiten la protección internacional del sujeto pasivo o del bien⁴⁰*, por ejemplo: que el sujeto esté herido, que practique la medicina, realice prácticas religiosas específicas o ejerza la actividad periodística, entre otras actividades protegidas (ER, arts. 30 y 32; CP, art. 22).
5. Se debe demostrar el respectivo elemento subjetivo del delito (dolo directo, eventual o imprudencia) y, además, si los actos fueron realizados para ocultar, asegurar la impunidad o para impedir las investigaciones sobre los hechos materia de imputación jurídico-penal, teniendo en cuenta las circunstancias del momento y la información de la que disponía efectivamente el sujeto responsable.

Al respecto es importante probar, por una parte, la previsión de los efectos de las conductas punibles contra la población civil, las víctimas y sus familias; y, por la otra, que los sujetos activos no podían acceder a información adicional para tomar sus decisiones operativas, con el fin de dar pleno cumplimiento a los deberes de protección y verificación de las personas y bienes protegidos por la normativa internacional. Todo esto según la clase de acción, operación o procedimiento bélico realizado por los combatientes y la fase en la que cada uno de ellos actuó, esto es, durante la planeación, preparación o ejecución de las hostilidades.

6. Las razones que explican claramente por qué los actos individuales se reputan *cometidos durante la militancia del sujeto activo en el grupo armado y en razón y con ocasión del conflicto armado*. Elemento último de naturaleza contextual que será analizado en el próximo aparte.
7. *Que el sujeto activo conoció —o fue consciente de— las circunstancias de hecho que permiten predicar la existencia del conflicto armado y quiera que sus actos se ajusten a dicho modelo o patrón de hostilidades organizadas, como parte de un plan o política, o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes* —con ocasión o en desarrollo del conflicto

³⁹ Sobre el elemento subjetivo cf. Olásolo Alonso, *Ensayos sobre la Corte Penal Internacional*, p. 387.

⁴⁰ Ambos, *Estudios de derecho penal internacional*, p. 175.

armado (ER, arts. 30 y 32; CP, art. 22)—. Pero el sujeto no requiere conocer la naturaleza o la clase del conflicto armado en el que actúa⁴¹. En otras palabras, debe probarse si existió una intención conjunta por parte de los integrantes de la unidad operativa en la realización mancomunada del hecho imputable. Finalmente, como se indicó con respecto al grupo combatiente, también es necesario que el sujeto activo no haya actuado con la finalidad de ejercer actividades de narcotráfico.

LA RELACIÓN CONTEXTUAL ENTRE EL CRIMEN INDIVIDUAL Y EL CONFLICTO ARMADO INTERNO COMO OBJETO DE PRUEBA

Naturalmente no basta con que los operadores jurídicos hayan demostrado en el proceso la existencia de los elementos fácticos y personales, en relación con los grupos e individuos combatientes, que permiten conocer la existencia de un conflicto armado interno como fenómeno de violencia organizada. Sin embargo, tampoco es suficiente haber demostrado los elementos típicos de un determinado delito para imputarlo como un “crimen de guerra”. Por ello es ineludible, en un tercer nivel de análisis, demostrar de manera clara, precisa y cierta que el crimen fue realizado “con ocasión y en desarrollo del conflicto armado”, esto es, que existió una conexión personal (subjettiva) y una conexión medial (objetiva) determinada entre el criminal (individual o grupal), el delito grave y el contexto temporal y especial de violencia organizada (hostilidades) que supone el conflicto armado⁴². En palabras de Werle⁴³, es necesario que el crimen haga parte objetiva cuando menos de los “actos iniciales de una serie de crímenes que comienzan a perfilarse”, y que en lo subjetivo pertenecen a las finalidades del grupo.

Ahora bien, la prueba de la *conexión personal por influencia subjettiva* requiere demostrar que el conflicto armado, como contexto de violencia organizada, fue una causa clara y obvia —no necesariamente única o definitiva— para que el autor se haya decidido a realizar dolosamente el crimen individual —recuérdese que excepcionalmente los crímenes de guerra pueden ser realizados por personas no

⁴¹ Cf. Werle, *Principles of International Criminal Law*, p. 297.

⁴² Cf. Olásolo Alonso y Pérez Cepeda, *Terrorismo internacional y conflicto armado*, pp. 90-91, señalan que el ER no sólo exige que la “[...] conducta haya tenido lugar en el marco geográfico-temporal de un conflicto armado, sino que también ‘haya estado relacionada con él’”.

⁴³ Cf. Werle, *Principles of International Criminal Law*, p. 95; Ambos, *Los crímenes del nuevo derecho penal internacional*, pp. 89-98; *Prosecutor vs. Dusho Tadić* (Decision on the Defense motion for interlocutory appeal on jurisdiction) caso n.º IT-94-1-AR72 del 02.10.1995, §§ 45 y 70; *Prosecutor vs. Mucić et al.*, (Trial Chamber), judgment del 16.11.1998, § 193; *Prosecutor vs. Kunarac et al.*, (Decision on the Defense motion for interlocutory appeal on jurisdiction), judgment del 12.06.2002, § 58; *Prosecutor vs. Vasiljević*, (Trial Chamber), judgment del 29.11.2002, § 25.

combatientes o también excepcionalmente contra sujetos combatientes, como sucede en los casos de perfidia—, o se haya decidido a actuar de acuerdo con el plan criminal, las directivas políticas o las estrategias que los grupos armados plantean en las instrucciones del mando responsable. En este caso, la doctrina sostiene que el conflicto ha de jugar un “papel sustancial”, debe ser un pretexto cercano a la decisión criminal del sujeto activo del tipo penal o al aparato organizado de poder, como autor material mediato o inmediato, o coautor⁴⁴.

Por lo que se refiere a la prueba de la *conexión medial u ocasional* basta demostrar que el conflicto armado ha incrementado o ha “jugado un papel sustancial” en la capacidad operativa del autor o del grupo criminal para llevar a cabo el crimen individual, para haberlo realizado en la forma como, en efecto, lo ejecutó o realizó. Si bien es cierto que no es necesario demostrar que el crimen de guerra individual fue realizado directamente por el autor *con ocasión y en desarrollo de un combate armado*, sí es necesario probar, además de las conexiones vistas, que el hecho tenga cierta conexión espacio-temporal con el conflicto, en el sentido que, por ejemplo, el comportamiento fue realizado en una zona en donde uno de los grupos tiene una influencia de control real y determinable, en la que se desarrollan o se desarrollaron las hostilidades⁴⁵. En todo caso, no basta demostrar una simple relación de causalidad o de “ocasionalidad” entre el crimen y el conflicto armado.

Precisamente, la Corte Constitucional, en la Sentencia C-291/2007 (M.P. M. Cepeda), señala:

[...] en casos de comisión de crímenes de guerra es suficiente establecer que el perpetrador actuó en desarrollo o bajo la apariencia del conflicto armado, y que el

⁴⁴ Cf. Ambos, *Estudios de derecho penal internacional*, p. 173: “[...] si el autor actúa con la conciencia del conflicto armado en curso y aun se beneficia del mismo, tal conciencia es el vínculo entre su conducta y el conflicto armado. De este modo, el vínculo con el conflicto armado está formado o creado por la imaginación del autor y no sólo basado en circunstancias meramente objetivas. Es suficiente, sin embargo, que estuviera consciente de las circunstancias fácticas de un conflicto armado [...]”; Olásolo Alonso y Pérez Cepeda, *Terrorismo internacional y conflicto armado*, p. 90: “Por su parte, la SCP I de la CPI, en su decisión sobre la confirmación de los cargos en el caso Lubanga, ha afirmado la jurisprudencia de la Sala de Apelaciones del TPIY y del TPIR en esta materia, al tiempo que ha subrayado que el conflicto armado, si bien no tiene por qué ser la causa última de la comisión de la conducta, debe como mínimo haber jugado un papel sustancial en la decisión del autor de realizarla, en la capacidad del autor de llevarla a cabo o en la manera en que la misma ha sido finalmente ejecutada”. Olásolo Alonso, *Ensayos sobre la Corte Penal Internacional*, p. 541; Werle, *Principles of International Criminal Law*, p. 294. También sobre el tema: Paula Cadavid Londoño, *Coautoría en aparatos organizados de poder de carácter delictual*. Colección Ciencias Penales, Bogotá, Ediciones Uniandes-Ibáñez, 2013, pp. 31 y ss.

⁴⁵ Sentencia de apelación del TPIY en el caso *Kunarac* (§ 58) y sentencia de apelación en el caso *Lubanga* (§ 287). En el mismo sentido véase sentencia de apelación del TPIY en el caso *Kunarac* (§ 52) y sentencia de apelación en el caso *Rutaganga* (§§ 570-572).

conflicto no debe necesariamente haber sido la causa de la comisión del crimen, sino que la existencia del conflicto debe haber jugado, como mínimo, una parte sustancial en la capacidad del perpetrador para cometerlo, en su decisión de cometerlo, en la manera en que fue cometido o en el objetivo para el que se cometió.

Además, no es de extrañar que por este elemento, la CSJ de Colombia, en sentencia del 31 de julio de 2008, sólo por mencionar alguna decisión de esta discutible (y, en nuestra opinión, equivocada) línea jurisprudencial, advierta que: “No es posible dictar sentencia sin que al postulado [a los procesos de justicia y paz] se le hayan formulado cargos por el delito de concierto para delinquir, pues aquella debe proferirse en primer lugar por esta conducta, en tanto que las demás son consecuencia de ésta”, al menos, en términos de conexidad subjetiva⁴⁶.

LA INCIDENCIA DE LA PRUEBA DEL CONFLICTO

ARMADO EN LOS HECHOS DE LA SENTENCIA

Para finalizar esta contribución no es posible dejar de hacer referencia a la importancia que tiene en estos casos plasmar en la sentencia condenatoria todos los elementos contextuales que permitirán argumentar la responsabilidad penal del autor o coautores como “criminales de guerra”. Naturalmente, la sede oportuna para presentar en su conjunto la existencia fáctica del conflicto armado, la realización del hecho y la relación entre ambos niveles es el acápite referido a los hechos de la sentencia. Como lo señala Climent Durán: “La actividad probatoria está directamente conectada con el juicio de hecho, o sea, con el aspecto fáctico que constituye el supuesto ineludible para la aplicación de la normativa correspondiente, lo que a su vez constituye el juicio de derecho. Es por esto por lo que, ante todo, ha de quedar enmarcada la prueba dentro del marco procesal en que se produce, o sea, dentro del juicio de hecho⁴⁷”.

Así las cosas, una reconstrucción contextual con sentido y organizada de las circunstancias de hecho y de derecho que fundamentan la sentencia deberá contener los siguientes elementos:

⁴⁶ Sobre el tema: Cadavid Londoño, *Coautoría en aparatos organizados de poder de carácter delincuencial*, pp. 110 y 111 y ss.

⁴⁷ Carlos Climent Durán. *La prueba penal*, 2ª ed. Tomo I, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2005, pp. 44 y 72: “El juicio judicial, que se plasma en la sentencia, está compuesto de diversos razonamientos encadenados, mediante los cuales se aplica una norma jurídica a un determinado hecho o suceso. Por tanto, es cuestión primordial en toda sentencia la de examinar y comprobar la realidad de tal hecho o sucesos, ya que sobre él ha de recaer la aplicación de la norma jurídica y la de la consecuencia en ésta prevista. El correcto desempeño de la función judicial exige, pues, conocer antes que nada los hechos correspondientes, que deben ser adecuadamente comprobados, valiéndose para esto de los pertinentes razonamientos de carácter fáctico o no normativo”.

1. *Una descripción general* del territorio y de los lugares en donde tuvieron ocurrencia las hostilidades que son competencia del tribunal, así como una descripción general de su población y de los grupos étnicos, nacionales, raciales o religiosos que la componen. Es obvio que la importancia práctica de los hechos en una sentencia condenatoria penal sobre crímenes internacionales radica en la capacidad que tiene este acto jurisdiccional, no solo para mostrar cómo el tribunal concibe en concreto la ocurrencia probada de los hechos, sino también, y quizás aún más importante, para generar una reconstrucción histórica contextual de los hechos criminales que satisfaga el derecho que tienen las víctimas a conocer la verdad, al menos en lo que a ello pueda aportar el proceso penal en Colombia.
2. *La clase de hostilidades (violencia armada) que vivió dicha población en el territorio.* Se trata de descartar la existencia de simples tensiones internas o disturbios no significativos. Todo ello, dentro del contexto utilizado en el escrito.
3. *Una descripción y análisis de las características del sujeto activo individual y el grupo criminal,* ya enunciadas a lo largo del texto.
4. *Una descripción y análisis detallado de las actividades criminales* realizadas por el autor y el grupo criminal (aparato organizado de poder), que además hayan sido objeto de imputación por el respectivo ente acusador y que permitan construir una “base fáctica y jurídica suficiente”. El análisis fáctico también se debe realizar de manera contextual. Es fundamental determinar con claridad las correspondientes instrucciones en las que se enmarcan las operaciones militares o acciones bélicas, su planeación y su ejecución.
5. *El análisis de los medios de prueba* que permiten afirmar la existencia de un conflicto armado. Se trata de un análisis narrativo preciso, en sentido histórico y cronológico —por épocas, si es necesario—, que permita entender y analizar la evolución de las hostilidades y las circunstancias que las rodean. A partir de este análisis será necesario precisar la naturaleza del conflicto armado en los términos vistos.
6. *La tipificación de los hechos como crímenes de guerra,* las pruebas y el análisis de los elementos objetivos y subjetivos particulares de cada uno de ellos, en el contexto construido en la sentencia⁴⁸.

⁴⁸ Ibid., p. 68: “Conviene advertir, no obstante, que la separación entre juicio de hecho y juicio de derecho no es tan sencilla ni nítida como puede parecer a primera vista, ya que la fijación de los hechos a valorar normativamente presupone el acto de elegir o de entresacar los hechos que interesan de entre todos los hechos realmente sucedidos, y tal elección o depuración fáctica sólo se

7. *La vinculación del autor con cada uno de los crímenes planteados en los hechos y tipicidades.* También es necesario precisar la forma de responsabilidad que le incumbe al autor y la calidad de dicha participación en sentido amplio⁴⁹. A partir de allí deberán cumplirse todos los elementos formales o jurisdiccionales requeridos por las normas procesales particulares para la sanción o no del penalmente responsable, entre los cuales es fundamental acreditar los elementos que soportan los distintos juicios de antijuridicidad, culpabilidad y punibilidad (CP, arts. 9, 10, 11, 12 y ss.), y en particular aquellos que incidan en la individualización judicial de la pena que habrá de imponerse a los criminales de guerra (CP, arts. 60 y ss.).

BIBLIOGRAFÍA

- Ambos, Kai. *Estudios de derecho penal internacional*. Lima, Idemsa, 2007.
- _____. “‘Joint Criminal Enterprise’ y responsabilidad del superior”. En: *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Madrid, 2ª época, n.º 19, 2007.
- _____. *La parte general del derecho penal internacional*. Montevideo, Temis, 2004.
- _____. *Los crímenes del nuevo derecho penal internacional*. Bogotá, Ibáñez, 2004.
- _____. *Problemas seleccionados en torno a los crímenes más graves (core crimes) en el Derecho Penal Internacional*. Disponible en: http://www.unifr.ch/derechopenal/articulos/pdf/Crimenes_graves0504.pdf
- Arocena, Gustavo; Balearce, Fabián Ignacio y Cesano, José Daniel. *Prueba en materia penal*. Buenos Aires, Astrea, 2009.
- Cadavid Londoño, Paula. *Coautoría en aparatos organizados de poder de carácter delincuencial*. Colección Ciencias Penales, Bogotá, Ediciones Uniandes-Ibáñez, 2013.
- Cardoso, Jorge. *Manual de las pruebas judiciales*. Tomo I, Bogotá, ABC, 1969.
- Carswell, Andrew J. “Classifying the Conflict: A Soldier’s Dilemma”. En: *International Review of the Red Cross*, vol. 91, n.º 873, marzo del 2009. Disponible

puede llevar a cabo atendiendo lo que dice la norma jurídica para así propiciar la aplicabilidad de ésta, y de igual modo la elección de la norma jurídica aplicable se efectúa en función de los hechos acaecidos y alegados por las partes litigantes, con lo que existe una inevitable intervención entre los hechos y la norma jurídica aplicable a los mismos”.

⁴⁹ Cadavid Londoño, *Coautoría en aparatos organizados de poder de carácter delincuencial*, pp. 31 y ss.

en: [http://www.icrc.org/Web/eng/siteeng0.nsf/htmlall/review-873-p143/\\$File/irrc-873-Carswell.pdf](http://www.icrc.org/Web/eng/siteeng0.nsf/htmlall/review-873-p143/$File/irrc-873-Carswell.pdf)

Climént Durán, Carlos. *La prueba penal*, 2ª ed. Tomo 1, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2005.

Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR). Comentario del Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra de 1949, párr. 4457. Disponible en: www.icrc.org.

Cullen, Anthony. “The Parameters of Internal Armed Conflict in International Humanitarian Law”. En: *Miami Int’ L & Comp. L. Rev.*, n.º 189, 2004, HeinOnline.

Döhring, Erich. *La prueba, su práctica y apreciación*. Tomás A. Banzhaf (trad.), Buenos Aires, Ed. Jurídicas Europa-América, 1986.

Dörmann, Knut. *Elements of War Crimes, under the Rome Statute of the International Criminal Court*. Cambridge, ICRC-Cambridge University Press, 2004.

Ellero, Pietro. *De la certidumbre en los juicios criminales o tratado de la prueba en materia criminal*. Madrid, Reus, 1968.

Florián, Eugenio. *De las pruebas penales*. Tomo 1, Bogotá, Temis, 1998.

Forer, Andreas. “Dos aspectos de la sentencia en contra de Thomas Lubanga Dylo: conflicto armado y reclutamiento forzado”. En: *Derecho Penal Contemporáneo, Revista Internacional*, n.º 44 (julio-septiembre), Bogotá, Legis, 2013, pp. 5-25.

García Valencia, Jesús Ignacio. *Las pruebas en el proceso penal*. Bogotá, Ibáñez, 1993.

Machado Ramírez, Sebastián. “La categorización del conflicto armado en Colombia y sus consecuencias jurídicas”. En: *Discriminación, jurisdicción universal y temas de derecho penal*, Ricardo Posada Maya (coord.), Bogotá, Ediciones Uniandes, 2013.

Olásolo Alonso, Héctor y Pérez Cepeda, Ana Isabel. “The Notion of Control of the Crime and its Application by the ICTY in the Stakić Case”. En: *International Criminal Law Review*, n.º 4, Países Bajos, Koninklijke Brill NV, 2004.

- _____. *Terrorismo internacional y conflicto armado*. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2008.
- Olásolo Alonso, Héctor. *Ensayos sobre la Corte Penal Internacional*. Colección Internacional, Bogotá, Editorial Pontificia Universidad Javeriana-Ibáñez, 2009.
- _____. “Reflections on the Treatment of the Crime and Joint Criminal Enterprise in the Stakić Appeal Judgment”. En: *International Criminal Law Review*, n.º 7, Países Bajos, Koninklijke Brill NV, 2007.
- Pastor, Daniel R. *Encrucijadas del derecho penal internacional y del derecho internacional de los derechos humanos*. Colección internacional n.º 13, Bogotá, Editorial Pontificia Universidad Javeriana-Ibáñez, 2009.
- Peláez Vargas, Gustavo. *Manual de pruebas penales*. Bogotá, Jurídicas Wilches, 1981.
- Pictet, Jean. *Comentario del artículo 3º común a los Convenios de Ginebra y relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional*, 1-11-1998. Disponible en: <http://www.icrc.org/Web/spa/sitespa0.nsf/html/5TDMMU>
- Posada Maya, Ricardo. “Conceptos fundamentales sobre Derecho Internacional Humanitario”. En: Henrik López y Ricardo Posada (coords.), *Manual de Constitución y democracia: de los derechos*, 2ª ed. Vol. 1, Programa Constitución & Democracia, Ediciones Uniandes, Universidad de los Andes, 2007.
- _____. “Los delitos de lesa humanidad”. En: *Cuadernos de Derecho Penal*, n.º. 5, Fernando Velásquez Velásquez (dir.), Bogotá, Universidad Sergio Arboleda, 2010.
- Prieto Sanjuán, Rafael A. *Tadić, Internacionalización de conflictos internos y responsabilidad individual, Grandes Fallos de la Justicia Penal Internacional I*. Bogotá, Editorial Pontificia Universidad Javeriana-Diké, 2005.
- Quintero Ospina, Tiberio. *Las pruebas en materia penal*. Bogotá, Jurídicas Wilches, 1991.
- República de Colombia. *Protocolo para el reconocimiento de casos de violaciones a los derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario con énfasis en el homicidio en persona protegida*. Bogotá, Programa Presidencial de Derechos Humanos y DIH-Vicepresidencia de la República, 2008.

Rodríguez, Gustavo Humberto. *Pruebas penales colombianas*. Tomo I, Bogotá, Temis, 1970.

Uprimny, Rodrigo. *¿Existe o no conflicto armado en Colombia?* Disponible en: www.derechos humanos y paz.org.

Vite, Sylvain. “Typology of Armed Conflicts in International Humanitarian Law: Legal Concepts and Actual Situations”. En: *International Review of the Red Cross*, vol. 91, n.º 873, marzo 2009. Disponible en: [http://www.icrc.org/Web/eng/siteeng0.nsf/htmlall/review-873-p69/\\$File/irrc-873-Vite.pdf](http://www.icrc.org/Web/eng/siteeng0.nsf/htmlall/review-873-p69/$File/irrc-873-Vite.pdf)

Werle, Gerhard. *Principles of International Criminal Law*. La Haya, T.M.C. Asser Press, 2005.

LA PRUEBA EN EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL DESDE LA PERSPECTIVA NACIONAL*

Sigifredo ESPINOSA PÉREZ**

Para iniciar es importante señalar cómo, con respecto a los llamados crímenes sistemáticos o de sistema, se erige un componente esencial para garantizar la efectividad de la iniciativa de judicialización que actualmente se adelanta en Colombia; puesto que el reconocimiento inicial de dichos crímenes supera el entendimiento y la aplicación regular del derecho penal y la dogmática tradicional, debido a la dificultad de demostración y judicialización de los responsables, como también por los factores de poder que en ellos inciden y que se erigen en obstáculos, en ocasiones insalvables, a fin de que emerjan verdad, justicia y reparación.

Precisamente, en razón de su naturaleza y efectos, la investigación y juzgamiento de los crímenes sistemáticos, cuando ellos encierran —como sucede normalmente— responsabilidad por cadena de mando, obliga a establecer nuevos paradigmas que modifiquen los métodos tradicionales, lo que en estándares internacionales ha establecido la llamada justicia universal o globalizada y, en particular, los tribunales *ad hoc* (Ruanda y ex Yugoslavia), la Corte Penal Internacional (CPI) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Precisamente, en relación con la influencia de ese tipo de paradigmas, es posible ver la creciente influencia que la justicia internacional viene tomando en Colombia, así como los tratados suscritos por el país, lo que se ve reflejado en tres diferentes momentos del procedimiento penal y la evaluación probatoria.

El primer momento es previo a la expedición de la Constitución de 1991. En este, los funcionarios judiciales, a la hora de resolver los asuntos sometidos a su consideración, apenas se valían del derecho positivo consignado en los códigos, sin hacer referencia, así fuera accesoria, a la Carta Política, ni mucho menos a los tratados internacionales.

El segundo brotó exultante con la vigencia de la nueva Constitución y con la labor jurisprudencial de la Corte Constitucional. En consecuencia, se reclama

* Esta ponencia fue presentada en el II Congreso Internacional de Derecho Procesal, el 26 de febrero de 2010, en la Universidad de los Andes.

** Exmagistrado de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

un juez activo, plenamente interesado en los tratados y en los principios que emergen de la Carta Política, en cuanto dotan de contenido las normas internas consignadas en los códigos.

El tercer momento tiene hoy día plena vitalidad. Tratándose del derecho penal, necesariamente debe regirse con los estándares internacionales, cuando menos en lo que atañe a delitos de lesa humanidad y a los denominados de derecho internacional humanitario (DIH), a fin de que, como claramente lo contempla el Estatuto de Roma, intervengan la Corte Penal Internacional o la Corte Interamericana de Derechos Humanos; en el caso de la Corte Penal, cuando el Estado no tuvo la disposición o capacidad de adelantar adecuadamente el trámite (art. 17 del Estatuto de Roma), sobre todo en lo relacionado con la intervención individual de las personas; y en el caso de la Corte Interamericana, cuando se trata de obligaciones estatales y cuando la investigación o el juzgamiento no fueron afrontados con seriedad e imparcialidad (arts. 8 -1- y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos).

Sobre el particular, las naciones han buscado adaptar esos estándares internacionales a su legislación interna o a su modo de adelantar la investigación y juzgamiento penales. Por ello, en Alemania, por ejemplo, existe un código penal independiente para que, conforme sus regulaciones, se tramite el proceso que corresponda a los llamados delitos internacionales (genocidio, lesa humanidad, violación del DIH y crímenes de agresión), apartándolos de la legislación ordinaria.

En Colombia, el legislador no ha sido tan específico dado que ese tipo de delitos, su investigación y juzgamiento interno se hermanan con las conductas punibles ordinarias, motivo por el cual se hace necesario un trabajo de contextualización del juez. Al respecto, la Corte dijo en providencia del 21 de septiembre de 2009, radicado 32022, *Caso de Gian Carlo Gutiérrez*:

Ahora bien, a nivel interno, los crímenes de lesa humanidad tienen fundamento constitucional y legal.

En el primer orden, la Carta Política contiene una serie de mandatos que se constituyen en la plataforma para la punición de los crímenes de lesa humanidad. Así, el artículo 11 dispone que “[E]l derecho a la vida es inviolable. No habrá pena de muerte”; por su parte, el artículo 12 establece que “nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”; el artículo 13 recoge el principio fundamental de igualdad, que para el efecto prohíbe cualquier tipo de discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o fami-

liar, lengua, religión, opinión política o filosófica; el artículo 17 en cuanto prohíbe la esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos en todas sus formas.

Simultáneamente y en forma complementaria, en virtud de la teoría del bloque de constitucionalidad, derivada del artículo 93 de la Carta Política, que consagra la prevalencia, en el orden interno, de los tratados y convenios de derechos humanos y derecho internacional humanitario, resulta indiscutible la fuerza vinculante del conjunto de normas internacionales que prohíben conductas constitutivas de crímenes de lesa humanidad.

Entre esas normas se encuentran: la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles Inhumanos o Degradantes, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y, finalmente, el Estatuto de Roma, que constituye el parámetro básico de la sistematización y positivización de los delitos de lesa humanidad.

En el ámbito legal, el genocidio, la desaparición forzada y el desplazamiento forzado sólo fueron introducidos como delito, a través de la Ley 589 de 2000, después incorporada y ampliada en la Ley 599 de 2000 (Código Penal vigente).

Cabe recordar que en el estudio legislativo de estas conductas, se discutió la posibilidad de crear un título dentro del Código Penal exclusivamente referido a los delitos de lesa humanidad; pero, al parecer, buscando la posibilidad de que la delimitación de los crímenes no fuera taxativa, se dejó abierta la norma, aunque en el título segundo sí se consagró específicamente el tipo de delitos correspondientes al derecho internacional humanitario.

En conclusión, la Corte dejó en claro que la no incorporación en la legislación interna de una norma que en estricto sentido defina los delitos de lesa humanidad, no impide su reconocimiento en el campo nacional, dado que el principio de integración (art. 93, Constitución Política de Colombia) demanda acudir a los instrumentos internacionales que por virtud del bloque de constitucionalidad obligan en la interpretación y aplicación de las normas. Y agregó:

[...] para efectos de calificar los crímenes atroces cometidos contra la población civil por los grupos armados al margen de la ley dentro del contexto de los llamados crímenes de lesa humanidad, debido a que se trata de una variedad de delitos de graves violaciones a los derechos humanos que fueron tipificados en la legislación nacional bajo títulos que consagran bienes jurídicos tradicionales, los operadores jurídicos deberán remitirse al Estatuto de Roma (artículo 7º) para fijar su contexto.

Para comprender la situación colombiana actual, se debe decir que en el entorno de los llamados crímenes de sistema, la Ley 975 de 2005, también denominada Ley de Justicia y Paz, ha instituido —dentro de lo que se conoce como justicia transicional— unos parámetros de investigación y juzgamiento de infracciones graves al derecho internacional humanitario y delitos de lesa humanidad, perpetrados en territorio nacional.

Empero, esa normatividad no establece unos criterios definidos de investigación, ni delimita la práctica probatoria aneja, por lo cual, como la misma ley establece, es necesario recurrir a lo que sobre el particular establecen los estatutos ordinarios. Esos estatutos tampoco resultan suficientes para certificar los conceptos de verdad y justicia insertos en la filosofía de la Ley 975 de 2005, pues han sido contruidos para otros escenarios diferentes, es decir, para los delitos ordinarios.

Sin embargo, sucede que los delitos atribuidos a los grupos armados desmovilizados superan con mucho esos límites ordinarios, lo que trae una complejidad tal que para su descubrimiento y sanción ha de acudir a estándares internacionales que reflejen lo que en otras latitudes se ha tomado como experiencia y que pueda ser aplicable al país.

En este sentido, materia obligada de investigación y prueba es, entre otros aspectos, la contextualización de los hechos, para que la verdad no se represente apenas como el acto individual de una determinada persona, sino como consecuencia de la integración de esta a un grupo armado ilegal, dentro del ideario, fines, zona de influencia, lapso de influencia y causas del crimen. Además, la responsabilidad de quien no ejecutó directa y materialmente la perpetración deviene de la denominada cadena de mando, como lo ha dicho el alto comisionado de las Naciones Unidas para los derechos humanos:

Los crímenes de sistema (así como en la mayoría de las manifestaciones del crimen organizado) se caracterizan generalmente por una división de labores entre los planificadores y los ejecutores, además de arreglos en cuanto a la estructura y la implementación, lo que hace difícil establecer las conexiones entre estos dos niveles. Esto se complica aún más por el hecho de que, a menudo (pero no siempre), los crímenes son perpetrados por entidades oficiales, con la participación de personas que eran, o son todavía, políticamente poderosas.

En esta especial connotación, un amplio examen de lo que los tribunales internacionales han decantado (CPI, tribunales *ad hoc* de Ruanda y ex Yugoslavia,

Corte Europea de Derechos Humanos y Corte Interamericana de Derechos Humanos), permite advertir como lugar común que el tratamiento de la prueba es flexible, acorde con el caso concreto y eminentemente pragmático, porque los principios y límites técnicos de las legislaciones internas no tienen ningún efecto allí.

Así, se erige en lugar común, dentro de las reglas de procedimiento y pruebas de los tribunales *ad hoc* de la ex Yugoslavia y Ruanda, al igual que las establecidas para la CPI, el enorme valor probatorio que se da a la prueba testimonial, con consideraciones apenas accesorias sobre la prueba documental o pericial —al punto que las reglas de procedimiento y pruebas de la CPI sólo se refieren a dictámenes periciales para verificar la condición de salud del procesado, dentro de la investigación y el juzgamiento.

En este contexto, cabe destacar cómo la llamada prueba de referencia o el testimonio de oídas no sólo es perfectamente aceptado sino que también se le entregan amplias facultades demostrativas, sin limitaciones del tipo de la tarifa legal negativa instituida en el artículo 381 de la Ley 906 de 2004. Esto lo recordó el alto comisionado de las Naciones Unidas para los derechos humanos en el documento *Iniciativas de persecución penal, de la Oficina del Alto Comisionado*, al momento de informar los avances obtenidos en la persecución de los crímenes de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra:

Uno de los desafíos más grandes en los procesos por crímenes masivos proviene del volumen de la evidencia. En cuanto a la admisibilidad, las Cortes Penales Internacionales, en general, se han apartado de enfoques técnicos y han adoptado un enfoque flexible. Si la evidencia tiene valor probatorio, por lo general, es considerada admisible (incluyendo el testimonio de oídas). También, para acelerar los juicios, existe una tendencia creciente que confía más en la evidencia escrita en lugar del testimonio oral, incluyendo declaraciones escritas de testigos, particularmente cuando se relacionan con asuntos fuera del rol directo del acusado.

Cabe agregar que ello ha sido justificado en el hecho de que en este tipo de procesos no hay suficiente evidencia disponible y no pueden ser razones simplemente técnicas las que lleven a la exclusión de los pocos elementos probatorios recogidos.

Tan pragmática visión ha sido recogida en el artículo 92 bis (C) de las reglas de procedimiento y prueba del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, en cuanto faculta la introducción de prueba de referencia, modelo que

fue copiado por el Tribunal Internacional para Ruanda. Algo similar predicen la CPI y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en los cuales, a manera de ejemplo, en la jurisprudencia del caso *Kievsfeld contra Holanda* se reitera que: “A pesar de que lo más deseable sea que un testigo se someta a interrogatorio oral en el juicio decisorio, el derecho de defensa del acusado no se conculca si el Tribunal oye o lee una declaración de un testigo ausente, respecto de la cual la defensa tuvo oportunidad de interrogar a su autor en una fase procesal anterior, con independencia de que la facultad de contradicción, fuera o no ejercitada”.

Para no ir muy lejos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dejado claro en su jurisprudencia que los procedimientos ante ella adelantados no se hallan cobijados por las mismas formalidades contenidas en las legislaciones internas de cada país signante. Por ello, afirma tajantemente que ante esa corporación se aplican criterios flexibles en la recopilación de la prueba, dentro del examen del caso concreto y sus particularidades.

Específicamente, en el caso *Castillo Petruzzzi y otros* (sentencia del 30 de mayo de 1999), ante la afirmación del Estado referida a que uno de los declarantes fungía testigo de oídas y su testimonio carecía de asidero legal, la Corte Interamericana respondió que los criterios de valoración de la prueba ante un tribunal internacional de derechos humanos revisten características especiales. Por tal razón, las causales de objeción de testigos no se inscriben entre los derroteros del derecho interno, al punto de facultar una mayor amplitud en la valoración de la prueba testimonial.

Flexibilidad y pragmatismo, de cara a la gravedad de los delitos y la dificultad en su comprobación, son características que no se pueden perder de vista al momento de verificar cómo se tabulan los principios de verdad y justicia en procesos seguidos contra aparatos organizados de poder, tal cual sucede en Colombia, dentro del esquema de justicia transicional adelantado en el proceso de justicia y paz.

Consciente de ello, la Corte Suprema de Justicia ha establecido parámetros básicos encaminados a hallar la verdad contextualizada que les importa a las víctimas. En concreto, con respecto al tema de la verdad y las pruebas que la sustentan en el decurso de la Ley de Justicia y Paz, esto se dijo en el *Caso de Gian Carlo Gutiérrez*:

Así, la verdad en el proceso de justicia transicional no sólo se construye a partir de lo confesado por el postulado en la diligencia de versión libre, sino también

de las actividades investigativas adelantadas por la Fiscalía General de la Nación y el aporte de las víctimas [...] En este evento, debe hacerse una interpretación flexible sobre el concepto de verdad, a partir de lo aportado por el desmovilizado en su versión libre, dado que, como lo sostuvo la Corte Constitucional en la citada Sentencia C-370 de 2006 (apartado 6.2.2.1.7.20), no puede perderse de vista que la Ley 975 está diseñada para ser aplicada a personas que han cometido múltiples y graves delitos, en desarrollo de los cuales apelaron a toda clase de maniobras para esconder su real dimensión y las pruebas de los mismos, lo cual necesariamente dificulta la labor investigativa.

Por esta razón, dicha corporación en esa oportunidad señaló que “se debe confiar en la voluntad de buena fe de quienes deciden entrar a la legalidad”.

También la Corte, en el auto antes citado, reconoció que la complejidad de la reconstrucción de los hechos por virtud de la degradación del conflicto y la barbarie de los métodos utilizados en la ejecución de las conductas (descuartizamiento, fosas comunes), sumado a las dificultades de huella histórica de muchos hechos, por deficiencias en el registro civil (nacimientos, defunciones), en los registros notariales y mercantiles, por los permanentes movimientos de las comunidades desplazadas, entre otras dificultades, obliga a exámenes de contexto y a la flexibilización de los umbrales probatorios, no sólo respecto de la comprobación del relato del postulado sino, sobre todo, del daño causado, el que deberá acreditarse con medios propios de la justicia transicional.

En este orden de ideas, resulta desproporcionado que se exija al desmovilizado, que ha relatado genéricamente unos hechos ocurridos hace varios años y confesado la comisión de múltiples conductas punibles, que especifique todas las circunstancias de tiempo, modo y lugar que rodearon la ejecución de cada una de ellas.

Como se ve, la jurisprudencia nacional ha abordado los estándares internacionales y hace uso de ellos cuando las circunstancias lo aconsejan, no sólo en el proceso de justicia y paz sino también en el momento de cumplir con lo exigido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el ámbito regional, a través de la efectiva materialización de lo que consagra el numeral 4 del artículo 192 de la Ley 906 de 2004 como causal de revisión.

Cuando ya se ha internalizado la necesidad de hacer uso de esos estándares, el reto es evitar que la aplicación rigurosa de la ley penal no sea apenas para

Estados vencidos en guerra o para los líderes derrocados —como se ha vuelto lugar común en el ámbito de la justicia internacional—, sino para todos aquellos que amparados en el poder de las armas, del dinero o de la influencia política desangran un país, creyéndose ajenos a la justicia.

Por último, no se puede dejar de reconocer que, a pesar de utilizar estándares flexibles y principios pragmáticos en la definición probatoria, la dimensión del conflicto y los delitos que al amparo de este se han cometido —son más de treinta mil los crímenes confesados por los desmovilizados— impiden que esa verdad anhelada por las víctimas pueda obtenerse con la sola aplicación del proceso de justicia y paz. Por ello, ante la impotencia y los limitados recursos logísticos del Estado, la Corte ha promovido la creación de una comisión de la verdad que define así, en el caso referenciado anteriormente: “[Una comisión de la verdad] ajustada a las necesidades particulares de nuestra realidad, [que] operara paralelamente con los procesos judiciales, cumpliendo roles complementarios en el esclarecimiento de la verdad que busca la sociedad”.

Ello no sólo permitiría la posibilidad de que una mejor decantada verdad supla las necesidades de las víctimas, sino que soslayaría la que desde ya se advierte dificultad probatoria de los procesos judiciales, cuando se enfrentan de manera irreconciliable los postulados de los afectados con el delito y los hechos conocidos o narrados por el desmovilizado.

LA PRUEBA Y SU MOTIVACIÓN

CONSIDERACIONES SOBRE PRUEBA Y MOTIVACIÓN*

Michele TARUFFO**

LA OPCIÓN POR LA RACIONALIDAD

El fenómeno de la prueba de los hechos y el de la motivación de la sentencia guardan un nexo muy estrecho entre sí, casi de implicación recíproca, en el ámbito de una concepción racionalista de la decisión judicial. Buscaré analizar y, tal vez, aclarar algunos aspectos de este nexo y demostrar que no se trata de cuestiones banales ni que se puedan dar por sentadas, sino que, por el contrario, son el producto de una opción de carácter ideológico, más una de naturaleza propiamente técnico-procesal. Se trata de una opción con la que muchos no están de acuerdo y que, en todo caso, ha sido objeto de dudas y discusiones.

Antes que nada es necesario resaltar que la adopción de una concepción racionalista —o simplemente “racional”— de la decisión judicial no es una premisa pacífica que podamos considerar como dada *a priori*. Por el contrario, debemos darnos cuenta de que se trata de una opción de naturaleza valorativa, de carácter esencialmente ideológico, con profundas repercusiones culturales y políticas, tal como lo ha sostenido el filósofo Jerzy Wroblewski al tratar la ideología “legal-racional” de la decisión y confrontarla con las otras ideologías más difundidas. Esta escogencia se puede cumplir, aunque también puede no cumplirse, en distintos niveles. Tal como buscaré demostrar, se puede decir que un sistema de administración de justicia está inspirado en una ideología racional de la decisión judicial sólo cuando esta opción se comparte de manera coherente a lo largo de todos los niveles.

En un primer nivel, el más general, la opción entre adoptar o *no* adoptar una concepción racional de la decisión judicial se puede dar en el nivel de la sociedad, en conjunto, es decir —específicamente— en el ámbito de la cultura y del sistema político de una determinada sociedad. Para aclarar este punto, puede ser útil, más que un ejemplo positivo, un importante ejemplo negativo. Tomemos

* Traducción de Nicolás Pájaro Moreno.

** Jurista italiano dedicado al derecho procesal comparado y al derecho procesal civil. Es profesor de la Università degli Studi di Pavia (Italia), donde ejerce la docencia y la investigación desde 1965. Ha sido profesor visitante, en forma habitual, de varias universidades europeas, estadounidenses y latinoamericanas. Su amplia producción científica lo hace una autoridad en la ciencia procesal, y sus aportes y textos son seguidos con amplio interés por jueces e investigadores. Sus obras han sido traducidas a varios idiomas.

en consideración la Alemania de los años treinta, en un contexto en el que la cultura filosófica se expresaba, sobre todo, en el pensamiento intrínsecamente nazista de Heidegger y el régimen político se nutría de los irracionalismos más diversos como la *Heimat*, el *Volkegeist* y la “sangre alemana”. Simplemente, era imposible que se llegara a pensar en una concepción racional de la decisión judicial. Entonces, surgieron concepciones del juicio según las cuales no tenía sentido pensar racionalmente en la prueba de los hechos, visto que cualquier criterio de decisión estaba destinado a ser abandonado cuando se enfrentara con el único valor de referencia posible, es decir, la voluntad del *Führer*. No es casualidad que en este contexto se llegara a pensar en una “administrativización” de la justicia civil, que habría significado la anulación de cualquier garantía procesal y el sometimiento de las partes al arbitrio del juez, concebido como *longa manus* del poder absoluto del Estado.

De resto, no parece ni siquiera indispensable pensar en otros ejemplos tan extremos. Una tendencia más o menos acentuada por algunas formas de irracionalidad se halla, de hecho, en estos últimos decenios, en muchas corrientes de la cultura posmoderna y se manifiesta con particular evidencia siempre que el problema de la verdad sea despreciado o se considere carente de sentido, tanto a nivel general como en sus manifestaciones procesales, y siempre que el sistema político sencillamente no se interese por los modos y los criterios con los que se administra la justicia. Con respecto al desprecio por el problema de la verdad, el ejemplo más significativo lo constituye el pensamiento de Richard Rorty. La falta de atención del sistema político por los criterios con que se administra justicia es muy común, así como lo es la falta de escogencias precisas acerca de la función y de las finalidades del proceso, civil y penal. Esto último significa que la racionalidad no se encuentra ni siquiera en la tabla de valores que se opina deben inspirar el actuar social, mucho menos el actuar de los jueces. De manera similar, la indiferencia del sistema político por la verificación racional de los hechos del juicio —cuando no ha degenerado incluso en una oposición a que los jueces lleguen a la verdad, como ocurre, sobre todo, en las investigaciones y juicios a políticos— abre el camino para ideologías no racionales de la actividad del juez.

En un segundo nivel, la concepción tradicional de la decisión puede ser o no objeto de escogencia por parte del legislador. La señal de esta escogencia se refiere a las normas probatorias, especialmente a aquellas que se refieren a la valoración de las pruebas y a las que prevén la obligación de que el juez motive sus decisiones. Por ejemplo, un ordenamiento que todavía prevea normas de

tarifa legal —y en la medida en que las prevea— no adopta una concepción racional de la decisión y la valoración de las pruebas que en cada caso concreto el juez podría realizar; si aplicara criterios racionales se sustituyen por una determinación general y abstracta del legislador. Esta opción no conduce a una verificación racional de la verdad sobre los hechos, ya que las normas de tarifa legal buscan preconstituir una especie de certidumbre puramente formal, que no tiene nada que ver con la verdad. El ejemplo más evidente se encuentra en las normas que —por ejemplo en Italia— todavía prevén el juramento decisorio: una prueba legal que representa el último residuo histórico de las ordalías y que determina el éxito de una controversia con modalidades que no tienen nada de racional.

Más aún, un ordenamiento que contenga numerosas y significativas reglas que excluyan medios probatorios que podrían llegar a ser relevantes no se inspira en una concepción racional de la decisión, ya que prohíbe la entrada al proceso de elementos que serían útiles para un convencimiento racional acerca de la verdad sobre los hechos. Se debe notar que numerosos ordenamientos incluyen varias normas de este tipo, aunque se presenten de manera distinta en los ordenamientos del *civil law*, como Francia e Italia, y en los ordenamientos del *common law*. En general, se puede encontrar una relación entre la cantidad y la incidencia de las normas de exclusión de pruebas y el grado en que cada ordenamiento se separa del valor constituido por la verdad sobre los hechos y, por tanto, de una concepción racional de la decisión. Por el contrario, se opta por una concepción racional cuando se aplica el principio —ya indicado por Bentham— según el cual se deberían admitir todas las pruebas relevantes, ya que el empleo de todas ellas maximiza las probabilidades de que se llegue a una reconstrucción veraz de los hechos.

No obstante, se subraya que ambas condiciones, es decir, la admisión de todas las pruebas relevantes y su valoración discrecional por parte del juez, son necesarias, pero pueden no ser suficientes para llevar a un ordenamiento hacia una concepción racional de la decisión judicial. Para este propósito, el problema fundamental es el del denominado principio del libre convencimiento del juez —equivalente a la *freie Beweiswürdigung* alemana o a la valoración según las reglas de la *sana crítica* de los ordenamientos de lengua española—. De hecho, que el juez pueda usar libremente su propia razón en la valoración de las pruebas es una condición indispensable para la corroboración de la verdad sobre los hechos; sin embargo, esto no se da cuando el principio en estudio se interpreta —como ocurre con no poca frecuencia— según la versión más radicalmente subjetivista

del concepto de la *intime conviction*, típico de la tradición francesa, pero difundido en muchos ordenamientos procesales.

Según este concepto la valoración de las pruebas y, por tanto, la decisión sobre los hechos sería el fruto de una persuasión interior, imposible de indagar e irreductiblemente subjetiva, que se forma por razones desconocidas en el ánimo —no necesariamente en la mente— del juez. Es claro, de hecho, que cuando el principio del libre convencimiento del juez se interpreta de esta manera, se da pie para una concepción radicalmente irracionalista de la decisión sobre los hechos. En cambio, una concepción racionalista supone que el principio del libre convencimiento del juez se interprete en el sentido en que la discrecionalidad en la valoración de las pruebas debe ser ejercitada, de acuerdo con criterios que aseguren la posibilidad de control racional. A su turno, ello implica que se adopte una concepción epistémica y no retórica de la prueba, sobre la cual regresaré más adelante.

En cuanto a la motivación es evidente que el ordenamiento tiende a una concepción racional de la decisión judicial cuando impone a los jueces la obligación de motivar sus decisiones. Es conocido que esta obligación existe en muchos ordenamientos, tanto en el ámbito de leyes ordinarias, como de principios constitucionales —como, por ejemplo, en España, en Portugal y en Italia—, con la consecuencia de que el juez está obligado a suministrar una justificación racional de su propia decisión.

Sin embargo, es necesario tener en cuenta el hecho de que el factor de racionalización que existe en la obligación de motivar la decisión judicial no siempre existe y no siempre es eficaz. Por un lado, existen ordenamientos, como, por ejemplo, el estadounidense, en el cual la obligación de motivar la decisión judicial no siempre existe y, de hecho, las sentencias de primera instancia, en las que se corroboran los hechos con base en las pruebas, por regla general no están motivadas. En especial, el juez norteamericano nunca motiva sus propios veredictos, los cuales, por tanto, carecen de cualquier clase de fundamento racional. Por otro lado, se opina que en distintos ordenamientos —como, por ejemplo, en Italia—, existe la tendencia a considerar que la obligación de motivar es un factor que genera ineficiencia en la justicia, ya que existe quien piensa que los jueces “pierden” su tiempo escribiendo las consideraciones de los fallos y, en consecuencia, se busca limitar o restringir su aplicación. Esta tendencia no puede ser compartida pues es contraria a la garantía constitucional de la motivación. Pero el solo hecho de que ella exista y que de vez en cuando encuentre

algún espacio en el ámbito legislativo demuestra lo frágil que puede llegar a ser la adhesión a una concepción racional de la decisión judicial. Un perfil posterior se refiere al problema de la completitud de la motivación, pero sobre este tema también regresaré más adelante.

El tercer nivel en el que se plantea el problema de la opción por una concepción racional de la decisión es el de la ideología y del consiguiente comportamiento concreto de los jueces, en su conjunto, o desde la perspectiva de cada uno de los magistrados. De hecho, no se puede excluir que los jueces adopten una concepción sustancialmente irracionalista de la decisión judicial y, en particular, de las decisiones que ellos mismos se encuentran en el deber de formular. En efecto, puede suceder que un juez siga una de las distintas corrientes culturales que se fundan en premisas filosóficas de tipo irracionalista o que, de alguna manera, se opongan a una visión racional del mundo o del conocimiento. En este caso es bastante improbable, si quiere tener un mínimo de coherencia consigo mismo, que adhiera a una ideología racional de la decisión judicial y, por tanto, oriente su propio comportamiento para racionalizar sus propias valoraciones. O bien puede suceder que un juez no tenga opiniones claras y juiciosas sobre el plano filosófico general y, no obstante, cultive una concepción irracionalista de su propia libre convicción, como la que le corresponde a la versión radical de la doctrina de la *intime conviction*. Más aún, puede suceder que el juez sea en todo caso escéptico —aunque lo sea de manera irreflexiva o inconsciente— acerca de las posibilidades de una corroboración racional de los hechos y, por tanto, se sienta legitimado para decidir simplemente e “intuitivamente”, según su propio arbitrio individual. En todos estos casos —aunque se pueden verificar muchas otras situaciones similares—, un juez puede encontrarse inclinado a sostener que la valoración de las pruebas y la consiguiente decisión no sean actividades racionales o racionalizables y, por consiguiente, adopte de manera más o menos explícita una ideología no racional de su propia actividad decisoria.

En cuanto a la motivación de la sentencia, este juez se inclinará por no “tomarse en serio” dicha obligación o, de cualquier manera, a no desempeñarla en un sentido racional. Ello podrá inducirlo a redactar una motivación ficticia —una *Scheinbegründung* como la que los canonistas le sugerían a los jueces eclesiásticos para que no debilitaran la autoridad de sus sentencias—; es decir, a diseñar un discurso que, en realidad, no contiene ninguna justificación para la decisión de hecho, tal vez buscando cubrir esta falta con una sobreabundancia de motivación en derecho.

LA CONCEPCIÓN RACIONAL DE LA PRUEBA

La opción entre la racionalidad y no racionalidad tiene que ver de manera específica con la concepción de la prueba y de su función en el contexto del proceso y, por tanto, amerita un análisis más específico. Es necesario optar por una de estas vías, en la medida en que existen concepciones distintas sobre la prueba y de su función. Al respecto, el discurso ameritaría ser mucho más amplio pero, en aras de la brevedad, aquí será sintetizado en sus aspectos esenciales.

Antes que nada, la función y la naturaleza de la prueba se conciben de maneras distintas, según como se configure cuál es la finalidad fundamental del proceso, civil o penal. Si se parte —como lo hacen muchos— de la premisa según la cual el proceso tiene como finalidad exclusiva la resolución de controversias, se deberá concluir que es irrelevante la calidad de la decisión que ponga término al conflicto: la única cuestión que se busca es que la decisión sea eficiente para el efecto, es decir, que ponga fin al litigio entre las partes. En este caso, es descartable si ella se basa en una verificación probatoria de la verdad sobre los hechos. Es más, se sostiene que buscar la verdad no sólo es inútil, sino incluso contraproducente, precisamente porque requiere una inversión de tiempo y de actividades procesales para recaudar pruebas. Desde esta perspectiva, la prueba no tiene una naturaleza ni una función determinada; a lo sumo, se le podría encontrar una función retórica, como diré más abajo. Es importante anotar que esta concepción de la función del proceso es bastante difundida, de hecho, caracteriza la mayor parte de las teorías del *adversary system* y está presente en todas las concepciones que se basan en la idea de una *procedural justice*.

Las cosas son radicalmente distintas si se sostiene que la función del proceso es la de resolver la controversia, pero a través de la formulación de decisiones *justas*. La justicia de la decisión no sólo supone su *legalidad*, es decir, su derivación de una correcta interpretación y aplicación de las normas, sino también su *veracidad*, es decir, la corroboración de la verdad acerca de los hechos relevantes: la razón fundamental de ello es que ninguna decisión se puede considerar justa si se basa en una corroboración falsa o equivocada de los hechos del caso. El problema de la verdad de los hechos en el proceso es bastante complejo y no puede ser afrontado aquí en todos sus aspectos. Sin embargo, se pueden hacer algunos apuntes sintéticos, a fin de aclarar en qué consiste la concepción racional de la prueba.

Antes que nada, es útil especificar que en el proceso sólo se puede discutir acerca de verdades *relativas*, porque las verdades absolutas son patrimonio

exclusivo de algunas metafísicas y de algunas religiones integralistas. Además, la verdad procesal tiene carácter relativo en otro sentido muy importante, es decir, en la medida en que ella se basa exclusivamente en las pruebas recaudadas en el proceso y, por tanto, es “relativa” al grado de confirmación que las pruebas logren atribuir a los enunciados que se relacionan con los hechos del litigio. Por tanto, pueden existir distintos grados de verdad dentro de la corroboración de los hechos, dependiendo del fundamento que las pruebas den en favor de la verdad o la falsedad de tales hechos.

Desde otro punto de vista, se precisa que la verdad de la que se habla en el proceso se conciba —aún sin caer en las formas de un realismo ingenuo— como *aproximación* de la reconstrucción procesal de los hechos a su realidad empírica e histórica. Sin el ánimo de discutir aquí uno de los problemas más complejos, como es el concepto de la verdad, me limitaré a decir que el proceso implica la adhesión a una concepción *correspondentista* de la verdad; precisamente, en cuanto exige que se corrobore, sobre la base de las pruebas disponibles, si efectivamente se verificaron —en el mundo “externo” que se presupone existente y cognoscible— los hechos de los que depende la subsistencia de las posiciones jurídicas que son objeto de controversia. Lo anterior lleva a excluir que sea en verdad aplicable en el contexto procesal —a pesar de la existencia de una literatura bastante amplia en este sentido— una concepción que dependa radicalmente de una concepción “narrativa” de la verdad, según la cual la veracidad de un enunciado fáctico sólo depende de la *coherencia* con otros enunciados, en el ámbito de una narración que se asume como la única dimensión en la que tiene sentido hablar de hechos.

Al respecto, se puede observar que, si bien es cierto que en el proceso los hechos únicamente entran bajo la forma de enunciados y que las narraciones fácticas son muy importantes dentro de toda la dinámica del procedimiento, ello no tiene la virtud de transformar el proceso en una especie de concurso literario en el que se premia la “mejor” narración, es decir, la más coherente. En realidad, el proceso sigue siendo un lugar en el que se busca establecer cuál es la narración “más veraz”, por cuanto así lo confirman las pruebas disponibles, ya que en esa corroboración probatoria de la verdad sobre los hechos reside la justicia de la decisión, que es su condición fundamental.

Estos problemas, que merecerían un análisis mucho más profundo, son en todo caso relevantes para poder entender la naturaleza y la función de la prueba en el contexto del proceso. Simplificando aquí el panorama, que es bastante compli-

cado, se puede decir que existen dos concepciones principales de la prueba: la que la considera como un instrumento de *persuasión* y, por tanto, define su función como algo *retórico*, y aquella que considera la prueba como un instrumento de *conocimiento* y, por ende, define su función como algo *epistémico*.

La primera concepción se ubica por fuera de cualquier perspectiva racional, ya que sólo toma en consideración la función persuasiva de la prueba; en efecto, la persuasión retórica es un fenómeno que se encuadra exclusivamente en el plano de los hechos psicológicos —Ticio se ha persuadido o no de que la Tierra es plana y que el Sol gira alrededor de ella— y descuida completamente la racionalidad de los argumentos que soportan o contradicen la creencia de un sujeto. En realidad —como muestra, por ejemplo, la experiencia de los *mass media*—, ocurre a menudo que instrumentos de persuasión irracional sean usados de manera eficaz con la finalidad de crear “estados mentales” —es decir, convicciones— en aquellas personas sujetas a influencia.

Sin embargo, al menos existe una perspectiva desde la cual se puede afirmar que la prueba desarrolla una función persuasiva en el proceso: se trata de la perspectiva del litigante, quien se vale de la prueba para persuadir al juez de que acoja la solución favorable a su cliente y no se interesa en lo más mínimo en que la decisión se funde o no se funde en la verdad de los hechos. Es más, el interés del abogado no reside en que la verdad sea corroborada, cuando ella podría llevar a su derrota. En realidad, el litigante tiene como objetivo vencer y no descubrir la verdad. Por tanto, no es extraño —e incluso es natural— que el abogado use la prueba, con el objeto de persuadir al juez de darle la razón. Sin embargo, queda por demostrar que el punto de vista del abogado sea el único punto de vista posible o el único capaz de explicar la naturaleza y la función de la prueba. Por el contrario, si se considera que una de las funciones fundamentales del proceso consiste en arribar a una aproximación lo más fiel posible a la realidad de los hechos, se hace evidente que la función persuasiva de la prueba, que existe, no es idónea para definir su naturaleza. Desde el punto de vista de los protagonistas del proceso, entonces, se observa claramente que la perspectiva más importante es la del juez: él no debe persuadir a nadie sino que tiene el deber de formular decisiones justas, en cuanto se basan en una reconstrucción veraz de los hechos del litigio.

La segunda concepción de la prueba parte de la premisa según la cual —como se dijo anteriormente— el proceso debe dirigirse a buscar la corroboración de la verdad sobre los hechos. Asimismo, ella parte del supuesto adicional de que

la verdad sobre los hechos no es el resultado de alguna misteriosa actividad que ocurre internamente en el juez —como, en cambio, lo afirma la ya recordada versión radical de la *intime conviction*—, sino que es el resultado de una actividad epistemológica que se articula en pasajes cognoscibles y controlables, como la selección de información, la verificación de su confiabilidad, el análisis de su relevancia y la formulación de inferencias lógicamente válidas que llevan a conclusiones racionalmente justificadas. En otras palabras, la verdad no resulta de una oscura intuición individual sino de un procedimiento cognoscitivo articulado y verificable de manera intersubjetiva.

Desde esta perspectiva, la prueba despliega su *función epistémica*, por cuanto se configura como el instrumento procesal que típicamente está al servicio del juez para descubrir y conocer la verdad sobre los hechos del caso. De manera más precisa, la prueba es el instrumento que otorga al juez la información que le servirá para establecer si los enunciados sobre los hechos tienen bases cognoscitivas suficientes y adecuadas para considerarlos como “verdaderos”. Por tanto, la función de la prueba es una función *racional*, pues se ubica dentro de un procedimiento racional de conocimiento y se dirige a formular “juicios de verdad” fundados sobre justificaciones racionales.

Un aspecto relevante del carácter racional de la prueba surge cuando se discute acerca de la valoración de las pruebas y la existencia de estándares en función de los cuales se asume como lícito afirmar que un hecho “ha sido probado”. Con base en esta primera perspectiva es necesario referirse a la extensa literatura que —sea incluso utilizando modelos y perspectivas metodológicas diversas— tiende a desarrollar el análisis de los modelos racionales del razonamiento del juez frente a los hechos. Sea que se haga referencia a las teorías cuantitativas de la probabilidad y al teorema de Bayes, sea que se haga referencia a la probabilidad lógica y a los modelos de razonamiento por inferencias, siempre existe una disposición difusa que busca interpretar el razonamiento probatorio del juez según modelos de valoración racional de las pruebas basados en inferencias y cadenas de inferencias lógicamente válidas. Este no es el espacio para entrar en la discusión analítica de estos modelos, sin embargo, se resalta que las distintas teorías a las que se ha hecho referencia comparten un rechazo a las concepciones irracionalistas, según las cuales la valoración de las pruebas sería simplemente un acto de intuición subjetiva del juez.

Bajo el segundo perfil es necesario tener en cuenta que el establecimiento de cuándo un hecho se considera demostrado no depende —una vez más—

de la simple *intime conviction* del juez, sino de la aplicación de criterios que se consideran racionales y que, además, pueden variar según el tipo de proceso o del tipo de decisión de la que se trata. Cuando, por ejemplo, se afirma que en el proceso penal la prueba de la culpabilidad del imputado se debe establecer “más allá de toda duda razonable” o que debe alcanzar un grado de fundamentación similar a una “altísima probabilidad” o a la “certeza práctica”, se hace referencia a criterios para medir un grado de confirmación probatoria de la culpabilidad que, en todo caso, presuponen que el juicio sobre los hechos tenga un fundamento racional, basado en pruebas. Del mismo modo, cuando se afirma que en el proceso civil rige el estándar de la “probabilidad prevalente” o del “más probable que no”, se vincula el juicio positivo sobre el hecho a un análisis comparativo de las distintas hipótesis que lo rodean bajo el perfil de la confirmación que ellas respectivamente recibieron de las pruebas disponibles. Ello necesariamente presupone el empleo de criterios racionales de valoración.

En todo caso, el problema de los estándares probatorios que se aplican a los varios tipos de proceso es sustancialmente el problema del *margen de error* que se considera tolerable en la corroboración del hecho; por demás, la determinación del margen de error tolerable es un aspecto importante de la racionalidad de la decisión.

En fin, también es necesario tener en cuenta un fenómeno que en los últimos años ha venido asumiendo una importancia cada vez mayor, en todos los ordenamientos, en el contexto de la prueba de los hechos. Se trata de las denominadas *pruebas científicas*, es decir, el uso de métodos científicos como instrumentos probatorios que se pueden utilizar en el ámbito del proceso. Este tema ha dado lugar a una literatura imponente y también al surgimiento de numerosos problemas que tienen que ver sobre todo con el control de la validez de los conocimientos y de los métodos científicos que se emplean para corroborar la verdad de los hechos en el proceso. Aquí no es posible entrar en el fondo de estos problemas, los cuales, sin embargo, tienen una importancia decisiva en los procesos civiles y penales contemporáneos. Ahora bien, es necesario realizar una consideración de carácter general; por un lado, el incremento en el uso judicial de los conocimientos científicos reduce en una medida proporcional la inevitabilidad del recurso al sentido común, con todas las características de vaguedad, incertidumbre, subjetividad y poca confiabilidad de las “nociones” que lo constituyen, por tanto, aumenta el grado de certeza y de control de la información de la que dispone el juez para la corroboración de los hechos. Por otro lado, se refuerza la convicción de que los hechos de la causa se puedan

y, en consecuencia, se deban corroborar a través de instrumentos dotados de validez científica y que la actividad decisoria del juez pueda y deba ser sustraída del dominio de la irracionalidad subjetiva.

LA MOTIVACIÓN DEL JUICIO DE HECHO

La mayor parte de los ordenamientos procesales ha adoptado una concepción racional de la decisión desde el momento en que se le ha impuesto al juez la obligación de motivar sus decisiones. Si en efecto se toma en serio dicha obligación y no se cree que pueda ser satisfecha a través de motivaciones ficticias, el juez tendrá el deber de exponer en la motivación las *razones* que justifican su decisión. En sustancia, se espera que el juez *racionalice* el fundamento de su decisión y articule los argumentos (las “buenas razones”), en función de los cuales esta puede resultar *justificada*; por tanto, la motivación es un *discurso justificativo* constituido por argumentos racionales. Obviamente, ello no excluye que en dicho discurso también existan aspectos de carácter retórico-persuasivo, pero dichos aspectos son en todo caso secundarios y no son necesarios. En realidad, el juez no debe persuadir a las partes, o a otros sujetos, de la bondad de su decisión. Lo que necesita es que la motivación justifique racionalmente la decisión.

Sin embargo, sobre el tema de la motivación es oportuno desarrollar alguna consideración adicional, para aclarar mejor sus nexos con el problema de la prueba. Antes que nada, se considera que en muchos ordenamientos la obligación de motivar las sentencias constituye una garantía de rango constitucional. La constitucionalización de dicha obligación, desde hace tiempo presente en los códigos de procedimiento, implica una transformación en las funciones que se asignan a la motivación. A la tradicional función *endoprocesal*, según la cual la motivación de la sentencia se dirige a facilitar la impugnación y la resolución de esta, se ha añadido, en efecto, una función *extraprocesal*: la motivación representa la garantía del control del ejercicio del poder judicial por fuera del contexto procesal y, por tanto, parte del *quívivis de populo* y de la opinión pública, en general. Esto se deriva de una concepción democrática del poder, según la cual el ejercicio del poder debe siempre ser controlado desde afuera. En sentido contrario, no es válido objetar que en la práctica este control no siempre puede ser ejercido; el significado profundo de las garantías está en que exista la posibilidad de ese control y no en el hecho de que efectivamente se ejerza en todos los casos.

Si la motivación debe hacer posible el control sobre las razones por las que el juez ha ejercido sus poderes de decisión en un cierto sentido, de ello se deriva que la motivación debe justificar todas las selecciones que el juez ha realizado

para llegar a la decisión final; si algunas de aquellas resultan injustificadas, de hecho, no se podrá verificar el fundamento racional de esta. Por tanto, se puede hablar de un *principio de completitud de la motivación*, en función del cual la justificación contenida en ella debe comprender todas las selecciones que el juez haya realizado. En especial, dado que el juez efectúa valoraciones sea cuando interpreta la ley, como cuando decide sobre las pruebas, la motivación debe proporcionar una justificación racional de los juicios de valor que han condicionado la decisión.

El principio de completitud de la motivación tiene dos implicaciones ulteriores que interesan de manera particular al problema de la prueba del juicio sobre los hechos. La primera implicación consiste en que la motivación completa debe incluir la llamada *justificación interna*, que se refiere a la conexión lógica entre la premisa de derecho y el supuesto de hecho —la llamada *subsunción* del hecho en la norma— que fundamenta la decisión final, al igual que la llamada *justificación externa*, es decir, la justificación de la selección de las premisas de hecho, de las cuales se deriva la decisión final. La justificación externa de la premisa de hecho de la decisión se refiere a las razones por las cuales el juez ha reconstruido y corroborado, en un determinado modo, los hechos del caso; estas razones se refieren sustancialmente a las pruebas de las que el juez se ha valido para decidir sobre la verdad o falsedad de los hechos —en el sentido que se ha aclarado anteriormente—. Por tanto, la justificación externa de la verificación de los hechos implica que el juez debe suministrar argumentos racionales relativos a cómo ha valorado las pruebas y a las inferencias lógicas por medio de las cuales ha podido llegar a determinadas conclusiones sobre los hechos del caso. En otros términos: la corroboración de los hechos está o no está justificada en función de las pruebas en las que ella se basa y en qué tan racionales sean los argumentos que ligan el éxito de las pruebas con el juicio sobre los hechos.

La segunda implicación del principio de completitud de la motivación con respecto a las pruebas es doble y puede ser formulada de esta manera: por un lado, es necesario que la justificación también implique la *valoración* de las pruebas, ya que es evidente que, por ejemplo, establecer si un testimonio tiene o no tiene credibilidad representa un punto central en la corroboración probatoria de los hechos. Precisamente por esto, el juez debe explicar por qué razón consideró que aquel testigo era o no creíble. De manera análoga, el juez debe explicar con base en qué inferencias ha considerado que un cierto indicio lleva a una determinada conclusión acerca de un hecho del caso. Por otro lado, y al contrario de lo que se sostiene en algunos ordenamientos —por ejemplo en Italia—,

es necesario que el juez desarrolle su motivación no sólo con referencia a las pruebas que ha valorado positivamente y de las cuales se ha valido para fundamentar la decisión, sino también, y especialmente, con referencia a las pruebas que ha considerado poco confiables, en especial, si ellas eran contrarias a la reconstrucción de los hechos que el mismo juez ha elaborado.

En efecto, admitir que el juez pueda motivar tan sólo sobre la base de las pruebas favorables a su juicio sobre los hechos comporta el riesgo del llamado *confirmation bias*, típico de quien, queriendo confirmar una valoración propia, selecciona las informaciones disponibles escogiendo solamente aquellas que le son favorables y descartando *a priori* las contrarias, introduciendo así una distorsión sistemática en su propio razonamiento. En cualquier caso, la valoración negativa de las pruebas contrarias es indispensable para justificar el fundamento de la decisión: precisamente porque la prueba contraria es el instrumento de control de la validez racional y del fundamento probatorio de cada reconstrucción de los hechos, la demostración de su falta de confiabilidad es una condición necesaria para la confiabilidad de las pruebas favorables a dicha reconstrucción.

En todo caso, es necesario eliminar un equívoco que a menudo surge al tratar el tema de la motivación. El equívoco consiste en sostener que la motivación sea una especie de memoria del razonamiento que el juez ha desarrollado para llegar a la decisión; por cuanto concierne a la motivación del juicio de hecho, ella consistiría, entonces, en una especie de relación de lo que el juez ha pensado al asumir las pruebas, al valorarlas y al derivar de ellas la decisión final. Sin embargo, se trata de una concepción errada; de hecho, es necesario distinguir entre el razonamiento a través del cual el juez ha llegado a una decisión y el razonamiento con el cual la justifica. El primero tiene un carácter *heurístico*, procede a través de hipótesis corroboradas y desvirtuadas, incluye inferencias abductivas y deductivas y se articula en una secuencia de selecciones hasta la decisión final acerca de la verdad o la falsedad de los hechos. La motivación de la decisión consiste en un razonamiento *justificativo* que —por decirlo así— presupone la decisión y se dirige a mostrar que existen buenas razones y argumentos lógicamente correctos para considerarla válida y aceptable. Naturalmente, pueden existir puntos de contacto entre las dos fases del razonamiento del juez: el juez que sabe que debe motivar estará inducido a razonar correctamente, incluso cuando está valorando las pruebas y configurando la decisión final. Sin embargo, lo anterior no demuestra que las dos fases del razonamiento del juez tengan la misma estructura y la misma

función, ni mucho menos que la una se pueda considerar como una especie de reproducción de la otra.

Aparece en todo caso evidente que la concepción racional de la naturaleza y de la función de la prueba se refleja directamente sobre la naturaleza y sobre la función de la motivación de la sentencia y que la concepción racional de esta última presupone, a su vez, una concepción racional del juicio de hecho y de su fundamento en las pruebas que el juez ha tomado en consideración. En efecto, si se piensa en el juicio sobre los hechos como el resultado de una *intime conviction* misteriosa e irreductiblemente subjetiva, resulta imposible pensar en la eventualidad de que dicha persuasión se pueda racionalizar a través de un discurso justificativo lógicamente estructurado: a la *intime conviction* solamente se puede hacer corresponder una falta de motivación o una motivación ficticia.

IDEOLOGÍA DE LA DECISIÓN SOBRE LOS HECHOS

De las consideraciones anteriores debería resultar evidente que en la base del problema de la prueba y de la motivación se perfila una dicotomía fundamental, que condiciona la entera formulación del problema. Se trata, como se reseñó desde el inicio, de una dicotomía que tiene un carácter esencialmente ideológico y que se refiere a distintos modos de concebir la decisión sobre los hechos y a sus implicaciones filosóficas, más que a las políticas. Esta dicotomía se puede expresar haciendo referencia a la alternativa fundamental entre irracionalidad y racionalidad, y haciendo explícitas en modo sintético las implicaciones respectivas.

El primer aspecto de la distinción se puede enunciar con una secuencia de términos como la siguiente: *racionalidad*: prueba como instrumento epistémico; decisión como fruto de inferencias lógicas; verdad/falsedad de los enunciados de hecho; motivación como justificación racional; controlabilidad; y concepción democrática del poder.

Al respecto, se puede observar, además de lo que ya se ha dicho anteriormente, que es evidente que existe un nexo estrecho entre la ideología racional de la decisión judicial, y en particular de la decisión sobre los hechos, y una concepción democrática de la administración de justicia. De hecho, no sólo la idea de la motivación como instrumento de control externo sobre la justificación de la decisión está conectada con una concepción democrática del ejercicio del poder, sino también la verdad —como lo han mostrado recientemente filósofos como Michael Lynch y Bernard Williams— es un valor propio de las sociedades democráticas, mientras que los regímenes autoritarios se basan sistemáticamente

en la mentira y en la falsificación. También en el contexto procesal, entonces, la verdad sobre los hechos se considera como un valor político irrenunciable.

El segundo extremo de la distinción puede ser enunciado con una secuencia de términos como la siguiente: *irracionalidad*: prueba como instrumento retórico; decisión como fruto de intuición subjetiva no cognoscible; verdad como coherencia narrativa (irrelevancia de la verdad/falsedad de los enunciados de hecho); motivación como discurso retórico o justificación ficticia; imposibilidad de control sobre el fundamento de la decisión; y concepción autoritaria del poder.

Evidentemente, se trata de formulaciones fuertemente simplificadas que, sin embargo, tienen la ventaja de hacer evidentes por lo menos dos cuestiones. La primera es que se trata de concepciones dotadas de una fuerte coherencia interna, dado que sus distintos aspectos se componen de grupos armónicos de ideas. La segunda consiste en que, precisamente por esta razón, ellas son sustancialmente distintas y no se pueden sobreponer ni siquiera parcialmente. Por tanto, deberían ser bastante claros los términos de la alternativa fundamental que se configura tras las distintas ideologías de la decisión judicial sobre los hechos.

APUNTES SOBRE EL CONCEPTO DE MOTIVACIÓN DE LAS DECISIONES JUDICIALES*

Jordi FERRER BELTRÁN**

INTRODUCCIÓN

Son muchas las perspectivas desde las que se puede abordar el tema de la motivación de las decisiones judiciales, así como amplias y difíciles son las cuestiones que se plantean al respecto: ¿qué significa motivar una decisión?; ¿qué exigencias debe cumplir un documento en el que se expresa una decisión judicial para que esta se considere justificada?; ¿cuál es la finalidad de la motivación?; ¿qué exige el derecho a los jueces en materia de motivación? Algunas de las preguntas que se pueden plantear adoptan una perspectiva dogmática, reconstructiva de las normas procesales de un ordenamiento jurídico o de un sector de este. Otras tienen un perfil netamente normativo: sus respuestas pretenden orientar la conducta de los jueces y magistrados en el momento de expresar y fundamentar sus decisiones.

Sin embargo, el trabajo que sigue no adopta una perspectiva dogmática ni normativa. Pretendo mantener mis consideraciones en el estrecho margen del análisis conceptual y de la lógica interna de nuestros sistemas jurídicos. Por ello, me propongo responder, en este orden, a tres preguntas básicas: ¿qué se motiva?, ¿qué significa motivar? y ¿para qué se motiva? A su vez, la respuesta a estas preguntas abrirá otras tantas que, paso a paso, iré abordando.

¿QUÉ SE MOTIVA?

Dice el artículo 120.3 de la Constitución española —que tiene su análogo, por ejemplo, en el artículo 111.1 de la Constitución italiana— que “las sentencias serán siempre motivadas y se pronunciarán en audiencia pública”. De modo que una primera respuesta, obvia, a la pregunta que encabeza este epígrafe puede

* Quiero agradecer los muy útiles comentarios y sugerencias de Rocío López, Nicola Muffato, Janaina Roland Matida y Carmen Vázquez.

** Jurista español, director de la Cátedra de Cultura Jurídica de la Universidad de Girona y profesor titular de la misma universidad (España). Asimismo, es un reconocido conferencista internacional, destacado por sus aportes y análisis sobre varios temas de derecho procesal, tales como: *Right to Proof and Rationality of Judicial Decisions*, *Los estándares de prueba en el proceso penal español*, *Validity, Defeasibility, and the Criteria of Recognition*, *Derecho de defensa y derecho de prueba*, *La valoración racional de la prueba*, entre otros.

ser: se motivan —o deben motivar— las sentencias judiciales¹. Pero con esta respuesta no se adelanta en demasía. Queda por determinar, por ejemplo, si lo que se motiva es propiamente el fallo de la sentencia, esto es, en sentido estricto, una entidad lingüística expresada en la parte resolutive de la sentencia (una norma individual), o bien el acto de decidir por parte del juez, por ejemplo, la decisión judicial. Es bastante habitual que se omita esta distinción, pasando inadvertidamente de una a otra posibilidad.

Así, por ejemplo, cuando se dice que la motivación de la decisión exige la fundamentación lógica de esta en las premisas del razonamiento, se está apelando a la justificación de la decisión como proposición lingüística, puesto que sólo ellas admiten relaciones lógicas con las premisas. En efecto, los actos no son susceptibles de mantener relaciones lógicas. Por otro lado, en cambio, cuando se afirma, por ejemplo, que la motivación le exige al juez que exprese el íter mental que lo ha llevado a la convicción sobre los hechos del caso, parece apelarse claramente a la motivación del acto de decidir del modo *x* por parte de la autoridad judicial competente². Por supuesto, nada impide considerar exigibles acumulativamente los dos tipos de motivación, pero se debe advertir que se trata de dos actividades distintas, cuyos patrones de corrección a los que pueden ser sometidas también son diversos y no se pueden intercambiar.

¿QUÉ SIGNIFICA “MOTIVAR”?

Podemos distinguir dos grandes respuestas a esta pregunta, que corresponden, *grosso modo*, a las concepciones “psicologista” y “racionalista” de la motivación³. La primera de ellas identifica a la motivación con la expresión lingüística de los motivos que han llevado a una decisión. En cambio, la segunda entiende la motivación como justificación: una decisión motivada es, pues, una decisión que cuenta con razones que la justifican.

¹ Dejo a un lado si esto se debe entender en sentido estricto, es decir, restringido a las decisiones finales de un procedimiento judicial, o bien de forma amplia, esto es, referido a toda resolución judicial, aunque sea intermedia en un procedimiento. Evidentemente, la cuestión es importante pero su respuesta corresponde a la contingente legislación de cada ordenamiento o a la interpretación que en cada uno de ellos se dé a la obligación de motivar, en su caso.

² Aunque, como se verá más adelante, la actividad de motivación de la decisión, como acto, no está vinculada necesariamente a la concepción psicologista de la motivación (que la vincula a la expresión del íter mental del juez).

³ Fuertemente emparentadas, pero no confundibles con las concepciones de la prueba que podemos denominar con los mismos calificativos. Están emparentadas porque quien sostiene la concepción psicologista de la prueba hace lo propio con la motivación, por ejemplo. Pero no se deben confundir con ellas porque la motivación no se agota en los aspectos probatorios de la decisión judicial.

Las dos concepciones cuentan con el apoyo lingüístico de la ambigüedad del término “motivar”, que denota tanto la expresión de los motivos como de las razones de una decisión⁴. Pero no deben confundirse⁵.

El realismo jurídico, especialmente el norteamericano, prestó especial atención a los mecanismos causales que motivan las decisiones judiciales, señalando que, entre ellos, las normas generales no ocupan el único lugar ni tan siquiera un lugar privilegiado. Las causas que motivan la decisión de un juez incluyen su ideología, contexto social, estado de ánimo, prejuicios, cultura jurídica, etcétera, del mismo modo que ocurre con las decisiones ordinarias que tomamos cada uno de nosotros. Por ello, los realistas destacaron la necesidad de estudiar estos factores sociológicos como método adecuado para poder predecir las decisiones judiciales, por ejemplo, a su entender, conocer el derecho vigente.

Un enunciado que afirma que *c* es una de las causas de la decisión o conducta humana es, desde luego, un enunciado descriptivo y, en consecuencia, verdadero o falso. Por ello, la motivación concebida como expresión de los motivos, las causas de una decisión es un discurso lingüístico descriptivo. Como tal, no es capaz de justificar la decisión, puesto que la justificación pertenece al ámbito de lo normativo y no hay salto posible que permita fundar una conclusión normativa en un conjunto de premisas descriptivas. Con ellas, podremos entender, como máximo, qué llevó al juez a decidir como decidió, pero no aportará nada a la justificación de su decisión. No es extraño pues que, en general, los realistas no hayan puesto el acento en la necesidad de que el juez motive sus decisiones, sino en que la sociología del derecho estudie los factores causales que llevan a esas decisiones⁶. Entendida de este modo, resultaría, por ejemplo, que la Cons-

⁴ Se pueden referir, entre otros muchos, a Igartua, J. *La motivación de las sentencias, imperativo constitucional*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, pp. 61 y ss.

⁵ La distinción entre motivos y razones es considerada por Nino, precisamente, una distinción fundamental de la filosofía analítica. Cf. Nino, C. S. “Derecho, moral, política”. En: *Doxa*, n.º 14, 1993, p. 37.

⁶ Una excepción a la poca atención prestada a la motivación de las decisiones por parte del movimiento *ius* realista es la obra de Frank. Cf., por ejemplo, Frank, J. *Law and the Modern Mind*. Nueva York, Anchor Books, 1963, pp. 123 y ss., 159 y ss. Al respecto, creo especialmente oportunas las consideraciones de Taruffo: “una sugerencia de este tipo resulta incongruente tanto en el orden de ideas que profesa el autor que la propone, como en línea de máxima y también fuera de ést[e]l. Desde el primer punto de vista, es absurdo exigir que la motivación refleje los procesos psíquicos del juez, después de haber subrayado con extrema decisión precisamente los múltiples elementos de irracionalidad, de ambigüedad y también de falta de control de tales procesos [...]. Desde el segundo punto de vista, la sugerencia es también absurda, porque la manera en que ésta puede concretizarse es imposible: el juez no puede (y aunque pudiera sería probablemente inoportuno) recorrer en un sentido inverso las etapas de un proceso psíquico que, como tal, le es en gran medida desconocido en sus componentes decisivos; por otra parte, una hipotética motivación de este tipo sería inútil, dado que no tiene sentido hablar de control de validez y de rectitud del proceso psíquico a través del cual el juez llegó a la decisión”. Cf. Taruffo, M. *La motivación de la*

titución española impone a los jueces y tribunales expresar en sus sentencias las motivaciones causales que les llevan a tomar sus decisiones jurisdiccionales. Dado que entre estas motivaciones habrá factores de lo más diversos —que van desde sus traumas infantiles a la presión mediática, desde su ideología a la cultura jurídica adquirida—, no se entiende bien qué relevancia social y jurídica tendría para que su expresa formulación fuera exigida constitucionalmente.

En todo caso, ningún *ius* realista fue escéptico sólo con respecto a los hechos en el proceso judicial. Es más, lo fueron especialmente en relación con la capacidad motivadora de las normas generales. Sin embargo, en el último siglo ha sido muy habitual entre los juristas prácticos y entre los estudiosos del derecho procesal una curiosa combinación de formalismo con respecto a las normas y escepticismo en relación con las posibilidades de alcanzar conocimiento de los hechos mediante la prueba en el proceso judicial. En materia probatoria se afirma que el objetivo de la prueba en el proceso judicial es “convencer al juez de la veracidad de unos hechos que se afirman existentes en la realidad”⁷. De ello, aunque no sea estrictamente su consecuencia lógica, se extrae que:

[...] la palabra ‘prueba’ identifica [...] al [...] estado psicológico de convencimiento del juez sobre la veracidad de todos o algunos de los hechos alegados por las partes. En efecto, una afirmación de hecho no estará ‘probada’ [...] si finalmente [...] no excita en el juez la certidumbre de la realidad física del acontecimiento descrito en esa afirmación⁸.

sentencia civil. México, D.F., Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006, p. 97, nota 55. El absurdo de las exigencias de Frank, señalado por Taruffo, depende, en realidad, del objetivo con el que se impongan las exigencias de motivación. Desde luego, si el objetivo declarado es permitir el control por parte de tribunales superiores de la correcta aplicación del derecho, este no tiene ningún sentido, si se declara que las decisiones judiciales son sólo el resultado causal de múltiples factores sociales y personales. De ser así, el tribunal superior sólo podría decir sensatamente “mi convicción es otra y yo mando más”, pero para esto no es necesario analizar motivación alguna del tribunal inferior.

⁷ Cf. Cortés Domínguez, V., Gimeno Sendra, V. y Moreno Catena, V. *Derecho procesal civil. Parte general*, 3ª ed. Madrid, Colex, 2000, p. 231.

⁸ Cf. Cabañas, J. C. *La valoración de las pruebas y su control en el proceso civil. Estudio dogmático y jurisprudencial*. Madrid, Trivium, 1992, p. 21. También, por ejemplo, cf. Tonini, P. *La prova penale*, 4ª ed. Padua, Cedam, 2000, p. 50. La vinculación entre prueba como convicción judicial, es decir, creencia del juez acerca de los hechos, y motivación como expresión de los factores causales de la decisión resulta, además, necesaria. Como he defendido en otro trabajo —al que me remito por razones de brevedad—: Ferrer Beltrán, J. *Prueba y verdad en el derecho*. Madrid, Marcial Pons, 2002, p. 80 y ss.: las creencias son algo que nos sucede, son sucesos involuntarios que ocurren en nuestra mente, que no podemos controlar ni decidir, de manera que tampoco podemos justificar, en sentido estricto, por qué las adquirimos. Por la simple razón de que no podemos justificar, sino sólo explicar por qué ocurre algo que no es voluntario. Siendo así, si se quiere rechazar esta concepción de la motivación como descripción de los factores causales, mentales, que llevan a la decisión, habrá que rechazar también la vinculación entre prueba y convicción judicial. Creo, en todo caso, que hay buenas razones para rechazar ambas cosas.

Llegados al tema de la motivación, se combinan fuertes exigencias de motivación —entendida como justificación— por lo que respecta a las premisas normativas del razonamiento, la *quaestio iuris*, y débiles o inexistentes exigencias de motivación —entendida ahora como expresión del íter mental, de los factores causales de la decisión— por lo que concierne a las premisas fácticas, la *quaestio facti*⁹. Sirva como muestra lo que afirma De la Oliva:

[...] no es exigible, ni legal ni racionalmente, que toda sentencia dé cuenta detallada del por qué de cada *declaración de certeza positiva* de un hecho (eso es la declaración de “hecho probado”) (y, en su caso, muy raro pero posible, de las *declaraciones de certeza negativa*: certeza de la inexistencia de un hecho): no es tampoco legal ni racionalmente exigible que se explique pormenorizadamente por qué unos hechos han sido considerados *dudosos* (“no probados”) pese al esfuerzo probatorio que haya podido desplegarse. No es razonable imponer a los órganos jurisdiccionales unos esfuerzos expresivos máximos, en cada sentencia, que desconozcan la carga de trabajo [...] que sobre ellos pesa y que resulten contrarios a impartir justicia a todos de manera satisfactoria. Y tampoco parece razonable pedir que se exprese lo que pertenece a los internos procesos psicológicos de convicción, muchas veces parcialmente objetivos, sí, pero también parcialmente pertenecientes al ámbito de lo inefable.

Si dejamos a un lado el problema de la carga de trabajo de los jueces —cuya solución bien pudiera ser otra que no fuera la de eliminar las exigencias de motivación—, lo que queda del argumento de De la Oliva es la parcial inaccesibilidad de los motivos de las decisiones, incluso para el propio juez que adopta la decisión. Si motivar es expresar lingüísticamente los motivos, los factores que han causado la decisión, habrá que dar cuenta del íter mental que ha llevado al juez al convencimiento con respecto a los hechos —y de las normas, añadiría yo—. Pero, los factores causales de nuestras creencias nos resultan (parcial-

⁹ Desarrollando la obligación constitucional de motivar las sentencias, formulada en el artículo 120.3 de la Constitución española, el Tribunal Constitucional español ha sostenido la necesidad de que “el órgano judicial explicita el íter mental que le ha llevado a entender probados los hechos constitutivos del delito” (cf. STC 229/1988). En mi entender, la formulación no puede ser más clara, ni más equivocada como forma de entender la garantía constitucional de la motivación. Un año después, el mismo Tribunal Constitucional consideró (STC 217/1989) intrínseco a la inmediación y la libre valoración de la prueba “el examinar gestos de los intervinientes en la misma, tales como la turbación o la sorpresa, a través de los cuales pueda el Juez o Tribunal de instancia fundar su íntima convicción acerca de la veracidad o mendacidad de la declaración [...], con respecto a los cuales el juzgador de instancia es dueño de su valoración”. Tampoco aquí se puede decir que la concepción de la valoración de la prueba que asume el Tribunal Constitucional español sea muy garantista: se trata, de forma coherente con la concepción de la motivación, de una concepción psicologista o irracionalista difícilmente conciliable con garantías constitucionales, como la interdicción de la arbitrariedad, la presunción de inocencia en el ámbito penal, etcétera. Al respecto, cf. Gascón, M. *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*. Madrid, Marcial Pons, 2004, pp. 211-212.

mente) inaccesibles¹⁰. Sólo somos capaces de describir algunas de las más inmediatas circunstancias que nos llevan a adquirir una creencia, pero, desde luego, esta descripción, aún hecha concienzudamente, no sería más que limitada y parcial con respecto a las causas de la decisión¹¹.

No es extraño, pues, que la motivación, entendida como expresión de las causas de una decisión, tenga tan corto recorrido en la doctrina procesal y, en muchos casos, en la práctica jurisprudencial¹².

Frente a la concepción analizada hasta aquí, la concepción racionalista de la motivación entiende a esta última como justificación de la decisión judicial. Así, decir que una sentencia está motivada significará que está debidamente justificada¹³. Ahora bien, de nuevo aquí se abren dos posibilidades: en primer lugar, una decisión se puede considerar justificada si hay razones suficientes que la funden; o, en segundo lugar, se puede considerar justificada no sólo si hay tales razones, sino también si esas razones han sido analíticamente formuladas¹⁴ lingüísticamente, por ejemplo, expresadas en la sentencia¹⁵. Parecería ser esta última la forma como el Tribunal Constitucional español entiende la obligación de motivar, cuando afirma que “las sentencias serán siempre motivadas, por lo

¹⁰ Y en caso de tribunales colegiados resulta, además, especialmente complicado: ¿habrá que describir los factores causales que han llevado a la decisión de cada uno de los magistrados? Evidentemente, los motivos de las convicciones de cada uno de ellos pueden ser distintos, de manera que resultaría necesario expresarlos todos ellos.

¹¹ Sobre estas dificultades véase, por todos, Taruffo, M. (ob. cit., p. 110 y ss.)

¹² En el sentido de la parquedad de las exigencias de motivación —especialmente por lo que hace a los hechos probados—, no en el sentido de la presencia de esta concepción de la motivación en la doctrina y la jurisprudencia —que es, desgraciadamente, amplísima.

¹³ Entre muchos otros, es muy claro, en este sentido, Bergholtz, quien afirma que: “En esta perspectiva [...], cómo se generaron realmente las razones dadas y si éstas son las razones reales del juez, adquiere una importancia relativamente menor. Así, si las razones dadas están bien fundadas y son válidas no importa si son o no las razones ‘reales’ del juez”. Cf. Gergholtz, G. “Ratio et auctoritas: algunas reflexiones sobre la significación de las decisiones razonadas”. En: *Doxa*, n.º 8, 1990, p. 85. También es evidente la ambigüedad del término “razones” en la cita de Bergholtz: unas veces sinónimo de “motivos” (“las razones reales del juez”) otras como elementos con fuerza justificatoria. Cf. Atienza, M. *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. México, D.F., UNAM, 2003, pp. 6-7; y Ferrajoli, L. *Diritto e ragione. Teoria del galantismo penale*. Roma, Laterza, 1998, pp. 38 y ss.

¹⁴ Sobre la distinción entre el modo analítico y el holista de motivar o justificar una decisión, cf. Taruffo, M. *La prueba de los hechos*. Madrid, Trotta, 2002, pp. 307 y ss.

¹⁵ Conviene no confundir esta distinción entre dos sentidos de justificación de la decisión judicial con la distinción entre motivación-actividad y motivación-documento (cf. Comanducci, P. “La motivazione in fatto”. En: Ubertis, G. (ed.), *La conoscenza del fatto nel processo penale*, Milano, Giuffrè, 1992, pp. 219 ss.) o como actividad y como discurso (cf. Taruffo, M., ob. cit., pp. 203-204). Confrontar citas en Gascón 206, notas 69 y 207, nota 70. En las distinciones de Comanducci y de Taruffo, la motivación-actividad tiene que ver con el contexto de descubrimiento, el cual da cuenta del proceso mental que ha llevado al juez a considerar verdadero un enunciado sobre los hechos del caso, y la motivación-documento o como discurso tiene que ver con el contexto de justificación, es la expresión de las razones que hacen que la decisión esté fundamentada. En cambio, mi distinción se sitúa dentro del campo del contexto de justificación en los dos casos.

que el razonamiento no puede ser meramente interno, sino que ha de expresarse en la sentencia” (STC 176/1985). De este modo, la motivación de la sentencia sería la expresión lingüística de las razones que justifican la decisión adoptada¹⁶.

La justificación del fallo, de la decisión contenida en la sentencia, dependerá ahora de las premisas formuladas en el propio documento judicial. Entre ellas, contaremos con premisas fácticas (relativas a los hechos del caso) y normativas (relativas a las normas aplicables). Y del conjunto de las premisas fácticas y normativas se obtendrá por derivación lógica el fallo de la sentencia. En este sentido, una decisión no estará justificada si no se deriva lógicamente de las premisas expresadas en el razonamiento. Esta es la clásica concepción silogística de la justificación judicial, que está ciertamente en decadencia en los últimos años¹⁷. Sin embargo, en mi opinión, las críticas que pueden razonablemente dirigirse a la concepción silogística tienen más que ver con su insuficiencia que con su inutilidad¹⁸. Resulta ciertamente exigible que la decisión o fallo esté justificado lógicamente en las premisas del razonamiento. Y, a su vez, dado que el razonamiento judicial ordinario se suele estructurar mediante argumentos encadenados, cada uno de ellos deberá contener inferencias lógicamente válidas —así lo exige, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Constitucional español 232/1992.

La insuficiencia de la concepción silogística de la justificación del razonamiento judicial se puede mostrar a través de una clásica distinción, planteada originalmente por Wróblewski¹⁹. Se trata de la distinción entre justificación interna y externa de un argumento o razonamiento. La conclusión de un argumento está justificada internamente si se deriva lógicamente de las premisas de este. Sin embargo, es sabido que un argumento puede ser lógicamente válido a pesar de tener alguna o todas sus premisas falsas.

Así, por ejemplo:

- 1) La capital de Colombia es la quinta ciudad en número de habitantes del país.

¹⁶ En este sentido, Taruffo afirma que “la motivación es [...] un discurso justificativo constituido por argumentos racionales”. Cf. Taruffo, M. “Consideraciones sobre prueba y motivación. En: Taruffo, M., Andrés Ibáñez, P. y Candau Pérez, A. *Consideraciones sobre la prueba judicial*. Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2010, p. 37.

¹⁷ Una muy buena presentación de ello véase en Taruffo, M. (*La motivación de la sentencia civil*, ob. cit., pp. 8 y ss., 141 y ss.).

¹⁸ Y no hay que descuidar que el modelo silogístico sólo tiene sentido como reconstrucción de la justificación lógica de la decisión; nunca como reconstrucción del tipo de razonamiento decisorio efectivamente realizado por el juez.

¹⁹ Cf. Wróblewski, J. “Legal Decision and its Justification”. En: Wróblewski, J. *Le raisonnement juridique*, Bruselas, Hubien, 1971, pp. 409 y ss.

- 2) Bogotá es la quinta ciudad en número de habitantes del país.
- 3) Conclusión: Bogotá es la capital de Colombia.

Pero, parece evidente que en el proceso judicial no sólo estamos interesados en la corrección lógica del argumento, sino también en la corrección de las premisas de las que el juez extrae su conclusión, como, por otro lado, en la gran mayoría de los contextos ordinarios. Por ello, también se exige la justificación externa del razonamiento o, en otra terminología, no sólo que el argumento sea lógicamente válido, sino que sea también sólido. Diremos que un argumento está justificado externamente si sus premisas son verdaderas. Ahora bien, esto vale si el argumento es teórico o descriptivo, pero cuando al menos alguna de sus premisas son normativas —y su conclusión también— no podrá exigirse en ningún caso que las premisas sean verdaderas, puesto que un enunciado normativo no es susceptible de verdad o falsedad. Entonces, se deberá determinar cuáles son las condiciones de justificación externa del argumento para las premisas de un argumento práctico o normativo, como lo son típicamente los que forman parte del razonamiento judicial. Pero sobre ello volveré más tarde.

¿PARA QUÉ IMPONE EL DERECHO LA MOTIVACIÓN (JUSTIFICACIÓN) DE LAS DECISIONES JUDICIALES?

Es conocido que no todos los sistemas procesales imponen a los jueces, tribunales o jurados la motivación de sus decisiones. Por citar un solo ejemplo, no lo ha hecho históricamente el derecho inglés²⁰. Tampoco ha sido así históricamente en sistemas en los cuales, en la actualidad, es obligatoria. Por ejemplo, en España llegó a estar prohibido que los jueces motivaran sus decisiones, como forma de mostrar la autoridad del Rey —en nombre de quien se impartía justicia²¹.

Pero es importante preguntarse por la lógica interna del sistema allá donde la motivación de las decisiones judiciales es obligatoria. Si se determina cuál es el objetivo de esa imposición, se puede entender mejor cuál es el alcance que debe tener la motivación, el sentido de que se la dota, así como sus exigencias, los efectos de cumplir aquel objetivo. Pues bien, en mi opinión, la respuesta a la

²⁰ Véase un análisis comparado al respecto en Taruffo, M. (*La motivación de la sentencia civil*, ob. cit., p. 321 y ss.). En ocasiones, la motivación sólo es parcial con respecto a algunas de las premisas del fallo: en concreto, se justifica la selección de las premisas normativas, pero no la selección de las premisas fácticas. El caso más claro de esto último se da cuando la determinación de los hechos probados corre a cargo de jurados.

²¹ Para un somero repaso histórico de las vicisitudes de la obligación de motivar, cf. Colomer Hernández, I. *La motivación de las sentencias: sus exigencias constitucionales y legales*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, pp. 60 y ss.

pregunta por los fines de la exigencia de motivación depende de la concepción más general del proceso judicial, esto es, de los fines del proceso judicial.

Creo que, al menos, se pueden tener en cuenta tres objetivos posibles, vinculados a tres modos de concebir el proceso judicial: a) una cierta concepción democrática del proceso judicial; b) el proceso judicial como método de resolución de conflictos; y c) el proceso como método de aplicación de reglas generales. Sin embargo, es de advertir que mientras b) y c) parecen incompatibles entre sí, a) podría ser combinada con cualquiera de las otras dos²².

- a) Para una primera concepción, la finalidad de la motivación es la de ofrecer una explicación a la sociedad de la justicia que imparten los tribunales. Esto, normalmente, se sitúa en un contexto más amplio en el que se afirma la necesidad de “democratizar” la administración de justicia. Por supuesto, aquí se hace referencia a una acepción particular del término “democracia”, no necesariamente vinculada con el principio de la mayoría. Se trataría, más bien, de acercar la administración de justicia a la ciudadanía²³. Y, en ese sentido, resultaría importante explicar o convencer a la sociedad de las decisiones adoptadas.

No obstante, conviene observar que, para esta concepción, la motivación tiene una función explicativa —en cuyo caso no se trataría de un discurso justificatorio— o persuasiva. Y, en este último caso, no parece que esté vinculada necesariamente a la verdad con respecto a los hechos o a la aplicabilidad de las normas utilizadas por el juez, sino más bien, por ejemplo, con la capacidad de hacer coincidir la decisión con alguna preferencia dominante en la sociedad²⁴.

- b) Desde hace unos años es muy habitual identificar la función del proceso judicial con la resolución de conflictos. Y una vez presupuesto esto, por

²² Así, por ejemplo, un buen número de autores consideran que la motivación cumple una función extraprocesal, de legitimación democrática de la jurisprudencia ante la sociedad, y otra endoprocesal, de hacer posible el control procesal por tribunales superiores (cf. Taruffo, M. *La motivación de la sentencia civil*, ob. cit., pp. 344 y ss.; Ferrajoli, L., ob. cit., pp. 640-1; Igartua, J. *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal*. Valencia, Tirant lo Blanch, 1995, p. 167; Andrés Ibáñez, P. “Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal”. En: *Doxa*, 12, 1992, pp. 259-260).

²³ En el mismo sentido en que se dice que la institución del jurado tiene como finalidad democratizar la justicia.

²⁴ Advuértase que el comentario es que este objetivo no está vinculado necesariamente a la averiguación de la verdad, aunque tampoco resulta incompatible con él. Así, por ejemplo, quienes sostienen conjuntamente la función de legitimación democrática y la de aplicación de reglas generales (véase nota 22), exigen esa vinculación. Otra cosa que no puedo analizar aquí por razones de espacio, es cómo se puede realizar al mismo tiempo un discurso justificativo (prescriptivo) y explicativo (descriptivo).

cierto, se hace muy vivo el debate acerca de las ventajas e inconvenientes de abordar la resolución de conflictos a través del proceso judicial o bien a través de los denominados métodos *alternativos* de resolución de conflictos (negociación, mediación, conciliación, arbitraje, etcétera).

Concebido así el proceso, resulta claro que “la mejor” solución será aquella que alcance el objetivo de resolver el conflicto social que se ha planteado en el juicio. No siendo necesario ni en ocasiones conveniente que esa solución se adopte mediante la búsqueda de la verdad sobre los hechos o mediante la aplicación de normas generales previas, la motivación no tiene sentido como mecanismo de justificar la solución sobre aquellas premisas. Más bien, adquirirá de nuevo una función persuasiva frente, al menos, a las partes, de manera que facilite la aceptación por ellas de la solución otorgada y, así, esta alcance una mayor estabilidad como solución del conflicto²⁵.

Ahora bien, en mi opinión, en este caso, conviene negar precisamente la premisa mayor del argumento, por ejemplo, que el proceso judicial sea un método de resolución de conflictos.

Mirjan Damaška ha planteado una dicotomía entre dos grandes modelos de proceso: aquel dirigido a la resolución de conflictos y aquel dirigido fundamentalmente a la implementación de políticas públicas mediante la aplicación del derecho previamente establecido por el legislador²⁶. Pues bien, creo que una forma más promisorio de abordar el problema sea considerar que es el derecho y no el proceso el que debe ser considerado un método de resolución de conflictos sociales²⁷, quedando para el proceso la función de garantizar la correcta aplicación de las normas generales.

Desde esta óptica tiene sentido preguntarse cuál es la diferencia, si la hay, entre el derecho como método de resolución de conflictos y los demás métodos englobados en la denominación ADR (*Alternative Dispute Resolution*).

²⁵ En esa línea, aunque sin vincularlo expresamente a la función de resolución de conflictos, Aarnio sostiene que “parece correcto afirmar que la decisión puede ser totalmente comprensible sólo sobre la base de razones justificatorias y —lo que es más importante— también la parte perdedora aceptará el resultado si la decisión está basada en razones adecuadas”. Cf. Aarnio, A. *Lo racional como razonable*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 29.

²⁶ Que serían reflejo de dos modelos de Estado, el reactivo y el proactivo, respectivamente. Cf. Damaška, M. *The Faces of Justice and State Authority: a Comparative Approach to the Legal Process*. New Haven, Yale University Press, 1986.

²⁷ Esto no es incompatible con otras tesis funcionales del derecho que pongan el acento en el control social, en la seguridad jurídica, en el monopolio de la violencia, etcétera. Todas ellas podrían ser, desde esta perspectiva, funciones secundarias que servirían al objetivo fundamental de prevenir, gestionar y resolver conflictos.

Entender bien esa diferencia permitiría replantear, de nuevo, la discusión acerca de las ventajas e inconvenientes del derecho, no ya del proceso y de los ADR, como método de resolución de conflictos. También permitirá situar mejor la función de la motivación de las resoluciones judiciales.

En mi opinión, cabe sostener que lo que caracteriza al derecho, a diferencia de cualquier otro método de ADR, es que aquel pretende resolver conflictos mediante normas generales y abstractas. Esto tiene importantes implicaciones, puesto que supone, por ejemplo, que los conflictos que aborda el derecho son conflictos genéricos y no individuales. Es decir, no un conflicto definido por coordenadas espacio-temporales, sino una clase de conflictos definida por alguna propiedad abstracta común. Esto incide de forma crucial en lo que va a ser considerado valioso a efectos de calificar una solución como adecuada para un conflicto.

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

En esa lógica, el proceso judicial, en ningún caso, puede tener autonomía para la atribución de soluciones individuales a los conflictos que se les planteen, divergentes de las soluciones genéricas previstas por las normas generales —aún si hacerlo pudiera ser más adecuado, según algún patrón valorativo, en el caso concreto en litigio—. Si así se hiciera —y cuando así se hace— fallaría la seguridad jurídica, de modo que fracasaría la previsibilidad de las soluciones. Por ello, resulta extraño a este método de resolución de conflictos el reconocimiento del valor del acuerdo de voluntades.

En cambio, los denominados ADR ponen el acento en el valor del acuerdo²⁸. Así, una solución para un conflicto es valiosa si ha sido adoptada por el

²⁸ Salvo, claro está, el arbitraje. No obstante, en ese caso, la solución sigue siendo una solución individual para un caso o conflicto individual, de forma que la solución será valiosa si se adapta a las especificidades concretas del caso, cosa que no ocurre en el caso de las soluciones jurídicas.

acuerdo de las partes; la negociación, la conciliación, la mediación, etcétera, sólo son los mecanismos para llegar a ese acuerdo. Con los debidos matices, no hay nada que objetar al acuerdo alcanzado si este es libremente asumido por las partes y resulta para ellas satisfactorio.

Como se puede observar, las lógicas del derecho y de los ADR son absolutamente distintas, tanto desde el punto de vista de su técnica de resolución de conflictos como de los valores a los que se da preferencia. Por supuesto, eso no implica que el derecho desconozca el valor de la autonomía individual y el valor del acuerdo para la solución de los conflictos. Más bien, implica que el legislador adopta una decisión previa: deja a la autonomía las decisiones particulares que no le interesa regular y opta por la regulación jurídica para los conflictos que considera relevantes jurídicamente.

Pero todo esto implica un radical cambio de perspectiva con respecto a la función y el alcance de la motivación de las decisiones, que nos lleva a la tercera de las alternativas.

- c) Si se acepta lo defendido en el epígrafe recién concluido, la función del proceso judicial no es más, ni menos, que la aplicación de las reglas jurídicas generales, lo que, a su vez, es un medio necesario para que el derecho pueda cumplir su finalidad de regulación de la conducta y control social. Siendo esta, en apariencia, una afirmación banal, no deja de tener consecuencias relevantes y comportar cruciales compromisos en la materia que nos ocupa.

Si se asume que una de las funciones principales del derecho es dirigir la conducta de sus destinatarios, se da por supuesto que lo que pretende el legislador al dictar normas jurídicas prescriptivas es que sus destinatarios realicen o se abstengan de realizar determinadas conductas (por ejemplo, pagar impuestos, no robar, etcétera). Para conseguir motivar la conducta, el legislador suele añadir la amenaza de una sanción para quien no cumpla con la conducta prescrita. Pero, para que ello resulte efectivo, los sistemas jurídicos desarrollados prevén la existencia de órganos específicos (jueces y tribunales), cuya función principal es la determinación de la ocurrencia de esos hechos a los que el derecho vincula consecuencias jurídicas y la imposición de esas consecuencias a los sujetos previstos por el propio derecho²⁹.

²⁹ Cf. Hart, H. L. A. *The Concept of Law*, 2ª ed. Oxford: Oxford University Press, 1999, pp. 93-4: considera la introducción de la función judicial y de las reglas jurídicas que la prevén como una de las características que marcan el paso de un sistema primitivo a un sistema jurídico desarrollado, superando así el defecto que supondría la presión social difusa como único método de sanción jurídica. Ahora bien, cabe advertir que, en mi opinión, lo dicho no presupone una concepción

Siendo así, resulta claro que, *prima facie*, son las descripciones de aquellos hechos las que se deben incorporar al razonamiento judicial a los efectos de la aplicación de las normas. Y, por tanto, esas descripciones y esas normas son las que deben constituir las premisas del razonamiento, a partir de las que se obtenga la resolución o fallo de la sentencia.

Pensemos por un momento en una alternativa radical a esta reconstrucción. Supongamos que la consecuencia jurídica prevista —la sanción, en este caso— se atribuya aleatoriamente. Así, los órganos encargados de la adjudicación jurídica podrían realizar un sorteo para determinar cada mes quién debe ser sancionado, fijando un número de sanciones también aleatorio. Está claro que en esa situación, no habiendo ninguna vinculación entre las conductas de cada uno de los miembros de esa sociedad y la probabilidad de ser sancionado, tampoco hay razón alguna para comportarse de acuerdo con lo establecido por las normas jurídicas. Dicho de otro modo, sólo si el proceso judicial tiene el objetivo de determinar la verdad de las proposiciones referidas a los hechos probados y en él se utilizan para resolver los casos las normas generales previamente establecidas, el derecho podrá tener éxito como mecanismo pensado para dirigir la conducta de sus destinatarios. El derecho sólo podrá influir en la conducta de los hombres y mujeres para que no maten si, efectivamente, el proceso cumple la función de averiguar quién mató y le impone la sanción prevista por el derecho.

Con base en este prisma, la motivación de las decisiones judiciales es, sin duda, un discurso justificativo, cuya función es explicitar las premisas, fácticas y jurídicas, en las que se funda la norma individual que constituye el fallo de la decisión³⁰.

positivista o normativista del derecho. Un realista jurídico, por ejemplo, puede sostener que el derecho es producto, y no presupuesto, de las decisiones judiciales, pero si quiere dar cuenta de la capacidad motivadora del derecho —ejemplo, en esa concepción, de la jurisprudencia—, también en ese caso habrá que considerar la función judicial aplicadora de reglas generales —aunque sean reglas creadas por los propios jueces, vía precedentes, por ejemplo.

³⁰ De este modo, la motivación tendría una función que autores como Ferrajoli y Gascón han calificado como garantista. Así, Ferrajoli considera a la motivación como garantía “instrumental” con respecto a las garantías epistemológicas de la decisión, en la medida en que permite el control de la justificación de la decisión por instancias superiores (cf. Ferrajoli, L., ob. cit., pp. 132-1355; y Gascón, M., ob. cit., p. 199), con la cual califica la motivación como “garantía de cierre del sistema cognoscitivista”.

¿CÓMO SE TRASLADA ESTE DEBATE AL PROBLEMA DE DETERMINAR EL
ALCANCE DE LA MOTIVACIÓN DE LAS DECISIONES JUDICIALES?

Creo que lo visto hasta aquí permite dar por establecidas algunas premisas: a) la motivación es un discurso lingüístico, oral o escrito, justificatorio de la decisión; b) por ello, está compuesta por las razones que fundamentan esta decisión —y no por los factores causales que dan lugar a ella—; y c) la conclusión del razonamiento estará justificada si lo está interna y externamente —en el sentido de Wróblewski³¹.

Sin embargo, quedan pendientes cuestiones no baladíes que deben ser afrontadas aquí. Aun suponiendo que se pueda aplicar la lógica a los discursos justificatorios, no descriptivos —lo que es objeto de un amplio debate que ahora no es el caso de abordar—, queda por determinar bajo qué condiciones se podrá decir que las premisas del razonamiento judicial están correctamente seleccionadas y el razonamiento está, por tanto, justificado externamente. En el caso de un argumento formado exclusivamente por premisas descriptivas, parece claro que la exigencia sería que estas fueran verdaderas. Pero ¿qué decimos si todas o algunas de las premisas son normativas y no se acepta que las normas puedan ser verdaderas o falsas? Vayamos por partes.

Las premisas fácticas del razonamiento serán aquellas referidas a los hechos que se declaren probados en el proceso. A primera vista, nada obsta para considerar susceptibles de verdad o falsedad estas premisas, de manera que pareciera adecuado exigir que sean verdaderas. Esto es, sólo resultaría justificada la selección e incorporación al razonamiento de la premisa “Juan mató a María” si el enunciado en cuestión es verdadero. No obstante, tampoco aquí las cosas son tan sencillas.

Al responder, en las primeras páginas de este trabajo, a la pregunta ¿qué se motiva?, señalé la necesidad de distinguir entre la justificación (o motivación) de la entidad lingüística que constituye el fallo de la sentencia, esto es, de una norma individual y la justificación del acto de decidir *x* realizado por el juez.

³¹ Atienza (ob. cit., pp. 25-26) asimila la distinción justificación interna-externa a la distinción casos fáciles-casos difíciles: cuando el caso es difícil sería necesaria la justificación externa, cuando no, bastaría la interna. Más allá de que quizás sea esta sólo una cuestión gradual —de exigencia de mayor o menor amplitud en la justificación—, parece claro que Atienza presupone una noción de justificación como “expresión lingüística de las razones”. Si, en cambio, se entiende que la decisión tiene que “estar justificada” en el sentido de existir las razones, no sólo de expresarlas, la justificación externa es siempre necesaria.

Esto ha sido observado certeramente por Caracciolo³² al poner de manifiesto que la expresión “decisión judicial” es ambigua. En un primer sentido, hace referencia al acto de emisión de una resolución judicial, en particular, de una norma individual. En un segundo sentido, hace referencia al resultado de ese acto, es decir, a la norma individual emitida —en palabras menos precisas, si se quiere, al contenido de la decisión—. Así, cuando nos preguntemos acerca de la justificación de una decisión judicial habrá que observar en cuál de los sentidos señalados se usa la expresión.

Por otra parte, la noción de justificación es relacional. Un acto o una norma están justificados en relación con un conjunto de razones. Cabe preguntarse, entonces, por las condiciones necesarias y suficientes para que la decisión judicial como norma esté justificada y para que lo esté la decisión judicial como acto. Con respecto a la decisión como norma, he señalado ya en diversas ocasiones que la conclusión a la que se llegue estará justificada sólo si se deriva de las premisas, fácticas y normativas, adoptadas en el razonamiento³³. Pero, también parece exigible que el razonamiento sea sólido, esto es, que las premisas utilizadas sean verdaderas. En otras palabras, justificar una norma individual consiste en mostrar que esta es el resultado de la aplicación de una norma general a un hecho —que puede ser subsumido en el supuesto de hecho de esa norma general—. Y sólo es posible aplicar una norma general a un hecho si este ha ocurrido realmente y, por tanto, si la premisa fáctica que lo describe es verdadera. En conclusión, una decisión judicial como norma estará justificada si y sólo si se deriva de las premisas del razonamiento y las premisas fácticas son verdaderas³⁴.

Por su parte, la decisión judicial como acto no admite una noción de justificación como la anterior por una razón muy simple: no hay relaciones *lógicas* entre normas y actos o entre proposiciones y actos. Por ello, no se puede decir que la decisión-acto está justificada si se deriva lógicamente de las premisas fácticas y normativas. Un sentido de la noción de justificación sí es utilizable para este supuesto si hace referencia, en cambio, a la idea de cumplimiento o incumplimiento de las normas que regulan ese acto³⁵. Así, la decisión judicial, en el sentido del acto de adoptar una determinada resolución, estará justificada

³² Cf. Caracciolo, R. “Justificación normativa y pertenencia. Modelos de decisión judicial”. En: *Análisis filosófico*, vol. VIII, n.º 1, 1988, pp. 41 y ss.

³³ Lo que corresponde a la idea de justificación interna delineada por Wróblewski.

³⁴ Cf. Caracciolo, R. “Justificación normativa y pertenencia. Modelos de decisión judicial” (ob. cit., p. 43).

³⁵ *Ibíd.*, p. 44.

si su realización está permitida o es obligatoria según las normas que regulan esa actuación.

De este modo, puede suceder que el acto de adopción de una decisión judicial esté justificado y que, en cambio, no lo esté el contenido de esa decisión, esto es, la norma individual. Esto permite dar cuenta de dos intuiciones aparentemente contradictorias: explica que consideremos injustificada, por ejemplo, la condena a alguien por un hecho que no realizó y, contemporáneamente, que consideremos correcto o justificado el acto o decisión de condenarlo —si a la luz de los elementos de juicio disponibles esa era la hipótesis más fundamentada y superaba el estándar de prueba correspondiente—. Es decir, consideramos injustificada la condena pero no criticamos al juez por haber cometido un error al condenarlo.

Además, una distinción como la trazada permite dar cuenta de otro problema, a saber, la relación entre las normas sustantivas y las normas procesales a la hora de justificar una decisión. Si tomamos en consideración la justificación de la decisión como norma individual, las normas generales implicadas son, fundamentalmente, las normas sustantivas. Esto es, aquellas que establecen la consecuencia jurídica para el supuesto de hecho que se trata de juzgar y que entran a formar parte del razonamiento como premisas. En cambio, la justificación de la decisión judicial, como acto, depende del cumplimiento de las normas que lo regulan, esto es, de las normas procesales, principalmente.

En el caso de la decisión acerca de los hechos probados cabe distinguir también entre el acto de decisión y el contenido de esta. Este último consiste en la premisa (o proposición) fáctica que se introduce en el razonamiento decisorio. De acuerdo con el análisis que se ha desarrollado, la decisión-acto estará justificada si la proposición fáctica es aceptable, esto es, si existen en el expediente judicial elementos de juicio suficientes a su favor que atribuyen a la hipótesis sobre los hechos un grado de probabilidad inductiva que supere el estándar de prueba previsto para ese tipo de casos. Desde el punto de vista del contenido, en cambio, la premisa sólo estará justificada si es verdadera.

En conclusión, por lo que hace a las premisas fácticas del razonamiento, la motivación judicial, como explicitación de las razones que la justifican, deberá dar cuenta de que lo afirmado por aquellas premisas como probado constituye la hipótesis sobre los hechos que tiene una mayor fundamentación, por ejemplo, que es la hipótesis más probablemente verdadera y que supera los estándares de

prueba previstos por el derecho para ese tipo de casos³⁶. Dado que no le está dado a los jueces —como a ninguno de nosotros— alcanzar certezas absolutas acerca de la verdad, esto es lo más que se le podrá exigir, pero es mucho más de lo que aún hoy en día habitualmente nos ofrecen.

En cuanto a las premisas normativas, como ya mencioné, no podremos exigir que sean verdaderas puesto que no son susceptibles de valores de verdad³⁷. La forma más habitual de resolver este problema es acudir a la noción de validez: así, se exigiría que las normas que se incorporen al razonamiento judicial sean válidas en el sistema jurídico de referencia. Pero, si se observa con detenimiento el funcionamiento de nuestros sistemas, parece claro que esta es una exigencia a veces insuficiente y, en ocasiones, exagerada.

En efecto, todos los sistemas jurídicos contienen normas válidas —esto es, pertenecientes al sistema— que no pueden ser utilizadas para resolver un caso. Así, por ejemplo, las normas que están en período de *vacatio legis*, las normas penales vigentes que son más desfavorables con respecto a las vigentes en el momento de los hechos, etcétera. En esos casos, la decisión judicial que se fundara en ellas no estaría justificada. Otras veces, en cambio, el juez se encuentra ante la exigencia jurídica de que aplique normas que ya no son válidas en el sistema, porque han sido derogadas, o bien no lo han sido nunca, por ejemplo, normas de derecho extranjero. Todas ellas resultan aplicables al caso que el juez enfrenta por imposición de alguna otra norma del propio sistema. Así pues, las premisas normativas del razonamiento estarán correctamente seleccionadas —y el razonamiento estará, en consecuencia, externamente justificado— si las normas que en ellas se incorporen son, según el ordenamiento de referencia, aplicables al caso, con independencia de si son, a su vez, válidas en ese sistema o no³⁸.

³⁶ Un mayor detalle con respecto a las condiciones de justificación de la decisión-acto de adoptar las premisas que establecen hechos probados en una sentencia se puede confrontar en Ferrer Beltrán, J. *La valoración racional de la prueba*. Madrid, Marcial Pons, 2007, pp. 139-152. En especial, resulta básico destacar que, si el propio sistema jurídico no establece con un mínimo de precisión el estándar de prueba aplicable al caso, no será posible justificar la decisión de declarar probado un hecho, puesto que ello consiste, precisamente, en justificar que la hipótesis fáctica en cuestión supera el referido estándar de prueba.

³⁷ Daré esto por descontado, dado que no es un punto central en mi argumento. En todo caso, se puede ver un excelente análisis crítico en el reciente libro de Zuleta, H. *Normas y justificación. Una investigación lógica*. Madrid, Marcial Pons, 2008.

³⁸ Sobre la distinción entre validez y aplicabilidad de las normas se puede ver Bulygin, E. “Tiempo y validez”. En: Alchourrón, C. E. y Bulygin, E. *Análisis lógico y Derecho*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991; Moreso, J. J. y Navarro, P. E. “Applicabilità ed efficacia delle norme giuridiche”. En: Comanducci, P. y Guastini, R. (eds.), *Struttura e dinamica dei sistemi giuridici*, Torino, Giappichelli, 1996. Un análisis reciente se puede ver en Ferrer Beltrán, J. y Rodríguez, J. L. *Jerarquías normativas y dinámica de los sistemas jurídicos*. Madrid, Marcial Pons, en prensa, caps. 1.3 y 4.2. Dejo deliberadamente de lado las cuestiones relativas a la justificación de las opciones interpretativas con respecto a las disposiciones jurídicas. Se podrían aducir diversas razones de oportunidad

Si las premisas fácticas y las normativas cumplen con las condiciones requeridas, esto es, han sido correctamente seleccionadas, podrá considerarse el razonamiento justificado externamente. Y si la conclusión se deriva lógicamente de esas premisas, gozará también de justificación interna. Se dirá, pues, de una sentencia que está debidamente motivada cuando la norma individual que constituye su conclusión se derive lógicamente de las premisas y exprese analíticamente las razones que justifiquen la selección de esas premisas, fácticas y normativas.

BIBLIOGRAFÍA

- Aarnio, A. *Lo racional como razonable*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- Atienza, M. *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. México, D.F., UNAM, 2003.
- Bulygin, E. “Tiempo y validez”. En: Alchourrón, C. E. y Bulygin, E. *Análisis lógico y Derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- Cabañas, J. C. *La valoración de las pruebas y su control en el proceso civil. Estudio dogmático y jurisprudencial*. Madrid, Trivium, 1992.
- Caracciolo, R. “Justificación normativa y pertenencia. Modelos de decisión judicial”. En: *Análisis filosófico*, vol. VIII, n.º 1, 1988.
- Colomer Hernández, I. *La motivación de las sentencias: sus exigencias constitucionales y legales*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2003.
- Comanducci, P. “La motivazione in fatto”. En: Ubertis, G. (ed.), *La conoscenza del fatto nel processo penale*, Milano, Giuffrè, 1992.
- Cortés Domínguez, V., Gimeno Sendra, V. y Moreno Catena, V. *Derecho procesal civil. Parte general*, 3ª ed. Madrid, Colex, 2000.
- Damaška, M. *The Faces of Justice and State Authority: a Comparative Approach to the Legal Process*. New Haven, Yale University Press, 1986.
- Ferrajoli, L. *Diritto e ragione. Teoria del galantismo penale*. Roma, Laterza, 1998.

para ello: en este punto los tribunales ya suelen ser mucho más generosos en la motivación; el punto ha sido ya muy estudiado por la doctrina y la filosofía del derecho, etcétera. En todo caso, baste decir que abrir esa compuerta me obligaría a extenderme en demasía para los objetivos de este trabajo.

- Ferrer Beltrán, J. y Rodríguez, J. L. *Jerarquías normativas y dinámica de los sistemas jurídicos*. Madrid, Marcial Pons, en prensa.
- Ferrer Beltrán, J. *Prueba y verdad en el derecho*. Madrid, Marcial Pons, 2002.
- Frank, J. *Law and the Modern Mind*. Anchor Books, Nueva York, 1963.
- Gascón, M. *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*. Madrid, Marcial Pons, 2004.
- Gergholtz, G. “Ratio et auctoritas: algunas reflexiones sobre la significación de las decisiones razonadas”. En: *Doxa*, n.º 8, 1990.
- Hart, H. L. A. *The Concept of Law*, 2ª ed. Oxford, Oxford University Press, 1999.
- Ibáñez, A. P. “Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal”. En: *Doxa*, n.º 12, 1992, pp. 259-260.
- Igartua, J. *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal*. Valencia, Tirant lo Blanch, 1995.
- _____. *La motivación de las sentencias, imperativo constitucional*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003.
- Moreso, J. J. y Navarro, P. E. “Applicabilità ed efficacia delle norme giuridiche. En: Comanducci, P. y Guastini, R. (eds.), *Struttura e dinamica dei sistemi giuridici*, Torino, Giappichelli, 1996.
- Nino, C. S. “Derecho, moral, política”. En: *Doxa*, n.º 14, 1993.
- Taruffo, M. *La prueba de los hechos*. Madrid, Trotta, 2002.
- _____. *La motivación de la sentencia civil*. México, D.F., Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006.
- _____. “Consideraciones sobre prueba y motivación”. En: Taruffo, M., Andrés Ibáñez, P. y Candau Pérez, A., *Consideraciones sobre la prueba judicial*. Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2010.
- Tonini, P. *La prova penale*, 4ª ed. Padua, Cedam, 2000.
- Zuleta, H. *Normas y justificación. Una investigación lógica*. Madrid, Marcial Pons, 2008.

LA MOTIVACIÓN DE LA PRUEBA

Jairo PARRA QUIJANO*

INTRODUCCIÓN

Es importante tener en cuenta las siguientes precisiones como guía para entender este trabajo:

- 1) Cuando hagamos referencia a la verdad estamos aceptando dos cosas: que existe una realidad, un mundo real, una objetividad con independencia de nosotros, y que acogemos la concepción de la verdad como correspondencia, es decir, que una proposición es verdadera si corresponde a como son las cosas, en caso contrario es falsa.
- 2) La verdad que predicamos como lograda en el proceso judicial es relativa: porque tiene un contexto, un marco de referencia; se construye con las pruebas que aparezcan aportadas a él; y el juez no puede emplear su conocimiento privado.
- 3) Cuando se hace referencia a la valoración de la prueba se habla de la íntima convicción de que existen dos versiones: la que se pudiera llamar sicologista: “(refiriéndose a los jurados), se dice: [...] sólo se les exhorta a preguntarse a sí mismos en el silencio y recogimiento y buscar, en la sinceridad de su conciencia¹”; la racional, es decir, la que se sustenta en la lógica y es explícita.
- 4) Que cuando se acoge la concepción sicologista de “convicción íntima” y se opta por darle un contenido, se convierte en una especie de saco de sastre, en el que todo cabe y todo se justifica para valorar la prueba:

* Presidente del Instituto Colombiano de Derecho Procesal. Expresidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal.

¹ La expresión clásica del principio de la convicción íntima de los jueces es el artículo 342 del Código de Instrucción Criminal, que dice lo siguiente: “La ley no pide cuentas a los jurados de los medios por los cuales han llegado a formar su convicción, no les prescribe ninguna clase de reglas de las que deban hacer depender especialmente la plenitud y suficiencia de una prueba; sólo les exhorta a preguntarse a sí mismos en el silencio y recogimiento, y buscar, en la sinceridad de su conciencia, qué impresión han producido en su razón las pruebas aportadas contra el acusado y los medios de defensa. La ley no les dice: “reputaréis como verdad todo hecho probado por tal y cual número de testigos; tampoco les dice: no consideraréis suficientemente establecida toda prueba que no haya sido formada de tal proceso verbal, de tales piezas, o de tantos indicios; no les hace más que esta pregunta, que encierra toda la medida de sus deberes: ¿tenéis convicción íntima?”.

a) Por ejemplo, en la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas² se decía:

El juez, como todo hombre que percibe lo circundante, el mundo exterior, juzga de él bajo la influencia de sus impresiones, las cuales actúan en su voluntad y determinan las decisiones que adopta y el contenido de su convicción (convicción íntima). Esa tesis posee también una importancia excepcional para la buena comprensión de las tareas de la ciencia de las pruebas judiciales. De las “impresiones”, las “sensaciones” y los “sentimientos” *provocados en el juez por fenómenos de distinta índole*, que pueden presentarse en el proceso judicial en calidad de pruebas, se forma la opinión del juez sobre los fenómenos investigados en el proceso, sobre la conexión de estos fenómenos con los demás. De estas “impresiones” o “sensaciones” el juez forma ideas, que toman cuerpo en su conciencia en calidad de criterio concreto de las cosas, como su “convicción” denominada habitualmente “convicción íntima”³.

b) No es sobre la base analítica de sus elementos sino integralmente y en concreto, después de haber asimilado su “esencia”, como el nuevo juez debe decidir sus casos. Rechazaban totalmente la “disección racionalista” de un caso y la distorsión de su “naturaleza esencial” que surgían de un enfoque no prejuiciado. Después de todo, a la nueva forma del derecho “no debía llegarse tan sólo mediante razonamiento lógico, [...] sino que en cambio debía ser sentida y experimentada por un miembro del pueblo en virtud de los vínculos estrechos con el mismo”⁴.

5) Cuando nos referimos a la convicción como racional, estamos haciendo referencia a lo que en Colombia se denomina reglas de la sana crítica: que supone que el juez tiene una libertad reglada para valorar las pruebas, tiene que tener en cuenta las reglas de la experiencia, de la lógica, de la ciencia y de la técnica para valorarlas.

² El artículo 23 de los Fundamentos del Procedimiento Criminal de la URSS y de las Repúblicas Federadas decía: “La calificación de las pruebas existentes en un asunto, efectúase por los jueces de acuerdo con su *convicción íntima*”.

³ Cf. Vishinski, Andrei. *La teoría de la prueba*. Copyright by Editor, febrero de 1965, p. 239. Y agrega: “El proceso de formación de la ‘convicción íntima’ es complejo. Cualquier convicción individual del juez está basada en la ideología y psicología de toda la clase a que pertenece el juez y en favor de cuyos intereses actúa”.

⁴ Cf. Muller, Ingo. *Los juristas del horror. La justicia de Hitler: el pasado que Alemania no puede dejar atrás*. Bogotá, Inversiones Rosa Mística, 2009, p. 109.

PRIMERO: ¿POR QUÉ SE DEBEN MOTIVAR LAS PROVIDENCIAS JUDICIALES?

Por la libertad

Si se pretende con las pruebas averiguar la verdad de los hechos, para sobre ella construir la sentencia, siguiendo a Estanislao Zuleta, es importante indagar si la cita bíblica “La verdad os hará libres” es cierta, después que desaparecen los dogmas y fundamentalmente en el siglo XVIII europeo, cuando se afirmaba “que el criterio de verdad no puede ser una autoridad divina o humana, sino solamente la demostración”. Se reconoce que no hay ninguna instancia por encima del pensamiento; entonces, se plantea efectivamente el problema contrario. Los hombres no pueden acceder a la verdad si no son libres. Libres de dudar, de ensayar sus opiniones y sus hipótesis, de compararlas y criticarlas. A partir de ese momento es necesario invertir la tesis: “La libertad os hará verdaderos⁵”. Esa libertad es la que obliga al juez a explicar por qué decide en uno u otro sentido. Decisión que es discutible y enjuiciable, como veremos adelante. Esa motivación está destinada a sujetos (libres de dudar), el encarado en el proceso penal, las víctimas, las partes en el proceso civil, laboral y contencioso administrativo.

Democracia y lógica

Estanislao Zuleta decía: “La democracia es difícil de definir, tiene una larguísima historia”. Grecia tenía a su modo una democracia, “era desde el punto de vista ideológico: pluralista”. “El hecho de que los griegos no tuvieran un dogma intocable, un gran texto sagrado (el Corán, la Biblia, los sermones de Buda o cualquier otro) en relación con el cual pudieran tratarlos, ya no de verdaderos o falsos, sino de herejes u ortodoxos, evitó una limitación a su pensamiento”.

La necesidad de discutir, intercambiar ideas propias de la democracia griega, es la que genera la lógica, teniendo como ideología-viático: “La libertad os obligará a ser veraces”, debemos motivar la decisión utilizando la razón, que es la que nos “posibilita la comprensión de las conexiones sustanciales entre hechos” (*Facultas nexum veritatum percipiendi*⁶).

Ese derecho que genera la libertad a discutir, genera la lógica.

En el *Sofista o del ser* de Platón uno ve nacer la lógica. Los sofistas pretendían que cualquier cosa se puede demostrar, en cierto modo, esa es una dura forma de esce-

⁵ Cf. Zuleta, E. *Colombia: violencia, democracia y derechos humanos*. Bogotá, Ediciones Altamira, 1991, p. 41.

⁶ Cf. Rescher, N. *La racionalidad*. Madrid, Editorial Tecnos, 1993, p. 21.

ticismo. El escepticismo se podría expresar en una fórmula muy simplista diciendo: “No hay verdades, sólo hay seducción, así cualquiera que tenga habilidades en el discurso puede demostrar lo que quiera”⁷.

Democracia es modestia

Democracia es modestia, disposición a la reflexión autocrítica, disposición a oír a los otros seriamente⁸, y nos lo dice magistralmente refiriéndose a la justicia del poder judicial Ferrajoli, con las siguientes palabras: “El poder jurisdiccional ‘no es el poder tan inhumano’, puramente potestativo de la justicia del cadí, sino que está fundado en el ‘saber’ también sólo opinable y probable, pero precisamente por ello refutable y controlable, tanto por el imputado y por su defensa como por la sociedad”⁹. En el mismo sentido la víctima, las partes en el proceso civil, laboral, contencioso administrativo. Todo ello con sustento en que la libertad “os obligará a ser veraces” y la democracia es modestia; motivar es la consecuencia de esos postulados.

La necesidad de información y motivación

Es necesaria esta cita ciertamente larga de Nicholas Rescher:

- “La incomodidad de no saber constituye un sentimiento humano natural”.
- “El hombre se ha desarrollado en la naturaleza para llenar el hueco de un ser inteligente. El requerimiento de comprensión, es decir, de acomodación cognoscitiva al entorno o de conocer el ‘camino’, constituye uno de los requerimientos fundamentales de la condición humana. El hombre es *homo quaerens*. Se nos plantean preguntas y queremos, más que *necesitamos, respuestas*¹⁰”.
- “La necesidad de información para la orientación cognoscitiva en nuestro entorno representa una necesidad humana tan importante como la de

⁷ Cf. Zuleta, E. (ob. cit., p. 265). He modificado sus palabras sólo sustituyendo verosimilitudes “por seducción” y dice además: el problema no sería la verdad o falsedad, sino la habilidad. En realidad, en las discusiones y en la política habría una lucha entre hábiles y torpes en la que ganan los hábiles, más o menos como en la guerra; “verdadero o falso” no existirían, sería sólo uno de los métodos encontrados para tratar de seducir y conseguir seguidores. Todas las formas que llamamos argumentación, en el fondo no serían más que formas, desde luego sutiles, elaboradas y preciosistas, de seducción; lo que se quiere es seducir, no habría más que seducción. Precisamente, los sofistas eran muy hábiles. El más hábil de todos era Calicles —creo que lo inventó Platón, porque no hay ninguna otra fuente sobre él— quien propone mientras discute con Sócrates, en el Gorgias: “Tú pretendes defender la verdad, pero en el fondo tú, como todo el mundo, lo único que quieres es el poder y el placer. Pretendes que no es así, sostienes que persigues la verdad porque eso hace que la gente quede desarmada ante ti y te siga, con lo cual consigues precisamente mucho poder, que es lo que buscas; yo busco el placer y el poder y no lo niego”.

⁸ Cf. Zuleta, E. (ob. cit., p. 268).

⁹ Cf. Ferrajoli, L. *Derecho y razón*. Madrid, Editorial Trotta, 1995, p. 623.

¹⁰ Cf. Rescher, Nicholas. *La racionalidad*. Madrid, Editorial Tecnos, 1993, p. 83.

comer. Somos animales racionales y debemos alimentar nuestras mentes tanto como debemos alimentar nuestros cuerpos. Al buscar información, como al *buscar comida*, estamos dispuestos a conformarnos con lo *mejor que podemos conseguir* en cierto momento. Se nos plantean preguntas y necesitamos respuestas, las mejores que podemos conseguir aquí y ahora, sin que importe su grado de perfección. La necesidad básica de información y de comprensión nos presiona, de modo que estamos urgidos (y justificados pragmáticamente) a movernos hacia su satisfacción”.

Para nosotros el imperativo de entender es completamente básico: dado como son las cosas, no podemos operar, no ya desarrollarnos, sin un conocimiento de lo que nos sucede. El conocimiento que orienta nuestras actividades en este mundo es del tipo más práctico, ya que un animal racional no puede sentirse cómodo en situaciones en las que no encuentra el sentido cognoscitivo. Nos planteamos preguntas y queremos respuestas (no ya necesitamos), contar con respuestas. Y no sólo respuestas, sino respuestas que sean coherentes y que encajen de una manera ordenada para poder satisfacer a una criatura racional. Esta tendencia práctica básica hacia la información (coherente) representa un imperativo fundamental para la inteligencia cognoscitiva¹¹.

La larga cita de Rescher nos debe permitir reflexionar sobre la necesidad sentida, más que cualquier otra cosa, de motivar la decisión para que la necesidad de información sea satisfecha plenamente. Las partes deben recibir información, deben saber por qué se decidió en uno u otro sentido y esta sube de tono cuando se trata del encartado en un proceso penal. El juez debe explicar y, sobre todo, cuando tiene por probados unos hechos con base en los medios de prueba, por qué llegó a esa conclusión. Esa explicación le permite al hombre abastecer de un modo práctico la necesidad de información, a fin de poder utilizar, si es del caso, los recursos que sean necesarios, en caso de no estar de acuerdo con esa motivación, siempre abierta y sujeta a crítica.

Como se puede deducir de lo dicho anteriormente, la motivación tiene una justificación endógena, destinada al justiciable en materia penal y a las víctimas, para que lógicamente entiendan por qué se decidió en esa forma y puedan, si es del caso, utilizar recursos y decidir cuáles son los más apropiados dentro de los ofrecidos en cada país, para enjuiciar la sentencia, y en materia civil aquella destinada a las partes. También está destinada a toda la sociedad que tiene derecho a

¹¹ Ibídem.

saber por qué se decidió en una u otra forma —por ello hasta se ha elevado en algunos países a garantía constitucional.

SEGUNDO: LOS JURADOS Y LA MOTIVACIÓN

En el *Caso Taxquet contra Bélgica*¹², del 17 de octubre de 2003, Richard Taxquet compareció (junto con otros siete acusados) ante la Corte d'Assise del Distrito de Liège para ser juzgado como autor intelectual del homicidio del ministro de Estado (A. C.) y de la tentativa de homicidio de la compañera de este último (M. H. J), en hechos ocurridos el 18 de julio de 1991¹³.

¹² *Caso Taxquet contra Bélgica*. Estrasburgo, sentencia del 13 de enero de 2009, solicitud n.º 926/05. Pronunciada por la Sección Segunda (actualmente está en trámite el recurso interpuesto ante la Sala Plena [05/06/2009] y se espera que sea resuelto en el primer semestre de 2010). En el *Caso Taxquet contra Bélgica*, la Corte Europea de Derechos Humanos (Sección Segunda) se constituye en Sala y se integró por quienes se señalan a continuación: Ireneu Cabral Barreto, presidente; Françoise Tulkens, Vladimiro Zagrebelsky, Danutė Jocienė, Dragoljub Popovic, András Sajó, Isil Karakas, Juez, Sally Dollé, secretaria.

La sentencia dice: “Sobre el procedimiento: el presente asunto se origina en la solicitud n.º 926/05 dirigida contra Bélgica por un ciudadano de dicho Estado, el señor Richard Taxquet (en adelante el peticionario). El 14 de diciembre de 2004, tal solicitud fue sometida al conocimiento de la Corte en virtud de lo dispuesto en el artículo 34 de la Convención para la Salvaguardia de los Derechos del Hombre y de las libertades fundamentales (en adelante la ‘Convención’)”.

El peticionario alega la violación del artículo 6.1 y 6.3 de la Convención, como consecuencia de la ausencia de motivación de la sentencia proferida en su contra por una Corte d'Assise, así como consecuencia de la imposibilidad de interrogar directa o indirectamente al testigo anónimo y de la negativa de la Corte d'Assise a recepcionar por primera vez o por segunda vez algunos testimonios.

El 10 de diciembre de 2007, “esta Corte notificó al Gobierno sobre las violaciones alegadas por el peticionario”. Se debe anotar que, con fundamento en el artículo 29 de la Convención, esta Corte se pronunciará sobre la admisibilidad y el fondo de la controversia.

¹³ De conformidad con lo señalado en la resolución de acusación, al peticionario se le acusa por:

i) Voluntariamente y con intención de ocasionar la muerte, haber cometido homicidio en la persona de A. C. con el agravante de que el homicidio fue cometido con premeditación, por lo cual es calificado por la ley como crimen de asesinato.

ii) Haber intentado voluntariamente, con intención de ocasionar la muerte y con premeditación, cometer homicidio en la persona de M. H. J, habiendo manifestado su intención de cometer el crimen por actos exteriores que se consideran como un principio de ejecución del delito y que no fueron suspendidos ni dejaron de producir su efecto, sino únicamente por circunstancias independientes de la voluntad de los autores, lo que es calificado por la ley como crimen cualificado de tentativa de asesinato.

Adicionalmente, en la resolución de acusación también se precisa.

Carlo T., acusó a Richard Taxquet a P. D. M. y a A. V. D. B. de haber planeado el asesinato de A. C. En abril de 1991, Richard Taxquet tuvo un altercado con A. C., quien manifestó su deber de revelar ciertas cosas y le dijo a Richard Taxquet que “lo haría”.

Richard Taxquet manifestó también a su tío que alguien lo había amenazado de muerte, agregando “será él o yo”.

Durante junio de 1996, una persona —calificada por el peticionario como testigo anónimo— entregó cierta información a los investigadores.

El único aspecto en el que se incriminaba al peticionario era el que se señala a continuación: V. der B. y Taxquet habrían insistido especialmente sobre la urgencia de asesinar a A. C. antes del verano de 1991, porque este había prometido hacer revelaciones importantes antes del regreso de las vacaciones.

El 7 de enero de 2004, la Corte d'Assise condenó al peticionario, así como a los demás acusados, a pena de prisión por el término de veinte años. El jurado fue llamado a responder 31 preguntas formuladas por el presidente de la Corte d'Assise. Interesan aquí cuatro de tales preguntas, en las cuales se hacía referencia al peticionario y estaban formuladas de la siguiente manera:

Pregunta n.º 25. Hecho principal

¿Taxquet Richard, acusado aquí presente, es culpable, como autor o coautor del delito?

—Bien por haber ejecutado el delito o por haber cooperado directamente en su ejecución.

—Bien por haber mediante un hecho cualquiera prestado para la ejecución del delito una ayuda tal, que sin su colaboración no se habría podido cometer el delito.

—Bien por haber provocado la comisión de delito mediante dádivas, promesas, amenazas, abuso de autoridad o de poder, o maquinaciones, o artificios culpables.

—Bien por haber provocado la comisión del delito, mediante los discursos ofrecidos en reuniones o lugares públicos, o por escritos, impresos, imágenes o emblemas cualesquiera publicados, distribuidos o vendidos, o puestos en venta o expuestos al público.

¿De haber cometido homicidio voluntariamente y con intención de ocasionar la muerte a A. C. en Liège, el 18 de julio de 1991?

Respuesta: sí.

Pregunta n.º 26. Circunstancia agravante

¿El homicidio voluntario cometido con intención de ocasionar la muerte a que se refiere la pregunta anterior, fue cometido con premeditación?

Respuesta: sí.

Pregunta n.º 27. Hecho principal

¿Taxquet Richard, acusado aquí presente, es culpable, como autor o coautor del delito, [...] de haber intentado cometer homicidio voluntariamente y con intención de ocasionar la muerte a M. H. J., en Liège, el 18 de julio de 1991, habiendo manifestado su intención de cometer el crimen por actos exteriores que se consideran como principio de ejecución del mismo y que no fueron suspendidos ni dejaron

de producir su efecto, sino únicamente por circunstancias independientes de la voluntad del autor?

Respuesta: sí.

Pregunta n.º 28. Circunstancia agravante

¿La tentativa de homicidio voluntario con intención de ocasionar la muerte a que se refiere la pregunta anterior, fue realizada con premeditación?

Respuesta: sí

Richard Taxquet afirma que se violó el artículo 6.1 de la Convención: el peticionario argumenta que su derecho a un proceso justo y equitativo no fue respetado en el caso concreto, en la medida en que la sentencia condenatoria proferida por la Corte d'Assise no contenía motivación alguna y no era susceptible de recurso alguno ante un órgano de plena jurisdicción. El peticionario invoca el artículo 6.1 de la Convención, en cuya parte pertinente se señala:

“Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente [...] por un Tribunal independiente e imparcial [...] que decidirá [...] sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella”.

Entre otras razones, el gobierno afirma: [...] “que las cuatro preguntas formuladas por el presidente de la Corte d'Assise, en el proceso que se examina, fueron lo suficientemente precisas como para servir de fundamento a la decisión de dicho jurado en la medida en que los elementos constitutivos de la infracción, los hechos incriminatorios y las circunstancias agravantes estaban detalladamente narradas y descritas en dichas preguntas”.

“La Corte observa que se formularon preguntas idénticas al jurado con respecto a los ocho acusados, sin que ninguna de ellas hubiese sido individualizada. Desde esta perspectiva, la Corte pone de presente que en tratándose de circunstancias agravantes, en el caso Goktpe C. Bélgica se concluyó que se había violado el artículo 6º de la Convención debido a la negativa de la Corte d'Assise de formular preguntas individualizadas sobre la existencia de cada una de ellas, privando al jurado de la posibilidad de determinar individualmente la responsabilidad penal de peticionario.

“En el caso bajo examen, la formulación de las preguntas sometidas al jurado fue tal, que el peticionario tuvo buenas razones para quejarse de ignorar los motivos por los cuales se había respondido positivamente a cada una de ellas, más aún, porque el peticionario niega toda implicación personal en los hechos reprochados.

La Corte considera que estas respuestas lacónicas a preguntas formuladas de manera vaga y general han podido darle al peticionario la impresión de una justicia arbitraria y poco transparente. Sin que por lo menos se hiciera un resumen de las principales razones por las cuales la Corte de d'Assise se declaró convencida de la culpabilidad del peticionario, dicho condenado no podía comprender —y en consecuencia tampoco aceptar— la decisión de la jurisdicción. Lo anterior tiene gran importancia, en razón a que el jurado no resuelve sobre la base del expediente, sino sobre la base de lo que ha escuchado en la audiencia”.

En consecuencia, es importante preocuparse por explicarle el veredicto al acusado y también a la opinión pública, al “pueblo”, en nombre del cual la decisión es proferida y enfatiza en los elementos que han convencido al jurado de la culpabilidad o de la inocencia del acusado e indicar las razones concretas por las cuales el jurado respondió afirmativa o negativamente a cada una de las preguntas.

En estas condiciones, la Corte de Casación no ha tenido la posibilidad de ejercer eficazmente su control ni de descubrir, por ejemplo, una insuficiencia o una contradicción en la motivación. La Corte concluye que se violó el derecho a un proceso justo y equitativo garantizado por el artículo 6.1 de la convención.

TERCERO: ORALIDAD, INMEDIACIÓN Y CONVENCIMIENTO DEL JUEZ

Debe quedar perfectamente claro que la inmediación es un método para practicar la prueba y de ninguna manera un método para valorar la prueba. Me debe ser permitido, para que haya claridad, citar lo que he escrito en otra oportunidad:

Lo sostenido por Platón es aplicable al proceso, el debate, el empleo del diálogo dialéctico (el ejercicio de la contradicción) debe ser oral, y de él surgirán los frutos, que se pueden recoger por escrito hoy por medio de video, pero no para aprender (primera vez) sino para recordar (lo ya aprendido), que fue lo que sucedió con la oralidad dialéctica utilizada por los filósofos, que resultó justificando la escritura.

La percepción del juez cuando participa en la producción de la prueba, debe estar “bajo el yugo de la atención”. La importancia de la atención en la forma que la concebimos, es convencernos que el pensamiento debe estar en acto, por cuanto que si lo concebimos como simple registro, consideramos el pensamiento en una actitud pasiva; es decir, como una situación (desperdicio de energía). En cambio, si concebimos la percepción (el pensamiento) como acto (empleo de energía), es decir, en actitud dinámica, trabajando y captando todo lo que los medios probatorios, medios de conocimiento aportan, estaremos seguros [de] que la memoria,

trabajando bajo la guía de la imaginación y con la regencia de la razón, le permitirá al juez sedimentar lo que ha retenido e ir haciendo armonizaciones y críticas a medida que se produce uno y otro medio probatorio, de una u otra parte; de tal manera, que la valoración será un acto madurado, sopesado, hecho con tiempo y no repentino¹⁴.

Así, cuando se hace en la forma señalada la valoración, la crítica se logra con mayor facilidad y con mayores posibilidades de acierto, distinto a si la valoración la hiciera un juez que no estuvo presente —a través de actas—, o que a pesar de estarlo no tuvo su percepción, como ya se dijo, bajo el yugo de la atención —confiado en las actas o en videos—. La valoración debe ser un fruto madurado a lo largo de la producción de la prueba —incluida la contradicción—, el juez retiene, por ejemplo, las contradicciones en las que incurrió el testigo. El juez hace anticipaciones de valoración que retiene en su memoria con cada medio de prueba y los va relacionando con los que se vayan practicando, y así sucesivamente, hasta lograr la totalidad y la valoración (racional); esto surge sin realizar actos de proeza o heroicos. He aquí la verdadera importancia de la inmediación¹⁵.

En la inmediación hay un contacto directo entre el juez y la fuente de prueba, y el juez presencia cómo sucede, por ejemplo: con la prueba testimonial, qué tan rendidora resulta en el proceso penal, y sobre todo, con tendencia acusatoria, cómo el testigo evoca y narra lo que rescata de la memoria, que es material de la plasmación. Y frente a él tiene lugar el interrogatorio de las partes y puede retener las contradicciones en que incurre el testigo, las confusiones y todo lo demás que es posible retener con la racionalidad, haciendo valoraciones de la prueba recibida y retenida en su memoria, para con ese viático, ir oyendo y participando en las demás. Es un trabajo sucesivo ir reteniendo de cada una lo que sea necesario para las resultas del asunto; de tal manera, que se haga un verdadero proceso de estudio en conjunto de lo que vaya resultando de cada prueba.

Pero, se debe tener mucha claridad, como lo ha escrito Lacoviello: “La inmediación oral es una técnica de formación de las pruebas, no un método para el convencimiento del juez¹⁶”. El juez con el viático de la racionalidad debe captar

¹⁴ Cf. Parra Quijano, J. *Manual de derecho probatorio*, 15ª ed. Bogotá, Librería El Profesional, 2006, p. 719.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ Cf. Perfecto Andrés Ibáñez. “Sobre el valor de la inmediación. (Una aproximación crítica)”. En: Lacoviello, F. M., *La Motivazione della Sentenza Penale e il Suo controllo in Cassazioni*. Milano, Guiffré, 1997, p. 15.

lo que se narra o lo que observa, según sea el medio probatorio, pensando que después debe justificar el valor que le asigne a cada prueba y emprender un estudio en conjunto de todos los medios probatorios. Asimismo, debe guardar distancia con lo emotivo del acto probatorio y razonar todo lo que capte con las reglas de la experiencia, de la lógica, de la técnica y de la ciencia.

CUARTO: ¿QUÉ ES MOTIVAR?

El profesor Taruffo dice:

De hecho hay que distinguir entre el razonamiento que condujo al juez a la decisión y el razonamiento con que lo justifica. El primer razonamiento tiene carácter heurístico, procede por hipótesis comprobadas y falsadas, incluye inferencias abductivas y se estructura en una secuencia de opciones hasta la opción final acerca de la verdad o de la falsedad de los hechos¹⁷.

La motivación de la decisión consiste en un razonamiento justificativo que, por decirlo de alguna forma, presupone la decisión y va dirigido a mostrar que hay buenas razones y argumentos lógicamente correctos para considerarla válida y aceptable. *Naturalmente, puede haber puntos de contacto entre las dos fases del razonamiento del juez*, el juez que sabe que debe motivar será inducido a razonar correctamente, también cuando esté valorando las pruebas y formulando la decisión; el mismo juez, a la hora de redactar la motivación, podrá utilizar los argumentos e inferencias que formuló al valorar las pruebas y configurar la decisión final. Sin embargo, esto no demuestra que las dos fases del razonamiento del juez tengan la misma estructura y la misma función, ni menos aún, que una se pueda considerar como una especie de reproducción de la otra.

Es necesario observar que el camino que el juez emprende para el descubrimiento tiene limitaciones en materia civil, la demanda y la contestación, etcétera, y en materia penal, la acusación. Antes de intentar resolver el asunto es indispensable comprenderlo: esto supone entender los enunciados del asunto (demanda, contestación, acusación y defensa, etcétera). Luego, hay que considerarlo atentamente en su conjunto, sin ocuparse de sus detalles para aprehenderlo con la mayor claridad, impregnándose racionalmente de su contenido. Se debe identificar la incógnita o las incógnitas, teniendo en cuenta la demanda y la contestación, en materia civil y la acusación en materia penal, según sea el caso. Después se debe imaginar la solución posible —una de las funciones de

¹⁷ Taruffo, M. *Consideraciones sobre la prueba judicial*. Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, p. 42.

la inteligencia—, sin preocuparse por el camino que pueda conducir a ella. El siguiente paso es estudiar los medios probatorios y se debe ir haciendo la crítica racional de ellos y el raciocinio del juzgador adquiere necesariamente un ánimo heurístico, de descubrimiento, de pesquisa, al paso que su norte es, como ya dejamos dicho, la averiguación de la verdad.

Hay una estrecha relación, si se tiene en cuenta al juez moderno, entre descubrimiento y justificación. Pregonar en la hora actual una separación drástica entre descubrimiento y justificación es abrir un nicho a justificaciones ficticias. Deben estar ambos regidos por la racionalidad, si la abducción, que pertenece al descubrimiento, suministra una conclusión, esta tiene que ser racionalizada en la justificación y no por eso se puede pregonar la separación.

Es necesario reiterar que cuando el juez critica una prueba y manifiesta, por ejemplo, en relación con lo que narra un testigo, que de conformidad con las reglas de la sana crítica lo que narra es inverosímil y que, por el contrario, le parece más atendible la versión de los hechos que suministra otro testigo; está descubriendo y, a su vez, obtiene material para la justificación.

Hay un razonamiento de Perfecto Andrés Ibáñez que comparto plenamente:

Pero la prueba no pertenece al mundo del psiquismo en que las cosas ocurren, sino que en la perspectiva del juez, es un proceso de adquisición de conocimiento, que éste debe pilotar de forma consciente, es decir, con criterio racional y para hacerlo discurrir en todo su íter por los cauces de lo justificable, es decir, de lo que es susceptible de motivación¹⁸.

En cierta forma, se está afirmando que aún en la etapa de descubrimiento, el juez no puede abandonar el camino regio de la racionalidad, aunque eventualmente maneje el pensamiento abductivo¹⁹. Tiene que utilizar, por decirlo en alguna forma, un cedazo racional para dejar por fuera subjetividades, los pálpitos, las corazonadas y permitir que quede un cuerpo racional que, en últimas, le servirá para generar en parte la justificación de lo que decida. No se puede pregonar una separación radical. La justificación es una oportunidad

¹⁸ Cf. Ibáñez, A. P. “Garantismo: una teoría crítica de la jurisdicción”. En: Carbonell, M. y Salazar, P. (eds.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Editorial Trotta, p. 69.

¹⁹ Cf. Ferrater Mora, J. *Diccionario de Filosofía*, p. 13. La palabra abducción: uno de los puntos capitales en la teoría (o teorías de Pierce) al respecto es que los procesos mentales, tanto de descubrimiento como de justificación o explicación, son inferenciales. Esto quiere decir que se pueden dar razones para las inferencias —las cuales son ellas mismas “razones”—, incluyendo cuando se formulan proposiciones o se llega a conclusiones al parecer por mera “conjetura” o “intuición”. Psicológicamente puede haber habido una conjetura o una intuición, pero estas son explicables lógicamente. La lógica alcanza, pues, a más que procesos formales deductivos.

para volver a razonar seguramente sobre lo ya descubierto, es una especie “de control de calidad”.

En parte, el recorrido racional evita que la decisión sea el resultado de la seducción, como se podría pensar cuando el proceso es oral y el juez tiene que anunciar el sentido del fallo, una vez terminados los alegatos, como sucede en Colombia en materia penal²⁰.

²⁰ El artículo 445 del Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004) dice: “Una vez presentados los alegatos, el juez declarará que el debate ha terminado y, de ser necesario, podrá decretar un receso hasta por dos (2) horas para anunciar el sentido del fallo”.

La Corte Suprema de Justicia de Colombia, en sede de casación penal ha dicho: “El término que utilizó el legislador en el artículo 445 es facultativo, decretar un receso hasta de dos horas para anunciar el sentido del fallo, pero nada impide que anuncie el sentido de la decisión inmediatamente después, no obstante el casacionista, que en todo caso el juez está obligado a decretar receso, y a dictar sentencia quince días después.

La utilización de términos de horas o días, bien para anunciar el sentido del fallo, o bien para emitir la sentencia que resuelva de mérito del debate es facultativo y legítimamente nada impide que el juzgador profiera la decisión al término de la audiencia de juicio oral y público y determine la condena, porque entre otras razones esta es la idea central que sustenta el sistema de enjuiciamiento de la Ley 906.

Una interpretación correcta indica que el juez debe fallar en un terreno que va desde la terminación de la audiencia del juicio oral y público y una vez vencidos los treinta días de que dispone la víctima para activar el incidente de reparación integral” (CSJ Sala de Casación Penal, sentencia del 21 de marzo de 2007. Rad. 25407 M.P. Alfredo Gómez Quintero).

El artículo 446 del CPP (Ley 906 de 2004) dice: “*Contenido*. La decisión será individualizada frente a cada uno de los enjuiciados y cargos contenidos en la acusación, y deberá referirse a las solicitudes hechas en los alegatos finales. El sentido del fallo se dará a conocer de manera oral y pública inmediatamente después del receso previsto en el artículo anterior, y deberá contener el delito por el cual se halla a la persona culpable o inocente”.

La Corte ha dicho: “En resumen, la sentencia que pone fin al proceso en el sistema de la Ley 906 de 2004 es un acto complejo que se conforma con el sentido del fallo que, motivado sustancialmente con los aspectos señalados en el artículo 446 del Código de Procedimiento Penal, el juez debe anunciar al finalizar el debate oral, y la providencia finalmente redactada y leída a las partes, siendo imperativo para el juez que ésta guarde armonía, consonancia, congruencia con aquel aviso, porque las dos fases de ese único acto constituyen una unidad temática.

Pero si, eventual y excepcionalmente, al redactar la sentencia el juez llega a la convicción de que el acatamiento al anuncio de ese sentido implicaría una injusticia material, debe declarar la nulidad de aquel aviso, para que al reponer la actuación con al anuncio correcto, respete la garantía de las partes”. (Sala de Casación Penal, sentencia del 17 de septiembre de 2007. M.P. Augusto J. Ibáñez Guzmán, Jorge Luis Quintero Milanés).

El artículo 162 del CPP, Ley 906 de 2004, dice: “Las sentencias y los autos deberán cumplir con los siguientes requisitos: fundamentación fáctica, probatoria y jurídica con indicación de los motivos de estimación y desestimación de las pruebas válidamente admitidas en el juicio oral”.

LA MOTIVACIÓN DE LA PRUEBA

Ulises CANOSA SUÁREZ*

Para tratar el tema de la motivación de la prueba, en orden y con claridad, desarrollaremos a continuación los siguientes cinco puntos:

- 1) La valoración de la prueba
- 2) La motivación en la legislación colombiana
- 3) La motivación en la jurisprudencia
- 4) Los destinatarios y características de la motivación
- 5) Conclusión

LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA

Para empezar, podemos decir que el juez para decidir necesita conocer los hechos, abandonar el estado de ignorancia en que se encuentra con respecto a los hechos, para llegar a un estado de conocimiento o de certeza. Al iniciar la investigación, el juez conoce el derecho, pero ignora o desconoce los hechos.

La prueba permite la determinación de las circunstancias fácticas a las que se aplicarán las consecuencias previstas en la ley. Como el fallo tiene que versar sobre la verdad de los hechos, se debe basar en la prueba.

Para abandonar el estado de ignorancia, el juez tiene que caminar o avanzar hacia la certeza y transitar por los grados de persuasión, llamados así por la lógica. El fin de la prueba es precisamente convencer y el de las procesales, convencer al juez, conducirlo del estado de ignorancia, pasando por la duda y la probabilidad hasta alcanzar la certeza.

La *duda* es la indeterminación del ánimo entre dos juicios o dos decisiones, o bien acerca de un hecho o una noticia. Es un estado de irresolución, de vacilación entre la afirmación y la negación; existe igualdad de motivos para creer y

* Abogado de la Universidad Libre de Colombia. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, miembro y secretario general del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, miembro de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, de la junta directiva de la Corporación Excelencia en la Justicia y del Colegio de Abogados Comercialistas. Hizo parte de la comisión redactora del Código General del Proceso de Colombia. Ha sido profesor en las facultades de derecho y en cursos de especialización en la Universidad de los Andes, Universidad del Rosario, Universidad Externado de Colombia y Universidad Libre, entre otras. Actualmente, es vicepresidente ejecutivo jurídico y secretario general del BBVA Colombia.

para no creer, porque no hay certeza. La mente se encuentra fluctuante, indecisa entre dos o más tesis o proposiciones; duda quien tiene el ánimo perplejo y en suspenso entre resoluciones, así como entre juicios contradictorios, sin decidirse por unos u otros.

Entre la *duda* y la *certeza* se encuentra la *probabilidad*, entendida como una fundada apariencia de verdad o verosimilitud. Hay predominio de la afirmación sobre la negación o por el contrario, pero aún sin firme convicción. Es un estado oscilante entre lo posible y lo evidente; es la creencia, opinión o suposición de la existencia de un hecho, pero, sin dejar de ofrecer contingencias en contrario.

Finalmente, se alcanza la *certeza* o evidencia, que es la persuasión de verdad, el conocimiento seguro, evidente y claro, con el cual el juez tiene una firme adhesión de su mente a un hecho conocible, sin temor a errar. Sobre estos aspectos escribió Pietro Ellero que:

La certeza, la probabilidad y la duda son los únicos y verdaderos grados persuasivos del hombre... Y aún puede decirse que los términos precisos e invariables son el primero y el tercero, esto es, la certeza y la duda, porque en el primero no hay un solo elemento de duda, y en el tercero ni uno de certeza; en cambio, el segundo es un término indeciso y variable, pudiendo haber en él una probabilidad indefinidamente mayor o menor y no sujeta a medida... A medida que las dudas se aminoran, la probabilidad aumenta; una vez desvanecidas, la certeza surge¹.

La importancia de la prueba se sintetiza afirmando que los derechos no son nada sin su prueba: *idem est non esse aut non probari*. Es igual no tener un derecho que no poderlo probar. Jeremías Bentham escribió: “El arte del proceso no es esencialmente otra cosa que el arte de administrar las pruebas²”. La noción de prueba está presente en todas las manifestaciones de la vida humana. El hombre vive en permanente función de comprobar los hechos que afirma, que niega o que interesan a un proceso.

No sería posible la administración de justicia sin las pruebas. El juzgador ve, escucha, siente los hechos y conoce la realidad a través de las pruebas. Carnelutti dice:

El juez está en medio de un minúsculo cerco de luces, fuera del cual todo es tinieblas: detrás de él el enigma del pasado, y delante el enigma del futuro. Ese minúsculo

¹ Cf. Ellero, P. *De los juicios criminales*, 5ª ed. Madrid, 1953, pp. 18 y 36.

² Bentham, J. *Tratado de las pruebas judiciales*, vol. I. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971, p. 10.

cerco es la prueba... La prueba es el corazón del problema del juicio, del mismo modo que éste es el corazón del problema del pensamiento³.

Para el efecto, el juez tiene que cumplir el proceso de *asunción de la prueba*, que es el proceso de relación subjetiva del juez con la prueba. Ese proceso se hace en dos etapas: la primera es de contemplación objetiva de la prueba, en la que el juez verifica la existencia de la prueba; la segunda etapa es la contemplación jurídica de la prueba, cuando el juez verifica que la prueba esté regularmente rituada o producida para el proceso. Ahora bien, la legislación colombiana trae algunas reglas muy claras y precisas sobre la valoración de la prueba: la primera dispone que el juez tiene que apreciar o valorar las pruebas en conjunto. Generalmente, el proceso no tiene una sola prueba, sino que posee una multiplicidad, varias pruebas, de tal forma que hay una diversidad o pluralidad, porque, por regla general, se presentan testimonios, documentos, dictámenes, etcétera, de tal forma que el material probatorio, cualitativa y cuantitativamente, suele ser plural y variado. El juez tiene que mirar estas pruebas como un todo, contemplarlas primero individualmente y después articularlas entre sí, unas con otras, como lo disponen los artículos 187 del CPC y 380 del CPP.

Siguiendo lo que ha dicho la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte, M.P. Humberto Murcia Ballén, “con tal procedimiento resulta que su convicción se forma no por el examen aislado de cada probanza, sino por la estimación conjunta de todas las articuladas, examinadas todas como un compuesto integrado por elementos disímiles” (sentencia del 14 de junio de 1982). Entonces, la convicción no se forma por el análisis aislado o individual de los medios de prueba, sino contemplándolas todas, desde arriba o, para usar una ilustrativa expresión taurina, “viendo los toros desde la barrera”.

La segunda regla ordena valorar las pruebas de acuerdo con las reglas de la sana crítica, aplicando las reglas del correcto entendimiento humano, de manera limpia, sincera, objetiva e imparcial o, en palabras de Eduardo J. Couture, con “higiene mental”, mirando la prueba como la miraría cualquier otro miembro de la sociedad puesto en las mismas condiciones.

Para este fin, el juez tiene que apelar a las reglas de la lógica, es decir, a la ciencia del correcto entendimiento humano. Además, el juez tiene que aplicar las máximas de la experiencia, partiendo de la base de que las personas que se encuentran en una determinada situación, generalmente, se comportan de

³ Canelutti, F. *La prueba civil*, traducción de Niceto Alcalá Zamora y Castillo, 2ª ed. Depalma, 1982.

una misma manera. Y, además, tiene que recurrir a la técnica y a la ciencia, con ayuda de dictámenes médicos, de arquitectos, ingenieros o grafólogos, entre otros expertos. De esta manera, en palabras de François Gorphe, la justicia con ojos vendados debe ser reemplazada por otra con una antorcha que ilumina con la ciencia y una balanza moderna que pesa con medidas exactas.

La tercera regla de valoración en la legislación colombiana ordena tener en cuenta los preceptos especiales que, para algunos medios de prueba, se encuentran en los códigos de procedimiento. A manera de ejemplo, el artículo 232 del Código de Procedimiento Civil (CPC) dispone que la prueba de testigos no podrá suplir el escrito que la ley exija como solemnidad para la existencia o validez de un acto o contrato, por consiguiente, la prueba testimonial no puede reemplazar pruebas solemnes. Esa disposición agrega que cuando se trate de probar obligaciones originadas en contrato o convención o el correspondiente pago, la falta de un documento o de un principio de prueba por escrito debe ser apreciada por el juez como indicio grave de inexistencia de ese pago o de esa obligación, a menos que circunstancias, como la naturaleza del acto, su cuantía o la confianza de las partes justifiquen la omisión o haya sido imposible obtener el documento, debido a las circunstancias en las que se desarrollaron los hechos.

Otros ejemplos de esta tercera regla están en los artículos 258 del CPC sobre la indivisibilidad del alcance probatorio de la prueba documental, 404 del CPP sobre la apreciación del testimonio y 420 del CPP sobre la apreciación de la prueba pericial. Además, la apreciación, si se aplica la cuarta regla de la legislación colombiana, se debe hacer sin perjuicio de las solemnidades previstas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos. Esta es una de las limitaciones a la libertad de apreciación probatoria, en aplicación de la conducencia o idoneidad de la prueba.

El juez, si bien tiene una amplia libertad para apreciar las pruebas, no puede pasar por alto u omitir las solemnidades que en algunos casos, cada vez menos, la legislación colombiana consagra. Un ejemplo de la aplicación práctica de esta regla se encuentra en el artículo 265 del CPC, el cual, al regular el instrumento público *ad substantiam actus*, dispone que la falta de instrumento público no se puede suplir por otra prueba en los actos y contratos en que la ley requiera esa solemnidad y se mirarán como no celebrados, aunque se prometa reducirlos a instrumento público.

La quinta regla de valoración de la prueba en Colombia permite legitimar la decisión, puesto que dispone que el juez tiene que exponer siempre razonada-

mente el mérito asignado a las pruebas, de tal manera que la correcta valoración se hace argumentando, narrando o informando a las partes y a la sociedad el mérito asignado a las pruebas, para garantizar el debido proceso y el ejercicio de los controles legales.

Se decía anteriormente que con las pruebas el juez logra reconstruir la realidad a manera de fantasía o ficción no inventiva, sino reconstructiva, como si el juez estuviera haciendo una novela real, con los hechos pasados que trae al presente, novela o ficción que tiene que contar a las partes y narrarla a la sociedad para permitir el control interno y el control externo de la decisión, de los cuales hablaremos más adelante.

Finalmente, de este conjunto de reglas surge el último precepto. La valoración se debe hacer con una concepción racional, utilizando la prueba como herramienta de conocimiento (función epistémica), más que como herramienta de persuasión (función retórica). La prueba está orientada a la búsqueda y comprobación de la verdad, con un procedimiento cognoscitivo estructurado y comprobable. En Colombia, la valoración de la prueba, si se hace correctamente, permite formular *juicios de verdad* con *justificación racional*.

LA MOTIVACIÓN EN LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA

La Constitución del año 86, en el artículo 163 exigía expresamente la motivación de las sentencias. La Constitución de 1991 no exige expresamente esa motivación, no porque no se considere fundamental sino porque, en la Asamblea Nacional Constituyente, se estimó que las normas que pudieran estar en los códigos o en leyes estatutarias no deberían ser reproducidas innecesariamente por la Carta Política.

Por eso, en nuestro país, la exigencia de motivación está en los códigos de procedimiento, específicamente, en el artículo 162 del CPP y en el artículo 187 del CPC, los cuales, claramente, dicen que el juez siempre debe exponer razonadamente el mérito asignado a las pruebas. En la misma dirección se encuentra la Ley Estatutaria 270 de 1996 de la administración de justicia, la cual en el artículo 55, al regular la elaboración de las providencias judiciales, exige la motivación.

Si se trata de esquematizar los requisitos de la providencia judicial, entendida como el acto por excelencia del juez, en el cual decide y administra justicia, se encuentra que para los autos de trámite o sustanciación, que el Código de Procedimiento Penal llama simples órdenes, no está prevista expresamente la motivación.

Sin embargo, la doctrina se ha preguntado si al no exigirse una motivación por la ley automáticamente significa que el juez no hace una verificación probatoria, ni jurídica, para dictar un auto de esta clase. La respuesta tiene que ser negativa, porque el juez sí hace una verificación tanto fáctica como jurídica para dictar un auto de sustanciación. Así, por ejemplo, el juez para correr traslado para alegar tiene que verificar que las pruebas se hayan practicado, que el período probatorio se encuentra extinguido, y tiene que encontrar y hacer obrar la norma que le permite impulsar el proceso a su siguiente etapa.

Tanto así que ese tipo de providencias, es decir, los autos de sustanciación, también pueden ser recurridos por las partes, impugnados a través de los recursos, discutiendo la motivación que podríamos llamar tácita, porque si bien no está expresa en la providencia sí se encuentra implícita, porque se sabe que la hizo el juez y que puede contraargumentarse mediante los recursos.

En cambio, en los autos interlocutorios y en las sentencias, en desarrollo de los artículos 304 del CPC, 162 del CPP y 170 del Código Contencioso Administrativo (CCA), hay una expresa exigencia de motivación, porque dentro de los requisitos formales de este tipo de providencias se encuentra una parte histórica y una de considerandos.

La parte histórica es la de antecedentes o ubicación temporal y espacial de la providencia, que se elabora haciendo una síntesis de la demanda y contestación y del trámite procesal, resumiendo, sintetizando, no copiando, ni transcribiendo, a fin de delimitar el asunto por resolver, sin *tomar partido*.

La columna vertebral de la motivación se encuentra en los considerandos, en los cuales el juez expresa su opinión, cuenta cómo llegó al conocimiento de los hechos y expone la justificación para decidir de una determinada manera. Esta parte no es neutra y en ella se debe encontrar el examen crítico de las pruebas, los razonamientos legales, de equidad y doctrinarios estrictamente necesarios para fundamentar la decisión y los textos legales aplicados.

Si lo vemos de otra manera, la decisión judicial se puede concebir como una construcción de dos pisos: en el primer piso, que es la parte fáctica, se encuentra la comprobación de los hechos de acuerdo con las pruebas. En el segundo nivel, el juez selecciona, interpreta y aplica las normas jurídicas pertinentes. Esta construcción no es caprichosa, no la puede hacer el juez como se le antoje o como le parezca, tiene que hacerla respetando siempre el debido proceso.

Siguiendo al profesor Michele Taruffo, quien habla de los presupuestos de una decisión legal y justa, el juez tiene que contar cómo construyó su decisión. Cuando el artista, el artesano, el fabricante en general hacen una obra, conservan para sí los secretos de la elaboración, manufactura o invención. Por el contrario, el juez, como constructor de la decisión o providencia judicial no puede guardar el secreto, tiene que legitimar su obra, su providencia o decisión ante las partes y ante la sociedad, argumentando, narrando, contando, mostrando a todos cómo hizo el examen crítico de las pruebas, cómo construyó las plantas de ese edificio, tanto la primera que es la parte fáctica, como la segunda que es la parte jurídica.

LA MOTIVACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA

Hay muchos ejemplos que podríamos traer aquí sobre cómo nuestras altas cortes entienden la motivación. El primer ejemplo lo encontramos en una sentencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, del 18 de abril de 1988, con ponencia de Édgar Saavedra Rojas, en la que se juzgaba la conducta de una juez que dictó una sentencia con una motivación excesivamente escasa y, en alguna medida, contradictoria. La juez en los considerandos dijo que en el expediente obraban pruebas que señalaban que entre el demandante y el demandado existió un contrato de trabajo, pero esas pruebas quedaron desvirtuadas por el testimonio de un tercero que dijo que el demandante trabajó bajo sus órdenes y no bajo las órdenes del demandado.

Como la sentencia de este caso no decía más, precisamente, el debate ante la Sala Penal de la Corte se centró en la motivación. La Corte se preguntó cuál es la razón de la motivación y cuándo la motivación es suficiente. La Corte dijo que los jueces no son soberanos al adoptar decisiones sino que están sometidos al imperio de la Constitución y de la ley; en Colombia impera un sistema de persuasión racional o sana crítica que se diferencia de la íntima convicción, porque en el sistema colombiano es obligatorio motivar, explicar, argumentar o justificar.

Además, la Corte Suprema ha dicho que las providencias deben tener una parte fáctica— el primer piso de nuestra construcción — y una parte jurídica en la que se seleccionan y aplican las normas legales. De igual forma, esos requisitos no son caprichosos sino que tienen un propósito, una razón de ser, una finalidad, todo lo cual consiste en rendir tributo a la garantía del debido proceso. De esta manera se garantiza la publicidad y la contradicción, asimismo, se evita la arbitrariedad y la injusticia.

No se podría concebir el debido proceso si no se conocen los motivos del fallo, porque si el juez no los expone sería imposible contraargumentar, es decir, contradecir. El proceso tiene que ser dialéctico y eso sólo se logra cuando el juez expone la razón de su decisión.

En un salvamento de voto de Lisandro Martínez Zúñiga se aclara —o precisa— que motivación no es igual a extensión y que la extensión no determina la conformidad con la ley. Hay algunos que creen equivocadamente que motivando excesivamente se acercan más a la legalidad, sin embargo, se puede dar el caso de una sentencia colosalmente motivada pero totalmente alejada de la ley y, por el contrario, que es lo ideal, una providencia muy concreta y precisa, resumidamente motivada, pero estrictamente ajustada al derecho.

Otro ejemplo de motivación en la jurisprudencia colombiana está en la maravillosa sentencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, con ponencia de Edgardo Villamil Portilla, de fecha del 29 de agosto de 2008, en la cual la Corte, en primer lugar, recuerda la historia de la motivación.

Dice que la motivación ha pasado por tres etapas: una primera, en la que no se motivaba, porque el respaldo de la decisión se encontraba en el poder del órgano que la expedía, del príncipe, del rey o del dictador, que resolvía sobre el patrimonio o la libertad de las personas invocando su omnímodo poder y no tenía entonces por qué justificar ante nadie lo que resolvía. Una segunda etapa fue híbrida, propia de la Edad Media, en la que convivieron sistemas y exigencias de motivación y no motivación. Y una tercera etapa, que es la que en buena hora vivimos actualmente, a partir de la Revolución Francesa de 1789, en la cual domina la corriente discursiva y racional en la motivación de la decisión.

En esta sentencia, que se dictó dentro de un recurso extraordinario de revisión, la Corte dijo que la motivación es inherente al debido proceso y garantiza el ejercicio de los controles; la motivación legitima la democracia porque permite el examen público de las decisiones; la motivación materializa la lealtad mediante la exposición abierta de las razones para adjudicar el derecho; una actitud discursiva y abierta al diálogo es un presupuesto metodológico para el hallazgo de la verdad; y la exigencia de motivación no sólo procura el acierto en la decisión, sino que también demuestra que el juez tiene el genuino propósito de proscribir la arbitrariedad, adherir al ordenamiento jurídico y facilitar la crítica externa.

La tercera jurisprudencia que podemos citar es la del 19 de febrero de 2009, de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, con ponencia de Augusto José Ibáñez Guzmán, la cual resume los errores que se pueden presentar en la motivación de una decisión: hay *ausencia absoluta de motivación* cuando no se precisan los fundamentos fácticos y jurídicos del fallo; la *motivación es incompleta o deficiente* cuando el sustento de la decisión es tan precario que no es posible encontrarlo en su integridad; *es ambigua o equívoca la motivación* cuando se involucran conceptos excluyentes; y, finalmente, *la motivación es sofisticada, aparente o falsa* cuando se trata de un discurso que no contiene una verdadera justificación racional de la decisión, como cuando se presentan numerosos o excesivos argumentos jurídicos y citas de autores o jurisprudencia que son impertinentes o no consultan la realidad fáctica o jurídica del caso.

DESTINATARIOS Y CARACTERÍSTICAS DE LA MOTIVACIÓN

En primer lugar, la providencia refleja sus efectos en las partes y por esta razón es indispensable explicar a esas partes por qué se falla acogiendo o rechazando sus pretensiones o declarando la responsabilidad o inocencia, para que ellas, dentro del mismo proceso, provoquen el control interno a través de los recursos, que son herramientas que les otorga el ordenamiento legal para atacar la providencia con la cual no están de acuerdo.

Pero la providencia también tiene un efecto reflejo en toda la sociedad. La providencia define lo que es la sociedad misma en el presente y cómo se vislumbra para el futuro. En palabras del profesor español Perfecto Andrés Ibáñez, la providencia irradia sus consecuencias frente a un *haz de sujetos*, que es el efecto auditorio del que habla Perelman o la *enseñabilidad general* a la que alude Robert Alexy. Es como si el juez, al decidir, al dictar o emitir una providencia, entregara un ejemplar a todos y cada uno de los miembros de la sociedad, para exponer ante todos los motivos de su fallo y esperar la aceptación general y, de esa manera, legitimar su decisión.

La providencia debe tener o reunir algunas características adicionales que, aunque esencialmente formales, no por eso son menos importantes: debe ser comprensible, como dice Edgardo Villamil Portilla, en una obra para la escuela judicial sobre la estructura de la sentencia, es decir, “redactada en un lenguaje tan elemental y sencillo, en una prosa tan ligera y huérfana de rebuscamientos, que pueda ser entendida incluso por los periodistas”.

La sentencia debe ser coherente en la exposición y la parte resolutive concordante con la motivación; debe conservar una línea argumentativa hilada en el tiempo, respetando el curso normal de los acontecimientos; debe ser concreta, porque los jueces no están llamados a resolver por vía general; no debe contener *temas parásitos*, adornos, humor o ironía. Y, finalmente, la sentencia debe contestar los argumentos de las partes, evitando las frases de estilo que se limitan a rechazar argumentos no compartidos.

CONCLUSIÓN

En el proceso colombiano hay disposiciones legales y lineamientos jurisprudenciales que invitan a utilizar el proceso como un método de conocimiento de la verdad, público, no secreto, que equilibre la eficacia con la calidad de la decisión, la solución de controversias con la correcta motivación y la rapidez y oportunidad del proceso con la justicia en la decisión, propósitos que sólo se alcanzan cuando se logran seleccionar y aplicar las normas legales pertinentes a una correcta reconstrucción de la realidad de los hechos.

EL MANEJO JUDICIAL
DE LA PRUEBA INDICIARIA

OBSERVACIONES SOBRE LA PRUEBA POR INDICIOS

Michele TARUFFO*

DEFINICIÓN

Los libros sobre pruebas usualmente dedican un espacio muy limitado y casi residual a la prueba por indicios, como si se tratara de un elemento probatorio secundario y de uso poco frecuente. Por ello, a menudo, los indicios reciben una atención apresurada y superficial.

Sin embargo, al estudiar específicamente qué es y qué estructura tiene la prueba por indicios, se encuentra con facilidad que a ella se recurre muy a menudo, tanto en el proceso civil como en el proceso penal, y en no pocas ocasiones cumple un rol central en la demostración probatoria de los hechos relevantes para la decisión.

Para el efecto, antes que nada es necesario hacer una precisión de carácter lingüístico. En algunos sistemas procesales europeos, la palabra “indicio” es un término de uso típicamente penal, mientras que el proceso civil se vale del fenómeno equivalente de las presunciones simples (*présomptions de l'homme, praesumptiones hominis, presunciones judiciales*¹). Sin embargo, no es casualidad que las reglas sobre el uso de los indicios y de las presunciones simples sean sustancialmente las mismas, tal como lo demuestran en el ordenamiento italiano, los artículos 192 num. 2 del Código de Procedimiento Penal² y 2729 del Código Civil³. Esta diferencia terminológica no existe en otros sistemas procesales: en Alemania, por ejemplo, también se habla de *Indizienbeweis*, en el proceso civil⁴, y en algunos países de lengua española se habla de *indicios* en el proceso civil⁵. Del mismo modo, la *circumstantial evidence* de los sistemas de *common law* se aplica tanto al

* Traducción de Nicolás Pájaro Moreno.

¹ Ver, por ejemplo, el artículo 2727 del Código Civil Italiano, el artículo 1353 del Código Civil francés y el artículo 386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española (LEC).

² “Artículo 192 [...] 2. La existencia de un hecho no puede deducirse de indicios, a menos que estos sean graves, precisos y concordantes” (N. del T.).

³ “Artículo 2729. *Presunciones simples*. Las presunciones que no hayan sido establecidas por la ley quedan a la prudencia del juez, quien no debe admitir sino presunciones graves, precisas y concordantes.

No se admiten presunciones en aquellos casos en que la ley excluye la prueba por testigos” (N. del T.).

⁴ Esta prueba no se prevé de manera expresa por la *Zivilprozessordnung*, pero ordinariamente se admite como aplicación del § 286, que prevé la libre valoración de las pruebas por parte del juez.

⁵ Confrontar con, por ejemplo, el artículo 276 del Código Procesal Civil peruano y el artículo 248 del Código de Procedimiento Civil colombiano.

proceso civil como al proceso penal, al igual que todo el resto de la *law of evidence*, y usualmente se admite con base en el criterio general de la relevancia de la prueba. Los estudiosos del derecho común ya eran conscientes de la unidad sustancial de este fenómeno, y escribieron libros enteros *de indiciis et praesumptionibus* (indicios y presunciones) en un intento por analizar y racionalizar una materia tan amplia como variable y escurridiza.

Desde esta perspectiva, se puede formular una definición general de *indicio* como *cualquier cosa o circunstancia de la que se puedan extraer inferencias y formular conclusiones sobre la verdad o falsedad de un enunciado que se refiere a un hecho relevante para la decisión*. Algunos aspectos de esta definición serán aclarados en las páginas que siguen. Por el momento, vale la pena resaltar que comprende un espectro muy amplio de situaciones probatorias, que, además de las presunciones simples, incluye todas las pruebas que se clasifican como *indirectas*, porque se refieren a hechos en los que se basa un razonamiento para probar otros hechos⁶; o que también se denominan *pruebas por inducción*⁷, cuando se quiere resaltar que su estructura argumentativa se basa en inferencias, en las que, a partir de una premisa construida con base en lo que se asume como indicio —o como fuente de presunción simple, o como “materia de prueba”⁸—, se llega a consecuencias sobre un *factum probandum*.

LA SELECCIÓN DEL INDICIO

El “hecho” objeto de controversia no llega al proceso en su materialidad empírica, ya que, por lo general, este ha ocurrido en una etapa previa y extraña al proceso. El hecho llega al proceso a través de descripciones, es decir, de versiones que lo narran⁹. Estas versiones provienen de distintos autores: las partes, cuando son interrogadas por el juez, sus apoderados en los actos procesales, los testigos, los peritos e incluso el mismo juez cuando profiere una decisión final. Cada uno de estos sujetos expone “su propia” versión de un mismo hecho o de hechos distintos, que considera relevante para la toma de una decisión: se obtiene como resultado un conjunto de descripciones, variado e incoherente, de lo que debería formar el “supuesto de hecho concreto” del caso.

⁶ En el mismo sentido, sobre la noción de prueba indirecta, cf. Taruffo. *La prova dei fatti giuridici. Nozioni generali*. Milano, Giuffrè, 1992, pp. 426 y ss., 453 y ss.

⁷ Sobre las pruebas por inducción, cf. Comoglio. *Le prove civili*, 2ª ed. Torino, 2004, p. 467.

⁸ Sobre la noción de “materia de prueba” confrontar el artículo n.º 116 CPC italiano. Cf. Carpi-Taruffo. *Commentario breve al codice di procedura civile*, 4ª ed. Padua, Cedam, 2009, pp. 436 y ss.

⁹ Sobre las características de las versiones sobre los hechos en el contexto del proceso, cf. Taruffo. *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*. Bari, Laterza, 2009, pp. 43 y ss.; Di Donato. *La costruzione giudiziaria del fatto. Il ruolo della narrazione nel “processo”*. Milano, Franco Angeli, 2008, pp. 107 y ss.

Además, al proceso llegan cosas e información de distinta naturaleza y origen: objetos (como un arma o una muestra de mercancía), documentos (típicos y atípicos, privados y públicos), dictámenes periciales, actas de policía o de investigaciones administrativas, pruebas científicas (como la del ADN), registros visuales y sonoros, documentos informáticos, noticias e informaciones extraídas de internet, entre otras.

Estas precisiones pueden parecer obvias pero son importantes, puesto que el indicio no es algo que pueda determinarse *a priori*, ni tampoco puede recibir el nombre de *indicio* antes de que haya llegado al proceso. Por el contrario, la circunstancia o cosa que puede constituir un indicio se halla —se podría decir “se escoge”— en todo el conjunto de información y versiones que converge en el proceso. En este contexto, el principal problema consistirá en identificar cuáles serán aquellos elementos que, dentro de todo ese conjunto, probarán los hechos relevantes para la decisión. Además de las pruebas “típicas”, como los testimonios, es necesario identificar si existen indicios y cuáles son, es decir, se debe determinar todo aquello que pueda servir de premisa para inferir hechos relevantes para el litigio.

A este respecto puede resultar útil observar en qué se distingue la selección de indicios por parte del apoderado de la que realiza el juez. El apoderado construye su propia versión de los hechos, que luego presenta al juez para demostrar que la situación jurídica que atribuye a su cliente es fundada. Para ello, el abogado liga una serie de “hechos principales” en los que se basa la existencia del derecho, cuyo reconocimiento pide en el juicio. Además, el abogado puede señalar “hechos secundarios” a partir de los cuales pueda inferirse la veracidad de los enunciados que describen los hechos principales¹⁰.

Desde esta perspectiva, se puede decir que el abogado expone una versión —compuesta por una secuencia ordenada de enunciados—, que comprende una serie de hechos debidamente probados, que son necesarios para fundamentar las pretensiones de la demanda, así como otros hechos “lógicamente relevantes”, que pueden servir para corroborar probatoriamente los hechos alegados como “jurídicamente relevantes”. Se debe resaltar que, en estricto rigor, esta versión de los hechos ha sido *creada* por su autor y no se trata de algo preexistente ni preconstituido; y en particular que dicha versión es el resultado de la selección que hace el abogado de los hechos lógicamente relevantes, es

¹⁰ Sobre la distinción entre hechos principales y hechos secundarios, y sus definiciones respectivas, cf. Taruffo (*La prova*, ob. cit., pp. 97 y ss.).

decir, de una escogencia de indicios. A partir de un conjunto amorfo y desordenado de elementos —a menudo incompletos y contradictorios— que el cliente le ha suministrado o que el abogado ha adquirido, se da origen a una “historia”, compuesta por una variedad indeterminada y teóricamente infinita de circunstancias que pueden estar relacionadas con el objeto de la controversia, aunque no necesariamente lo están. El abogado escoge los elementos que necesita de este conjunto para crear una “buena” narración de los hechos¹¹. En primer lugar, debe reconocer qué hechos jurídicamente relevantes se deben demostrar para poder cumplir con el supuesto de hecho de la norma que busca que se aplique como “regla del caso”; posteriormente, debe establecer cuáles son las circunstancias que, por ser lógicamente relevantes, pueden tomar el nombre de indicios¹².

Naturalmente, la versión del abogado tiene carácter *hipotético*: se presenta como si fuera verdadera, pero bien puede ser cierta o falsa, en todo o en parte, según lo decida el juez con base en las pruebas. Igualmente, tendrán carácter hipotético las versiones que propongan los apoderados de las demás partes.

Al finalizar el proceso, el juez formulará su propia reconstrucción de los hechos. Esta puede coincidir total o parcialmente con una de las versiones de las partes o puede ser una versión creada por el juez de manera autónoma. En todo caso, la “versión del juez” se distinguirá de las demás versiones presentadas a lo largo del proceso en que —a diferencia de estas— la del juez no tiene un carácter hipotético. La versión del juez es “verdadera”, porque se formuló con base en las pruebas efectivamente practicadas en el proceso, por tanto, las consideraciones fácticas contenidas en dicha versión no vacilan entre ser verdaderas o falsas, pues son hechos que han sido adecuadamente corroborados mediante pruebas¹³.

Al construir su versión de los hechos, el juez también escoge los indicios extra-yéndolos —por así decirlo— del conjunto de pruebas que fue allegado al proceso por iniciativa de las partes o del mismo juez. La decisión que se profiera sobre los hechos principales del litigio se puede derivar tanto de pruebas directas, como de pruebas de carácter presuntivo o indiciario.

¹¹ Sobre la “bondad” de la prueba, cf. Taruffo (*La semplice verità*, ob. cit., pp. 67 y ss.).

¹² Sobre la relación entre la versión del cliente y la del abogado, cf. Di Donato (ob. cit., pp. 119 y ss., 151 y ss.).

¹³ Sobre las características de la versión llevada a cabo por el juez véase Taruffo (*La semplice verità*, ob. cit., pp. 51 y ss., 71 y ss.); Di Donato (ob. cit., pp. 183 y ss.). Sobre la verdad de los hechos, como característica de los enunciados corroborados por las pruebas, cf. Ferrer Beltrán. *Prueba y verdad en el derecho*. Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2002.

Más allá de las diferencias señaladas entre las versiones de las partes y la del juez, ambas versiones comparten el problema de la *selección* de los indicios. Como ya se dijo, abogados y juez disponen de una serie de información, datos, cosas o documentos que se refieren a una variedad desordenada e indefinida de circunstancias. Algunas de estas carecen de significado frente a los hechos en que se basa el litigio y, por tanto, son superfluas desde el punto de vista probatorio. En cambio, otras son útiles porque ofrecen elementos que corroboran si los hechos que fueron enunciados en el litigio son verdaderos o falsos. El criterio que permite distinguir las circunstancias superfluas de las útiles y, por tanto, seleccionar los indicios, es el de su *relevancia lógica*. Si una circunstancia es lógicamente relevante constituirá un indicio; si no lo es, carecerá de sentido. En rigor, un indicio irrelevante no es un indicio.

La relevancia probatoria de un indicio depende de si con base en él se puede plantear una conclusión sobre un *factum probandum*¹⁴. En otras palabras, el indicio debe servir como premisa para una posible inferencia que permita formular una hipótesis concluyente, que no se derive de manera obvia de la premisa, o se puede hablar —homenajando a Peirce— de *abducción*, como aquel tipo de inferencia que se funda sobre un indicio para formular una hipótesis relativa a un hecho que debe ser corroborado¹⁵. Básicamente, si la inferencia abductiva es exitosa, se puede decir que se ha hallado un indicio. Si una circunstancia no lleva a abducir nada sobre un hecho del litigio, ella es lógicamente irrelevante y, por tanto, no puede ser calificada como indicio.

Desde este punto de vista, se observa que el indicio desarrolla una doble función: una *heurística* y otra propiamente probatoria, o *justificativa*. La primera de las dos se da cuando el abogado o el juez utilizan el indicio a fin de *descubrir* —es decir, de formular— una hipótesis sobre un hecho —y como es obvio, esta hipótesis podrá luego ser confirmada o desvirtuada por las pruebas—. La segunda función usualmente se da cuando el juez plantea su propia versión al momento de proferir la decisión final, por cuanto allí el juez se refiere a las inferencias derivadas de los indicios para basar en ellas una conclusión acerca de un *factum probandum*.

¹⁴ En general sobre el criterio de la relevancia lógica véase Taruffo (*La semplice verità*, ob. cit., pp.140 y ss.).

¹⁵ Frente al particular, cf. Tuzet. *Le prima inferenza. L'abduzione di C. S. Peirce fra scienza e diritto*. Torino, Giapichelli, 2006, pp. 66 y ss., 171 y ss., 258 y ss.

LA PRUEBA DEL INDICIO

Para que se pueda utilizar como premisa de una inferencia probatoria, el indicio debe ser corroborado. Así lo expresa, por ejemplo, el artículo 2727 del Código Civil italiano, al disponer que la presunción se funda sobre un hecho “conocido”.

En muchos casos este conocimiento no plantea ningún problema particular. En efecto, el indicio se “conoce” cuando el juez ha percibido la cosa o la circunstancia directamente, o cuando la circunstancia que se asume como indicio ha sido objeto de otra prueba, como ocurre, por ejemplo, cuando ella es objeto de un testimonio, se deriva de un dictamen pericial, de un experimento —como en el caso de la prueba del ADN— o de un documento.

Mucho más problemático es el caso en el que el conocimiento del indicio se deriva de otra prueba de naturaleza indiciaria o presunta. Existe una opinión muy difundida e históricamente consolidada al respecto, según la cual *praesumptum de praesumpto non admittitur*: en otros términos, no se admite que el conocimiento de un indicio se derive de otro indicio o que una presunción simple se base en un “hecho conocido”, a cuyo conocimiento se haya llegado por medio de otra presunción¹⁶. Es probable que esta regla haya sido formulada con la intención de evitar que el juicio final sobre el *factum probandum* se base en una cadena de inferencias que no ofrezca un fundamento probatorio adecuado para la decisión. Si bien en términos generales esta preocupación puede sonar razonable, el tema merece ser estudiado con mayor profundidad.

En primer lugar, es necesario estudiar el caso en el cual el conocimiento en que se basa el indicio proviene de un conjunto de indicios —o de presunciones— “graves, precisos y concordantes”. En este caso, como prevén las normas citadas que recurren a esta fórmula, y tal como se estudiará más adelante, los indicios, al igual que las presunciones, son suficientes e idóneos para demostrar el *factum probandum*. Si lo anterior es válido cuando se trata de demostrar un hecho principal del litigio, no sería razonable descartar el mismo efecto cuando lo que se busca probar es otro indicio o una presunción simple.

Es menos intuitiva la solución cuando un indicio ha llegado a conocerse exclusivamente con base en otro indicio; pero, incluso en este caso, existen argumentos de peso para no aplicar la regla que prohíbe utilizar *indicios basados en indicios* o

¹⁶ Sobre este punto, cf. Scalomogna. “L’efficacia probatoria degli argomenti di prova”. En: *Rin. dir. proc.*, 2009, pp. 1165 y ss.; Comoglio (ob. cit., p. 490).

presunciones de segundo grado. Esta regla parte del supuesto según el cual, cuando hay dos inferencias conectadas —y ninguna de ellas es suficiente para llevar a una conclusión cierta¹⁷—, la segunda inferencia tendría un valor probatorio menor por el simple hecho de que su premisa depende de la primera inferencia, de la cual es conclusión. La concatenación de varias inferencias tendría por definición un valor demasiado bajo, y en todo caso, inferior al valor que tendría cada una de las inferencias por separado, de manera que, en la práctica, la última inferencia de la cadena siempre carecería de eficacia probatoria¹⁸. Si en ello consiste la regla en estudio, es preciso anotar que ella se basa en una doble falacia.

Si bien es cierto —por decirlo así— que la fuerza de una cadena no puede ser mayor a la fuerza de su eslabón más débil, de allí no se puede concluir que por definición la fuerza total de la cadena siempre será inferior a la de cada uno de sus eslabones. Piénsese en una concatenación *lineal* de inferencias, en la cual cada una de ellas justifica plenamente la conclusión que se deriva de ella —que servirá de premisa para la siguiente inferencia—: la última inferencia no va a dejar de estar justificada por ello. Si cada inferencia justifica su conclusión y, por tanto, cada una de las inferencias que se siguen parte de una premisa justificada, la concatenación de inferencias justificará plenamente la conclusión final.

Por otro lado, la multiplicación de los índices de probabilidad de todas las inferencias con base en el principio de la transitividad, en virtud de la cual la probabilidad final siempre será inferior a la de cada uno de los valores calculados, sólo se puede aplicar cuando se quiere establecer la probabilidad de que dos circunstancias —de las cuales cada una tiene “su propia” probabilidad— hayan ocurrido simultáneamente, en el mismo momento y en el mismo lugar¹⁹. En cambio, este cálculo no tiene cabida cuando lo que se estudia es una secuencia lineal de inferencias, en que cada una de ellas justifica la premisa de la inferencia siguiente, como el caso bajo análisis. Aquí el grado de justificación de cada inferencia es independiente al de las demás y, por tanto, la justificación de la última inferencia no depende de la justificación de las inferencias anteriores.

Volviendo al caso de un indicio que se apoya en otro indicio o de una presunción basada en otra presunción, si el primer indicio es cierto, porque, por ejemplo, se deriva de la documentación de un hotel, y establece una conclusión

¹⁷ Sobre este punto véase el apartado “La inferencia indiciaria” de este artículo.

¹⁸ La doctrina norteamericana de la denominada *cascaded evidence* se basa en un razonamiento de este tipo; al respecto, Taruffo (*La prova*, ob. cit., pp. 248 y ss.).

¹⁹ Sobre el punto, cf. Cohen. *The Probable and the Provable*. Oxford, Oxford University Press, 1977, pp. 68 y ss.

probable —que yo me encontraba en París en la noche del 18 de junio de 2009 a las tres am—, esta será una premisa indiciaria válida para establecer, a través de una inferencia posterior, que esa noche a esa hora yo no podía haber estado en Milán, puesto que usualmente nadie puede estar en dos lugares distintos y lejanos al mismo tiempo, con una sola excepción conocida; pero si es posible establecer mediante indicios que esa noche a esa hora yo no me encontraba en Milán, se justifica la inferencia final según la cual no cometí el homicidio que me imputan, que ocurrió en Milán esa noche a esa hora. La justificación de esta última inferencia indiciaria no se debilitó de ninguna manera, ni se hizo insuficiente por el solo hecho de ser el último eslabón de una cadena de inferencias.

LA INFERENCIA INDICIARIA

Tal como se dijo, se considera que existe un indicio cuando este sirve de premisa para una inferencia que lleva a una conclusión acerca de la verdad o falsedad de un enunciado que describe otro hecho, sin que importe si este segundo hecho es principal o secundario.

Para entender la naturaleza de esta inferencia es útil remitirse al esquema propuesto en su momento por Stephen Toulmin²⁰, retomado recientemente por Susan Haack²¹ y aplicado al razonamiento probatorio por Daniel González Lagier²². De acuerdo con este esquema, I —es decir el indicio— confirma la hipótesis sobre el hecho H, en función del criterio de inferencia (CI) que permite formular una conexión entre I y H. El aspecto fundamental de este esquema es evidentemente el CI, es decir, el criterio o la regla que permite formularla, y es obvio que no sería posible ninguna inferencia si falta un criterio que permita afirmar que “si I, entonces H”.

Este problema es bastante complejo porque los criterios de inferencia no son datos *a priori*, son muy distintos y pueden necesitar, a su turno, de una justificación²³. Por otro lado, lo que podríamos denominar como la “fuerza” de la inferencia, es decir, el grado de predictibilidad de la conclusión que se extrae de ella, depende directamente de la naturaleza y del contenido del criterio que se emplee. La fuerza de la inferencia equivale, además, a la “gravedad” del indicio —o de la presunción

²⁰ Cf. Toulmin. *The Uses of Argument*, upd. ed. Cambridge, Cambridge University Press, 2007, pp. 91 y ss.

²¹ Cf. Haack. *Defending Science - within reason. Between Scientism and Cynicism*. Nueva York, Amherst, 2007, pp. 60 y ss.; Haack. *Evidence and Inquiry. A pragmatist reconstruction of epistemology*, 2ª ed. Nueva York, Amherst, 2009, pp. 117 y ss.

²² Cf. González Lagier. *Quaestio facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*. Lima-Bogotá, 2005, pp. 55 y ss., y en el mismo sentido Taruffo (*La semplice verità*, ob. cit., pp. 207 y ss.).

²³ Cf. Taruffo (*La semplice verità*, ob. cit., pp. 209 y ss.).

simple—, pues determina y define el valor probatorio de la circunstancia que sirve de premisa a la inferencia indiciaria: un indicio —o una presunción— será más o menos “grave” dependiendo de si la inferencia que se basa en él se refiere a criterios más o menos idóneos para confirmar la conclusión a la que llega.

Si el criterio de la inferencia se construye a partir de una ley natural de carácter general —de manera tal que “todas las veces que I, entonces también H”—, la inferencia tiene una estructura deductiva y se puede considerar que la conclusión sobre H fue establecida con certeza, es decir, con el máximo grado posible de previsibilidad. A esta hipótesis límite se pueden asimilar los casos en los cuales el criterio disponible se acerca mucho a la generalidad —como la identificación establecida con una prueba de ADN, que tiene una probabilidad de aproximadamente el 99%—, ya que en este caso la conclusión se puede considerar como *prácticamente* cierta y puede prescindirse del margen de error.

Sin embargo, es mucho más frecuente que se formule una inferencia con base en generalizaciones supuestamente fundadas en la experiencia de acontecimientos similares a aquel que es objeto de decisión, pero que no tienen un carácter general, ni siquiera un valor específico de probabilidad estadística²⁴. En esta situación es necesario distinguir —siguiendo a Schauer²⁵— aquellas generalizaciones con un contenido cognoscitivo válido, en las que existen buenas razones para sostener que es verdadero que “usualmente si I entonces H”, sobre la base del *id quod plerumque accidit*; de las generalizaciones *espurias*, que se denominan así porque responden a estereotipos o prejuicios, pero, no se basan en conocimientos efectivos y controlables. Las generalizaciones del primer tipo pueden dar un grado apreciable de previsibilidad a la conclusión de la inferencia, es decir, una *fuerza* o *gravedad* suficiente, pues permiten sostener que, si el caso particular encaja en la *normalidad* de los acontecimientos de ese tipo, será razonable que también en el caso particular “si I entonces H”.

Naturalmente, la razonabilidad de esta conclusión supone un grado de tolerancia al margen de error que supone una generalización de este tipo, que no tiene el carácter de generalidad ni de cuasigeneralidad y, asimismo, supone que se pueda prescindir de la hipótesis del Cisne Negro, es decir, de la posibilidad de

²⁴ Sobre estas generalizaciones y sobre los criterios a los que se acaba de hacer referencia en el texto, cf. Taruffo. “Considerazioni sulle massime d’esperienza”. En: *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, pp. 551 y ss. Taruffo (*La semplice verità*, ob. cit., p. 211), también para más numerosas referencias.

²⁵ Cf. Schauer. *Di ogni erba un fascio. Generalizzazioni, profili, stereotipi nel mondo della giustizia* (tr.it.). Boloña, 2008, pp. 25 y ss.

que ocurra un hecho imprevisible e improbable²⁶. Sin embargo, con frecuencia, ocurre que algunas selecciones importantes se basan en inferencias que se refieren a criterios fundados sobre lo que se opina que es normal o bastante frecuente, aunque, en estos casos, el riesgo de formular conclusiones erradas pueda ser elevado o ni siquiera pueda ser determinado con precisión. Viceversa, no se puede fundar ninguna inferencia que pretenda tener valor cognoscitivo con base en generalizaciones *espurias*, y las conclusiones a las que estas conducen son inevitablemente falsas.

En muchos casos, esta distinción, que es básica para la posibilidad misma de utilizar el indicio como premisa de la inferencia probatoria, puede no ser clara. La cultura general y las reglas de la experiencia contienen muchas generalizaciones espurias y, como consecuencia de ello, es frecuente el riesgo de llegar a conclusiones cuyo conocimiento se ha basado en unos supuestos indicios que en realidad no tienen ningún valor probatorio. Ello implica que en los numerosos casos en que no haya un consenso claro y generalizado sobre el criterio con base en el cual se debe interpretar el indicio, se debe justificar la adopción de este criterio a través de otros criterios que ofrezcan un fundamento cognoscitivo²⁷. En este caso, la inferencia probatoria se debe poder articular en una serie bastante compleja de argumentaciones para justificar el criterio que sirve para que a partir de I se pueda formular la hipótesis sobre H. Es claro que si el criterio en cuestión consiste en una generalización espuria propiamente dicha, que como tal carece de todo valor cognoscitivo, es imposible justificar su adopción, a menos que se recurra a otras generalizaciones espurias, en este caso, la inferencia no puede ser formulada válidamente y el pretendido indicio no es, en realidad, un indicio.

EL VALOR PROBATORIO DEL INDICIO

Al pensar en la prueba por indicios o por presunciones, inmediatamente viene a la mente la regla de la *concordancia* entre una pluralidad de indicios o presunciones enunciada en distintas normas, como, por ejemplo, el artículo 2729 del Código Civil italiano y el artículo 192.2 del Código de Procedimiento Penal italiano²⁸. Esta regla demuestra la prudencia, o desconfianza, del legislador

²⁶ La hipótesis del Cisne Negro se analiza en Taleb. *The Black Swann. The Impact of the Highly Improbable*. Nueva York, Penguin, 2007.

²⁷ Sobre este aspecto de la inferencia probatoria véase con mayor amplitud González Lagier (ob. cit., pp. 55 y ss.).

²⁸ Es literalmente idéntica la fórmula usada por el artículo 1353 del Código Civil francés. En igual sentido, el artículo 250 del Código de Procedimiento Civil colombiano prevé que el juez debe valorar los indicios “en conjunto” teniendo en cuenta su “gravedad, concordancia y conver-

frente al empleo de la prueba por indicios o por presunciones. Sin embargo, el significado efectivo de esta regla requiere algunas precisiones.

Antes que nada, se puede observar que ella contiene una *posibilidad* pero no impone una *necesidad*. Ella responde al brocardo —de gran importancia histórica²⁹—, según el cual *quae singula non probant coniuncta probant*, y prevé, precisamente, la idoneidad de que un conjunto de indicios o presunciones puedan suministrar la prueba de un hecho cuando todos convergen hacia la misma conclusión, incluso, cuando ninguno de los indicios, considerados de manera aislada, hubiera sido suficiente para comprobar el hecho de manera justificada. La regla prevé entonces la *posibilidad* de que indicios o presunciones concordantes constituyan una prueba suficiente³⁰, incluso en aquellos casos en que cada uno de ellos, valorado individualmente, no habría sido eficaz para ello.

Es claro que la regla en estudio no impone una necesidad, si se tiene en cuenta que no siempre que se cuente con una prueba indiciaria o presuntiva se exige que haya varios indicios o presunciones, ni que todos ellos tengan un mismo sentido. En efecto, puede suceder que se cuente con un único indicio, pero que este sea lo suficientemente *grave* y *preciso* como para justificar *por sí solo* la conclusión que de él se sigue, sobre la base de una inferencia fundada en un criterio adecuado³¹. Si, para volver al ejemplo expuesto, se prueba un indicio, consistente en mi presencia en París a una cierta hora de una cierta noche, no se necesita de otros indicios graves y precisos para establecer que yo no me encontraba en Milán aquella noche a esa hora. Si una prueba de ADN establece con altísimo grado de probabilidad la paternidad natural de Ticio, no se necesita de ningún otro indicio ni de otras pruebas para excluir la paternidad natural de Cayo. Obviamente, eso no significa que un solo indicio sea siempre suficiente para suministrar la

gencia”, mientras que el artículo 276 del Código peruano dispone que el juez debe valorar los indicios “en conjunto”, pero le exige que ellos conduzcan al juez a una certeza sobre un hecho que se ignora.

²⁹ Para un interesantes análisis histórico, cf. Rosoni. *Quae singula non prosunt collecta inunt. La teoria della prova indiziaria nell'età medievale e moderna*. Milano, Giuffrè, 1995.

³⁰ Se puede observar que normas, como el artículo 2729 del Código Civil italiano, que disponen que la prueba se pueda dar por presunciones “graves, precisas y concordantes”, están formuladas de una manera bastante contradictoria. De hecho, como se afirma más adelante en el texto, si una presunción es precisa y suficientemente *grave*, no es necesario que concuerde con otras presunciones. Viceversa, es justamente cuando la presunción no es suficientemente grave para suministrar *ella sola* la prueba del hecho, que se hace necesario concordarla con otras presunciones. El brocardo citado en el texto se refiere, de hecho, a la situación en la cual *singula non probant*. Si *singulum probat*, no hay necesidad de pluralidad ni de concordancia de presunciones.

³¹ Véase sobre el tema del artículo 192.2 del CPP, Conso-Grevi. *Commentario breve al codice di procedura penale*. Padua, Cedam, 2005, pp. 562 y ss., y sobre el artículo 2729 del Código Civil italiano, cf. Cian-Trabucchi. *Commentario breve al codice civile*, 9ª ed. Padua, Cedam, 2008, p. 3313; Taruffo (*La prova*, ob. cit., pp. 448 y ss.).

prueba del hecho. Ello ocurre únicamente cuando el indicio es particularmente *grave*, es decir, cuando se utiliza un criterio que dota de una *fuertza* particular a la inferencia que constituye la premisa del indicio y que permite que la conclusión que de allí se deriva tenga un grado de predictibilidad adecuado.

Por otro lado, si hay varios indicios, en realidad no es necesario que *todos* lleven a la misma conclusión. La concordancia es necesaria, como ya se dijo, si ninguno de los indicios es “en sí mismo” idóneo para justificar la conclusión. Si, en cambio, entre los varios indicios existe al menos uno —o algunos concordantes— que justifique adecuadamente una conclusión, se puede considerar que es irrelevante la existencia de otros indicios que no concuerden con aquellos, pero que no sean suficientes para fundar una conclusión distinta. También, en esta situación es decisivo el criterio que se utiliza para formular la inferencia con base en el indicio: si esta inferencia es suficientemente “fuerte”, la existencia de otros indicios “débiles” no concordantes no impide que el hecho se considere probado con base en aquel.

Una conclusión de este tipo se puede aceptar siempre y cuando sea compatible con el estándar probatorio que se adopta en cada tipo de proceso. Así ocurre en el proceso civil, en el cual —a falta de otros criterios establecidos por la ley— se adopta normalmente el estándar de la “probabilidad prevalente” —o del “es más probable que no”—. De acuerdo con este estándar, la decisión se debe inclinar por aquella versión de los hechos que esté respaldada por un grado de corroboración probatoria mayor, con respecto al que le corresponde a las otras versiones³². Asimismo, este estándar parte del supuesto de que existen indicios o presunciones que puedan llevar a otro tipo de conclusiones, distintas de la que acoge el juez por estar respaldada en un mayor grado de confirmación probatoria. Al tener un grado inferior de probabilidad lógica, estos indicios o presunciones no son idóneos para fundamentar una decisión sobre los hechos.

Sin embargo, la situación es distinta cuando en el proceso penal se adopta el estándar de la “prueba más allá de toda duda razonable”, como sucede en el ordenamiento italiano luego de una reforma reciente al artículo 533 del Código de Procedimiento Penal. Además de las dudas de todo tipo que se generan sobre el significado y la aplicabilidad de este estándar³³, se puede pensar que, junto a los indicios que soportarían una decisión de condena del imputado, existen otros

³² Al respecto, cf. Taruffo (*La semplice verità*, ob. cit., pp. 222 y ss.); Taruffo (*La prova*, ob. cit., pp. 272 y ss.).

³³ Cf. Laudan. *Truth, Error and Criminal Law. An Essay in Legal Epistemology*. Cambridge, Cambridge University Press, 2006, pp. 29 y ss.

que —así tengan un grado inferior de gravedad— harían plausible y verosímil una versión distinta de los hechos y que llevarían a una “duda razonable” que impedirían el pronunciamiento de una sentencia condenatoria.

BIBLIOGRAFÍA

- Carpi, Federico y Michele Taruffo. *Commentario breve al codice di procedura civile*, 6ª ed. Padua, Cedam, 2009.
- Cian, Giorgio y Alberto Trabucchi. *Commentario breve al codice civile*, 9ª ed. Padua, Cedam, 2008.
- Cohen, Jonathan. *The Probable and the Provable*. Oxford, Oxford University Press, 1977.
- Comoglio, Luigi Paolo. *Le prove civili*, 2ª ed. Torino, 2004.
- Conso, Giovanni y Vittorio Grevi. *Commentario breve al codice di procedura penale*. Padua, Cedam, 2005.
- Di Donato, Flora. *La costruzione giudiziaria del fatto. Il ruolo della narrazione nel “processo”*. Milano, Franco Angeli, 2008.
- Ferrer Beltrán, Jordi. *Prueba y verdad en el derecho*. Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2002.
- González Lagier, Daniel. *Quaestio facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*. Lima-Bogotá, 2005.
- Haack, Susan. *Defending Science – within reason. Between Scientism and Cynicism*. Nueva York, Amherst, 2007.
- . *Evidence and Inquiry. A pragmatist reconstruction of epistemology*, 2ª ed. Nueva York, Amherst, 2009.
- Laudan, Larry. *Truth, Error and Criminal Law. An Essay in Legal Epistemology*. Cambridge, Cambridge University Press, 2006.
- Rosoni, Isabella. *Quae singula non prosunt collecta iuvant. La teoria della prova indiziaria nell’età medievale e moderna*. Milano, Giuffrè, 1995.
- Scalamogna, Margherita. “L’efficacia probatoria degli argomenti di prova”. En: *Riv. dir. proc.*, 2009, pp. 1165 y ss.

- Schauer, Frederick. *Di ogni erba un fascio. Generalizzazioni, profili, stereotipi nel mondo della giustizia* (tr.it.). Boloña, 2008.
- Taleb, Nassim. *The Black Swann. The Impact of the Highly Improbable*. Nueva York, Penguin, 2007.
- Taruffo, Michele. *La prova dei fatti giuridici. Nozioni generali*. Milano, Giuffrè, 1992.
- _____. *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*. Bari, Laterza, 2009.
- _____. “Considerazioni sulle massime d’esperienza”. En: *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, pp. 551 y ss.
- Toulmin, Stephen. *The Uses of Argument*, upd. ed. Cambridge, Cambridge University Press, 2007.
- Tuzet, Giovanni. *Le prima inferenza. L’abduzione di C. S. Peirce fra scienza e diritto*. Torino, Giapichelli, 2006.

RAZONAMIENTO JUDICIAL
FUNDADO EN EL PRECEDENTE

PRECEDENTE Y JURISPRUDENCIA

Michele TARUFFO*

INTRODUCCIÓN

Antes de comenzar, es necesario resaltar la gran importancia que reviste el uso del precedente y de la jurisprudencia en la actualidad del derecho de todos los ordenamientos modernos. Investigaciones desarrolladas en varios sistemas jurídicos¹ han demostrado que desde hace tiempo la referencia al precedente ya no es una característica exclusiva de los ordenamientos del *common law*, sino que se encuentra presente en casi todos los sistemas, incluso del *civil law*. Por tanto, el criterio tradicional de distinción, según el cual los primeros se basarían en el precedente y los segundos en la ley escrita, ya no tiene —admitiendo que en verdad lo haya tenido en el pasado— ningún valor descriptivo. Por un lado, de hecho, en los sistemas del *civil law* existe un amplio uso de las referencias a la jurisprudencia, mientras que en los del *common law*, por su parte, existe un uso extendido de la ley escrita y áreas enteras de estos ordenamientos —desde el derecho comercial hasta el derecho procesal— están en realidad “codificadas”.

Además de la expansión del fenómeno que estamos estudiando en todos los ordenamientos modernos, su importancia se evidencia particularmente en dos perfiles: en el perfil *teórico* y en el perfil *práctico*.

El perfil *teórico* hace referencia al hecho que el precedente se utilice de manera peculiar en la estructura de la argumentación jurídica, en la interpretación de las reglas de derecho y en su justificación, tanto en sede doctrinal como en la interpretación judicial del derecho. Sin abordar aquí el problema de si la jurisprudencia es o no fuente de derecho, lo cierto es que ella se ha convertido en un factor esencial y decisivo en la interpretación y en la aplicación del derecho. Este factor condiciona la estructura de la argumentación jurídica, que ya no asumirá una estructura silogístico-deductiva, ni una dogmático-sistemática, sino *tópica*, en el sentido explicado por Viehweg en *Topik und Jurisprudenz*². En efecto, los precedentes representan los *tópoi* que orientan la interpretación de la norma en

* Traducción de Nicolás Pájaro Moreno.

¹ Ver los ensayos reunidos en el libro *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, eds. D. N. MacCormick y R. S. Summers, Aldershot-Brookfield USA-Singapore-Sidney 1997 y en 6 *Ragion Pratica*, 1996, pp. 7 y ss.

² Cf. Viehweg, *Topik und Jurisprudenz: ein Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung*. Munich, 5 Aufl., 1974.

la compleja fase dialéctica de la *Rechtsfindung* y que sirven de base para la interpretación que se adopta como válida en el ámbito de la argumentación jurídica, por ejemplo, en la motivación de una sentencia.

Existe un aspecto adicional, tal vez menos evidente, pero no por ello menos relevante, a la luz del cual recurrir al precedente influye sobre la estructura de la argumentación jurídica. Este alude al hecho de que, visto que el precedente siempre consiste en una decisión sobre un caso particular, es necesario “hacer concreto” el significado de la regla jurídica que sirvió de criterio de decisión, para referirlo a la solución de aquel: el precedente no se comprende si la interpretación de la norma que en él se aplicó no se vincula directamente con el supuesto de hecho concreto que se decidió. Por tanto, la correlación entre el precedente y una norma general que se busca interpretar implica, por un lado, que la norma se debe leer con miras a su actual o eventual aplicación a casos concretos. Por otro lado, y este es quizás el perfil más relevante, los efectos prescriptivos o normativos que eventualmente pueda tener el primer caso sobre la decisión del caso posterior, sólo se pueden explicar si de ese precedente específico se puede derivar una regla aplicable también a otros casos, es decir —de acuerdo con MacCormick³—, si la decisión formulada en derecho sobre el caso precedente es *universalizable*.

La importancia *práctica* del fenómeno que estamos considerando no necesita mayores comentarios, pues es conocida por todos: en estos momentos la investigación y el uso del precedente jurisprudencial son herramientas cotidianas del jurista práctico, cuyo uso se ha vuelto agradable —incluso demasiado agradable, entorpeciendo el impacto del análisis crítico— gracias a los medios informáticos y las bases de datos. Por demás, la jurisprudencia comprende el contenido efectivo del denominado *derecho vivo*, el cual, en muchos casos, representa el *único* derecho del que disponemos —por ejemplo, cuando los jueces crean derecho llenando lagunas— o el *verdadero* derecho del que disponemos —cuando los jueces interpretan cláusulas generales o cualquier otro tipo de norma⁴.

PRECEDENTE Y JURISPRUDENCIA

En los primeros apartes del artículo he usado deliberadamente, en aras de la simplicidad, los términos *precedente* y *jurisprudencia* como si fueran sinónimos. Sin

³ Cf. MacCormick. *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford, Oxford University Press, 1978, pp. 82 y ss., 134 y ss., 213 y ss.

⁴ A propósito, cf. Mengoni. “Diritto vivente”. En: *Dig. disc. prin. Sez. cin.*, vol. 4º, 1990, pp. 445 y ss. Ver también el amplio análisis de Pugiotto. *Sindacato di costituzionalità e “diritto vivente”*. Gnesi, uso e implicazioni. Milano, Giuffrè, 1994.

embargo, en realidad, las cosas no son así, aunque se den en este sentido en el lenguaje corriente, en el cual ordinariamente no se distingue el significado de los dos términos; en cambio, sostengo que entre precedente y jurisprudencia hay una neta distinción, de la que intentaré aclarar algunos aspectos.

Ante todo, existe una distinción de carácter, por decirlo así, *cuantitativo*. Cuando se habla de precedente, usualmente, se hace referencia a *una decisión* sobre un caso particular, mientras que cuando se habla de jurisprudencia ordinariamente se comprende *una pluralidad*, a menudo bastante amplia, de decisiones acerca de varios y distintos casos concretos; la diferencia va más allá de lo semántico. El hecho es que en los sistemas que tradicional y ordinariamente se basan en el precedente, usualmente la decisión que se asume como hito es una sola; es más, pocas decisiones subsiguientes son citadas como sustento del precedente. De este modo, es fácil identificar cuál es la decisión que en realidad “hace precedente”. En cambio, en sistemas, como el nuestro, en el que se cita la jurisprudencia, usualmente se hace remisión a muchas decisiones, a veces a docenas, o incluso, centenares, así no todas se citen de manera expresa. Ello implica varias consecuencias, entre las cuales la dificultad, a menudo difícilmente superable, para identificar la decisión verdaderamente relevante, si es que existe, o para establecer cuántas decisiones son necesarias para que se pueda afirmar que hay jurisprudencia sobre una determinada interpretación de la norma.

Por otro lado, como ocurre con cierta frecuencia, la cantidad condiciona la calidad, y ello nos lleva precisamente a encontrar una diferencia *cualitativa* entre precedente y jurisprudencia.

El precedente proporciona una regla —universalizable, como ya se dijo— que puede ser aplicada como criterio de decisión en un caso posterior cuando exista identidad o —como ocurre por regla general— analogía entre *los hechos* del primer caso y *los hechos* del segundo caso. Naturalmente, la analogía entre los dos supuestos de hecho concretos no se da *in re ipsa*, y el juez del caso posterior es quien decide si aplicarla o excluirla, dependiendo de si en su criterio prevalecen los elementos que dan semejanza a los hechos de los dos casos, o los que los diferencian. Por tanto, el juez del caso posterior es el llamado a establecer si existe el precedente o no y, por tanto, él es quien “crea”, por decirlo así, el precedente. Además de esta consideración —sobre la cual regresaré en seguida—, queda claro que la estructura fundamental del razonamiento que lleva a aplicar el precedente en el caso posterior se funda sobre el análisis de *los hechos*. Si al cabo de este análisis se justifica aplicar en el segundo caso la *ratio decidendi*

del primero, el precedente será eficaz y podrá determinar la decisión posterior. Resaltamos que, en estas condiciones, *un solo precedente* es suficiente para fundar la decisión del siguiente caso.

El uso de la jurisprudencia tiene características bastante distintas. En primer lugar, no existe un análisis comparativo de los hechos, por lo menos, en la gran mayoría de los casos. Aquí el problema depende de lo que en realidad “constituye” la jurisprudencia: se trata, como es sabido, sobre todo de máximas elaboradas por la oficina de relatoría adjunta a la Corte de Casación. Estas máximas se caracterizan por ser enunciados, concentrados en una o en pocas frases, que tienen por objeto *reglas jurídicas*. Usualmente, estas reglas tienen un contenido más concreto que el de la norma que interpretan, pero han sido siempre formuladas como *reglas*, es decir, como enunciados generales de contenido preceptivo.

No por casualidad las compilaciones de jurisprudencia parecen codificaciones más detalladas de las que representan los códigos propiamente dichos, pero siempre como una “compilación de normas”. El tema de las máximas, su uso y confiabilidad podría llegar a ser bastante largo⁵. Aquí sólo vale la pena observar que, por cuanto me concierne, una oficina como la de la *Relatoría*⁶ sólo existe en Italia y que los sistemas en los que rige la regla del precedente no conocen nada parecido a nuestras máximas; de hecho, en esos ordenamientos, el precedente está constituido por la sentencia completa y no por extractos más o menos sintéticos extraídos de las consideraciones jurídicas. Por tanto, he aquí una primera diferencia bastante relevante: por regla general, los textos que constituyen nuestra jurisprudencia *no incluyen los hechos* que han sido objeto de decisión, de manera que la aplicación de la regla formulada en una decisión anterior no se funda en la analogía de los hechos, sino en la subsunción del supuesto de hecho posterior en una *regla general*.

Este *modus operandi* está tan profundamente arraigado en nuestras costumbres, que incluso cuando se cuenta con el texto completo de la sentencia y no sólo con la máxima, no se les presta atención a los hechos. En efecto, si el texto es

⁵ Ver, en general, los ensayos compilados en el libro *La giurisprudenza per massime e il valore del precedente*, Padua, 1986, y en especial Sacco, *La massima mentitoria*, IVI, pp. 51 y ss.

⁶ La oficina del “Massimario” es una oficina adjunta a la Corte de Casación italiana, compuesta por jueces con la función de identificar, dentro de las sentencias que profiera la Corte, cuáles son los apartes que contienen los principios de derecho que fundaron la decisión y extraerlos bajo la forma de “máximas”, que serán utilizadas luego para la unificación de criterios. Estos extractos de jurisprudencia se acompañan en muchas ocasiones de una síntesis de los supuestos, de hecho, en los que se basó cada decisión. Para efectos de la presente traducción nos referiremos a la oficina del “Massimario” como “Relatoría”, a pesar de algunas diferencias que existen entre esta oficina y las relatorías de nuestras cortes (N. del T.).

publicado en una revista, usualmente los hechos del caso han sido reemplazados por los *omissis*. Incluso, cuando se dispone del texto íntegro, en las sentencias de la Corte de Casación los hechos son expuestos de una manera muy sintética en el capítulo de antecedentes, o no aparecerán en absoluto. Además, cuando se estudian las sentencias de casación, usualmente, se busca descubrir dónde está y cuál es el *principio de derecho*, la *regula iuris* abstracta que se debe aplicar al caso posterior y no a encontrar el supuesto de hecho concreto que sirvió de base para la decisión. Se puede argumentar a favor de lo anterior que ello responde a la función que institucionalmente se le ha asignado a la Corte de Casación en nuestro sistema como juez de la sola legalidad; sin embargo, no se debe olvidar que la Corte está llamada, con cada vez más frecuencia, a decidir sobre el mérito, es decir, también sobre los hechos de cada caso concreto y, por tanto —por lo menos en estos casos—, se debe ocupar de los hechos, aunque no pueda verificarlos *ex novo*⁷.

Como ya se reseñó, la jurisprudencia consiste en un conjunto de sentencias, o mejor: por un conjunto de subconjuntos o de grupos de sentencias, cada uno de los cuales puede comprender una gran cantidad de decisiones. En este sentido, no se puede dejar de hacer referencia a un fenómeno patológico, que representa uno de los mayores factores de crisis de nuestro sistema jurisdiccional: se trata del número anormal de sentencias que la Corte de Casación profiere cada año y que no es comparable con lo que sucede en la mayor parte de las otras cortes supremas. Este no es el momento de analizar las causas de esta gravísima degeneración, ni tampoco los posibles remedios, sobre los cuales existe una bibliografía amplia⁸. Sin embargo, vale la pena señalar algunos defectos que se siguen de ello.

Por un lado, en este aluvión incontrolado de decisiones sucede que sobre la misma cuestión, o sobre la misma norma, se pronuncian cada año *decenas o centenares* de sentencias, de modo que la jurisprudencia sobre muchos temas asciende a miles de decisiones dentro de un período de referencia de pocos años. La consulta de las bases de datos o de la información suministrada por el Centro Elettronico Documentazione (CED) de la Casación⁹, ofrece pruebas dicientes sobre lo anterior.

⁷ Acerca de la reciente reforma del artículo 384 del Código de Procedimiento Civil, véase también para mayores referencias bibliográficas, Taruffo. “Una riforma della Cassazione civile?”. En: *Riv. trim. dir. proc. cin.*, 2006, pp. 776 y ss.

⁸ Cf. Taruffo (ob. cit., pp. 755 y ss.).

⁹ Es la oficina encargada de la gestión documental de la Corte de Casación italiana (*N. del T.*).

Por otro lado, el incontrolado número de decisiones favorece una degeneración adicional, es decir, la frecuente aparición de incoherencias y, a menudo, de contradicciones y de repentinos bandazos, en el contexto de la misma jurisprudencia de casación. Infortunadamente, se trata de fenómenos bastante conocidos y frecuentes¹⁰, sobre los cuales no podemos profundizar. Por lo pronto, esta situación hace del uso de la jurisprudencia una tarea complicada, difícil y arriesgada. Por un lado, de hecho, casi nunca existe certeza acerca de si en realidad se ha llegado a conocer *toda* la jurisprudencia —lo cual con frecuencia es imposible—, o por lo menos toda la jurisprudencia *relevante* sobre una cuestión determinada. Por otro lado, a menudo se descubre que la jurisprudencia es incoherente y contradictoria; entonces, se tratará de establecer si existe o no existe jurisprudencia *conforme*, si hay jurisprudencia *prevalente*, si la jurisprudencia es *incierta* o, incluso, si existe una situación de caos jurisprudencial.

Estos problemas no existen o sólo existen en pocos *casos límite*, en los ordenamientos que realmente se fundamentan en el uso del precedente. Para explicar esta diferencia basta acudir a un dato: actualmente, la House of Lords profiere en promedio menos de cien sentencias por año y la Corte Suprema de los Estados Unidos, que también es juez de constitucionalidad, menos de doscientas. Nuestra Corte de Casación profiere en promedio cerca de cincuenta mil sentencias por año.

LA FUERZA DEL PRECEDENTE

Volviendo al tema del precedente, existen dos temas que merecen ser tratados. El primero se refiere a la determinación de lo que se considera como precedente en sentido estricto, es decir, aquella parte de la sentencia a la que se alude para extraer de ella una regla de juicio para un caso posterior. Al respecto, la doctrina del precedente distingue entre *ratio decidendi*, es decir, la regla de derecho que ha servido de fundamento directo de la decisión sobre los hechos específicos del caso, y *obiter dictum*: todas aquellas afirmaciones y argumentos contenidos en la parte motiva de la sentencia, pero que, a pesar de ser útiles para comprender la decisión y sus motivos, no hacen parte del fundamento jurídico del fallo¹¹.

¹⁰ A propósito, véase especialmente Moneta. *Mutamenti nella giurisprudenza della Cassazione civile. Ottocentosessantasette casi di contrasto nel quinquennio 1988-1992*. Padua, Cedam, 1993; Moneta. *Conflitti giurisprudenziali in Cassazione. I contrasti della Cassazione civile dal settembre 1993 al dicembre 1994*. Padua, Cedam, 1995.

¹¹ Cf. Marshall. "What is Binding in a Precedent". En: *Interpreting Precedents* (ob. cit., pp. 506 y ss.). Al respecto, véase también para más referencias bibliográficas: Taruffo. "Giurisprudenza". En: *Enc. Treccani delle Scienze sociali*, vol. 4º, 1994, pp. 359 y ss.; Taruffo. "Dimensioni del precedente giudiziario". En: *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1994, pp. 421 y ss.; Schlüter. *Das Obiter Dictum. Die Grenzen*

Esta distinción puede ser difícil de seguir en la práctica, pero es fundamental, pues permite comprender que, a través de la referencia directa a los hechos del caso, es posible determinar cuál es la razón jurídica efectiva de la decisión, es decir, la *ratio* que es la única que puede tener fuerza de precedente. Los *obiter dicta* no tienen ninguna eficacia y no pueden ser invocados en la decisión de casos posteriores, precisamente, porque no condicionaron la resolución del caso anterior. Esta distinción, no ajena a nuestra jurisprudencia, no se aplica con el rigor necesario; no es inusual que las máximas contengan *obiter dicta*, ya que quien las formula a menudo se limita a extraer del texto de la sentencia cualquier enunciado jurídico sin corroborar si este es el fundamento efectivo de la decisión. En la práctica judicial, se actúa con frecuencia de la misma manera, citando cualquier parte de la sentencia que parezca útil invocar como precedente. Así, existe incertidumbre acerca de qué se utiliza como refuerzo de una decisión posterior, visto que también el *obiter dictum* puede —así sea de manera indebida— “sentar precedente”¹².

El segundo tema se refiere a la eficacia del precedente. Al respecto, se debe anotar que la distinción tradicional y ordinaria entre precedente *vinculante*, que caracterizaría a los ordenamientos de *common law*, y precedente *persuasivo*, o *de hecho*, que sería típico de los ordenamientos de *civil law*, es muy poco atendible. Infortunadamente, parece apropiado hablar de *fuerza* del precedente para indicar el grado o la intensidad con que logra influir sobre decisiones posteriores¹³.

Por un lado, resulta inapropiado afirmar que el precedente de *common law* tenga carácter vinculante, en el sentido que el segundo juez tenga una obligación propiamente dicha de atenerse al precedente. También, es claro que en el sistema inglés, que es aparentemente el que da una mayor eficacia al precedente, los jueces usan numerosas y sofisticadas técnicas argumentativas, como el *distinguishing* y el *overruling*, para no romper el vínculo con el precedente que no tienen intenciones de seguir¹⁴.

hochrichterlicher Entscheidungsbegründung, dargestellt an Beispielen aus der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts. Munich, 1973.

¹² Por ejemplo, “Gli *obiter dicta* persuadono anche quando non convincono”. En: *Contratto e impresa*, 1987, pp. 675 y ss.; Grippo. *Travisamento e persuasività dell’obiter dictum in due casi emblematici*, IVI, pp. 659 y ss.

¹³ Sobre el punto véase especialmente Peczenik. “The Binding Force of Precedent” En: *Interpreting Precedents*, pp. 461 y ss.; Peczenik. “Sui precedenti vincolanti de facto”. En: *6 Ragion Pratica*, 1996, pp. 35 y ss.

¹⁴ Ver también por las referencias, Taruffo (“Giurisprudenza”, ob. cit., p. 361), y además Marshall. “Trentatré cose che si possono fare con i precedenti”. En: *6 Ragion Pratica*, 1996, pp. 29 y ss.

A pesar de que es cierto que en ese ordenamiento el precedente tiene una fuerza notable, pues, por regla general, se espera que el juez posterior se acoja a él, como de hecho usualmente sucede. Esta fuerza siempre es *defeasible*, ya que el segundo juez puede desatender el precedente cuando lo considere oportuno, a fin de formular una solución más justa en el caso que debe decidir¹⁵. Por su parte, en el sistema americano, la fuerza del precedente existe pero en un menor grado: los jueces americanos aplican los precedentes con gran discrecionalidad, es decir, cuando no tienen suficientes motivos para no hacerlo. El *stare decisis* sigue existiendo, por tanto, y usualmente los jueces justifican por qué no tienen intenciones de seguir el precedente. Sin embargo, es claro que el precedente sólo tiene eficacia cuando el segundo juez lo comparte. En caso contrario, el precedente es *overruled*¹⁶.

En los ordenamientos del *civil law*, el grado de fuerza que se atribuye al precedente es probablemente menor con respecto al que tiene en el *common law*, pero nada excluye que existan algunos con un grado de autoridad y persuasión tal, que puedan imponerse a los jueces siguientes. En todo caso, a estos se les deja un margen de posible disenso, si bien este se encuentra condicionado a que se indiquen las razones adecuadas que justifican adoptar una regla de juicio distinta¹⁷.

Si a pesar de ello se mira lo que sucede en el ámbito de nuestra pletórica jurisprudencia, se descubre fácilmente que en cada sector los precedentes que ameritan verdaderamente este nombre, es decir, los llamados *grands arrêts* de la Corte de Casación, en realidad no son numerosos. Ellos son, de hecho, la excepción y la regla. Infortunadamente, es el empleo casual, confuso, desordenado y en suma irracional, de grupos de sentencias agrupadas sin ningún criterio, en una cantidad más o menos numerosa, dependiendo de la paciencia del digitador o, actualmente, de la velocidad del computador. En una situación de este tipo, se puede atribuir una cierta eficacia persuasiva a la jurisprudencia, cuando ella no se contradice a sí misma y cuando se pueden hallar “líneas de precedentes” bastante uniformes. Básicamente, se vuelve una aproximación más cuantitativa que cualitativa, pues se tiende a pensar que entre más numerosas sean las decisiones a favor de una cierta solución, con mayor razón esta solución debe

¹⁵ Cf. Bankowski-MacCormick-Marshall. “Precedent in the United Kingdom”. En: *Interpreting Precedents*, pp. 325 y ss.

¹⁶ Cf. Summers. “Precedent in the United States (New York State)”. En: *Interpreting Precedents*, pp. 369 y ss.

¹⁷ Sobre el tema del precedente en los distintos ordenamientos del *civil law* véase los ensayos de Alexy-Dreier, Aarnio, Eng y Bergholtz-Peczenik en *Interpreting Statutes*, pp. 17 y ss., 65 y ss., 189 y ss., 293 y ss.

imponerse al juez posterior, sin considerar que, a menudo, se trata de docenas de reproducciones mecánicas de la misma máxima, sin reflexionar que la fuerza persuasiva de cada decisión es inversamente proporcional al número de las decisiones conformes. Como ya se dijo, el verdadero precedente es tendencialmente uno sólo: cuando se manejan decenas o centenares de sentencias se trabaja por fuera de la lógica del precedente¹⁸.

LA ORIENTACIÓN DEL PRECEDENTE

Un aspecto que se debe tener en cuenta para entender de manera adecuada cómo funciona el precedente, es su *orientación*. De esta manera, se indica la relación que existe entre el órgano que profirió la decisión que se acoge como precedente y el juez del caso posterior. En realidad, la *fuerza* del precedente no se irradia de manera general e indistinta ni frente a cualquier juez, sino que depende precisamente de su *orientación*.

El caso típico de la aplicación del precedente se da cuando su orientación es *vertical*, es decir, cuando el juez posterior, que debe decidir un caso idéntico o similar, se pone en un escalón inferior en la jerarquía judicial¹⁹. Ello se debe a que tradicionalmente la fuerza del precedente se basa en la autoridad y en la influencia del órgano que profirió la decisión. A su turno, autoridad e influencia se relacionan con la ubicación del órgano: entre más alto sea el nivel de la corte que profiere el precedente, más autorizadas son sus decisiones. Por decirlo de otro modo, la fuerza del precedente desciende de arriba a abajo: las verdaderas “cortes del precedente” son las cortes supremas, cuyas decisiones se imponen a todos los órganos judiciales de grado inferior; luego siguen las cortes de apelaciones y así a lo largo de la estructura judicial. Naturalmente, puede ocurrir que una corte suprema profiera una mala decisión y un juez de primer grado profiera un fallo excelente, pero esta circunstancia es casual y de todos modos no ataca la base de la concepción vertical del precedente.

Sin embargo, también se habla de precedente *horizontal*, para indicar la fuerza persuasiva que un precedente puede tener con respecto a los órganos judiciales que pertenecen a la misma categoría de aquel que profirió la primera decisión²⁰.

¹⁸ Naturalmente, no me detendré aquí sobre las distintas formas de “abuso de la cita” de la jurisprudencia, que van desde la relación de largas listas de decisiones seleccionadas a propósito, con el único objeto de impresionar al lector, pasando por la omisión de decisiones en sentido contrario, hasta llegar a la cita de decisiones irrelevantes para el caso específico, e incluso a la remisión a sentencias inexistentes. Estos abusos no son poco frecuentes y se basan en la esperanza de que el juez y la contraparte no realicen las corroboraciones respectivas.

¹⁹ Cf. Taruffo (*Dimensioni*, ob. cit., p. 416).

²⁰ *Ibíd.*, p. 417.

El precedente horizontal puede ciertamente tener cierta fuerza persuasiva que, sin embargo, tiende a ser inferior que la del precedente vertical, sea porque no puede extraerse de la Corte Suprema, que es única, sea porque entre los órganos del mismo nivel no existe —al menos *a priori*— ninguna diferencia de autoridad. Puede suceder que un órgano que no sea cúspide produzca decisiones particularmente apreciables y, por tanto, influya sobre los demás jueces del mismo nivel, pero ello depende de la calidad intrínseca de las decisiones más que de mecanismos comparables con el precedente.

Un caso peculiar e interesante de precedente horizontal está representado por el llamado *autoprecedente*, es decir, por los precedentes emanados por la misma corte que decide el caso posterior²¹. La pregunta se puede plantear con respecto a cualquier juez, pero se ha estudiado de manera especial frente a las cortes supremas, a las que se les exige estar de cierto modo vinculadas por *sus propios* precedentes. Una respuesta positiva a este interrogante parece estar justificada esencialmente por la necesidad de que casos similares sean tratados de igual manera por el mismo juez. Una corte que sobre la misma cuestión cambiara a diario de opinión, tendría una escasa autoridad y violaría cualquier principio de igualdad de los ciudadanos frente a la ley. Entonces, estaría justificado, y con base en razones sólidas, que se dé un grado elevado de fuerza al autoprecedente, o incluso un vínculo formal de la corte por seguir sus propios precedentes.

Sin embargo, existen buenas razones para sostener que se deba admitir un grado de elasticidad apreciable en un vínculo de este tipo. De hecho, puede suceder que la misma corte se encuentre en una situación en que tenga que cambiar de sentido, desviándose de sus propios precedentes que en distintos casos van desde la obsolescencia del precedente por haber cambiado las condiciones históricas, económicas o sociales que influyeron en la decisión del caso posterior, hasta la eventualidad de que se presenten casos con peculiaridades tan acentuadas que no encajen dentro del precedente.

No es casualidad que, precisamente con base en una eventualidad de este tipo, en 1966, con el famoso *Practice Statement*, la House of Lords haya comunicado que de ese momento en adelante no se entendería vinculada por sus propios precedentes. En las décadas siguientes continuó la práctica de seguir sus propios precedentes, por lo menos en la mayor parte de los casos, pero se aseguró un espacio de discrecionalidad idóneo para garantizar la posibilidad

²¹ Ibídem.

de adaptar su propia jurisprudencia a los cambios de la realidad²². De manera similar, la Corte Suprema de los Estados Unidos selecciona rigurosamente los casos de los que se ocupará, esencialmente cuando ve en ellos la oportunidad de crear nuevos precedentes o de proceder al *overruling* de aquellos que ya no considera válidos²³.

En realidad, como se ha señalado desde hace tiempo, especialmente por Gino Gorla²⁴, así como por otros autores²⁵, el problema no surge porque una corte suprema cambie de orientación y deje de seguir pasivamente sus propios precedentes: el problema se da cuando estas variaciones son demasiado frecuentes, arbitrarias, casuales o carecen de una justificación seria, como ocurre, con no poca frecuencia, en la jurisprudencia de nuestra Corte de Casación. En efecto, no es casualidad que de tiempo atrás se haya venido subrayando desde muchos escenarios la necesidad de que la Corte estrene una política del precedente seria, con la finalidad —no fácil de conseguir, pero ciertamente necesaria— de introducir un grado apreciable de uniformidad y coherencia en su propia jurisprudencia²⁶. Al respecto, se resalta un no muy diestro intento reciente del legislador que, con la intención de intervenir en esta materia, introdujo en el Código de Procedimiento Civil el inciso 3° al artículo 347, en virtud del cual una sección simple que no comparta el criterio de la Sala Plena no podría tomar una decisión distinta, sino que debería remitir a esta última la decisión del recurso. Se trata de un intento no muy diestro, porque, por un lado, se trata de una obligación sin sanción²⁷, y por el otro, porque la situación parece destinada a empeorar a causa de otras novedades introducidas con la pretendida reforma a la casación, a la que me referiré en la conclusión.

²² Cf. Antonioli Deflorian. “Il precedente giudiziario come fonte di diritto: l’esperienza inglese”. En: *Riv. dir. civ.*, vol. I, 1993, pp. 157 y ss.

²³ Sobre el modo como la Corte Suprema “gobierna” sus propios precedentes, cf. Barsotti. *L’arte di tacere. Strumenti e tecniche di non decisione della Corte Suprema degli Stati Uniti*. Torino, Giapichelli, 1999.

²⁴ Cf. Gorla. “Precedente giudiziale”. En: *Enc. Giur. Treccani*, vol. XXIII, 1990, pp. 4, 6, 8 y ss.

²⁵ Cf. Taruffo (*Giurisprudenza*, ob. cit., p. 363), también se pueden encontrar más referencias bibliográficas.

²⁶ *Ibidem*. En los últimos tiempos se han dado intentos significativos por parte de la oficina de Relatoria de racionalizar la publicación de decisiones de la Corte, con la finalidad de indicar las sentencias que, según la misma Corte, merecen ser usadas como precedentes. Se trata de esfuerzos interesantes que demuestran que también en la Corte existe sensibilidad hacia la problemática del precedente en estricto sentido. El buen suceso de lo anterior se ha hecho difícil, dado el número excesivo de decisiones que la Corte debe pronunciar.

²⁷ Por tanto, es lícito sostener que este vínculo en realidad no existe, es decir, es ineficaz; en este sentido, Taruffo (*Una riforma*, ob. cit., p. 773). Sobre el punto véase también Silvestri, en Carpi-Taruffo. *Commentario breve al codice di procedura civile*, 5ª ed. Padua, Cedam, 2006, p. 1054.

PRECEDENTE Y EJEMPLO

Si se busca la característica principal del precedente en su fuerza, es decir, en su capacidad de determinar o, al menos, de dirigir en un sentido conforme las decisiones de los casos posteriores, entonces parecería oportuno excluir de la noción de precedente aquellas decisiones que, a pesar de haber sido objeto de referencia en el ámbito de la argumentación jurídica, no cuentan con esta eficacia. Se puede decir que estas decisiones no representan precedentes propiamente dichos, sino que son utilizadas tan sólo como *ejemplos*. Su función no es indicar el criterio de decisión que se debe seguir en un caso posterior, sino simplemente mostrar que la norma analizada ha sido aplicada de un cierto modo en otro caso²⁸. Por tanto, el ejemplo informa, pero no sugiere, ni mucho menos impone una decisión conforme. Lo demuestra la existencia de *ejemplos negativos*, es decir, de casos que son referenciados, a fin de decir que ellos *no se deben seguir*²⁹.

Sólo a manera de ilustración, se citan varios tipos de decisiones: las de los jueces de nivel inferior, las de los jueces del mismo grado, las de los jueces pertenecientes a distintas jurisdicciones y, en general, todas las decisiones que carecen de los requisitos necesarios para que se haga referencia a un precedente en sentido propio. Por ponerlo en otros términos, el ejemplo sólo se parece al precedente de manera superficial, pero se diferencia por su estructura y función. En la jurisprudencia sería necesario distinguir los eventos en que una o varias decisiones son invocadas para derivar de ellas preceptos aplicables a la solución de un caso posterior, cuando se den las condiciones necesarias para ello, de los eventos en los cuales los fallos referenciados son usados simplemente como ejemplos, por no contar con los requisitos que definen al precedente en sentido estricto. El ejemplo puede cumplir con una cierta función persuasiva y por esta razón se utiliza, pero no desempeña una función propiamente justificativa y, por ello, no tiene una eficacia condicionante o vinculante sobre la decisión del caso posterior.

No obstante, es necesario subrayar que desde hace tiempo ha venido surgiendo un fenómeno que no encaja dentro de la definición de precedente y que, en principio, encajaría en la categoría del ejemplo, pero que genera un gran interés y parece estar destinado a asumir una relevancia cada vez mayor. Se trata de

²⁸ Sobre esta distinción véase especialmente Taruffo. "Precedente ed esempio nella decisione giudiziaria". En: L. Gianformaggio y M. Jori, *Scritti per Uberto Scarpelli*, Milano, Giufrè, 1998, pp. 783 y ss.

²⁹ Taruffo (*Commentario breve*, ob. cit., p. 796).

la tendencia, que se encuentra en numerosas jurisdicciones supranacionales y nacionales, sobre todo en las cortes supremas y constitucionales, por citar decisiones proferidas por cortes que no pertenecen al mismo ordenamiento. Esta tendencia es en realidad parte de un fenómeno más amplio, que se manifiesta cuando los jueces se refieren al derecho extranjero³⁰. Es claro que cuando una corte de un Estado se refiere a las decisiones de cortes de otros Estados o de cortes internacionales se ubica por fuera del precedente, pues no cuenta con la orientación vertical ni horizontal que lo caracteriza. De hecho, esta corte no está obligada a ajustarse a estas decisiones ni el ordenamiento al que pertenece espera que aquellas se utilicen como punto de referencia. Sin embargo, el recurso al derecho extranjero y, en particular, a decisiones proferidas por cortes foráneas, se va difundiendo, junto con la creciente globalización de la cultura jurídica, de la que representa un aspecto muy relevante³¹. De hecho, más allá de cualquier otro vínculo de cualquier naturaleza, ello representa un potente instrumento de intercambio transnacional y de tendencia a la armonización de reglas de juicio que se ubican sobre todo en el nivel de los principios generales y las garantías fundamentales.

Así se trate sólo de ejemplos, es necesario reconocer que en muchos casos ellos están dotados de significativa fuerza persuasiva que depende, por un lado, de la autoridad de los órganos que profieren la decisión citada, y por el otro, de qué tanto se compartan esos principios que se presentan como universales y se considere que merecen ser aplicados más allá de los límites de sus respectivas jurisdicciones, teniendo en cuenta la forma como estos son interpretados en otras jurisdicciones que se consideran más avanzadas y que, por tanto, se toman como fuente de inspiración.

PRECEDENTE Y NOMOFILAQUIA

Para concluir, volviendo a los límites patrios, vale la pena todavía reseñar un problema de notable relevancia. En las páginas clarísimas de la *Cassazione Civile*, ya desde 1920, Piero Calamandrei subrayaba que la función de nomofilaquia de la Corte de Casación se debía desarrollar en conexión con la función de garantizar la uniformidad de la jurisprudencia, a través de la emanación de senten-

³⁰ Este fenómeno ha sido objeto de recientes estudios muy interesantes: véase en especial Markesinis-Fedke. *Judicial Recourse to Foreign Law: A New Source of Inspiration?* Nueva York, UCL Press, 2006; Canivet, G., Andenas, M. y Fairgrieve, D. (eds.). *Comparative Law Before the Courts*. Londres, BIICL, 2004.

³¹ Cf. Slaughter. "Judicial Globalization". En: 40 *Va. J. Int'l L.*, 1999-2000, pp. 1103 y ss.; Bahdi. "Globalization of Judgment: Transjudicialism and the Five Faces of International Law in Domestic Courts". En: 34 *Geo. Wash. Int'l L. Rev.* 2002-2003, pp. 555 y ss.

cias capaces, no sólo de asegurar una exacta interpretación del derecho, sino también de imponer esta interpretación como canon de decisión para casos posteriores³².

El proyecto de Calamandrei se dirigía a que la Corte de Casación, una vez unificada, se convirtiera en aquello que, en términos modernos, se llama “corte de precedente” y, por tanto, desarrollara sus funciones y, en particular, la de nomofilaquia, a través de decisiones capaces de orientar la jurisprudencia siguiente. En efecto, él vaticinaba la que actualmente es la función principal de las cortes supremas en muchos ordenamientos, del *common law* y del *civil law*, que es la de asegurar el control de legitimidad a través de la fijación de precedentes, destinados a proyectarse como puntos de referencia sobre las decisiones de otros jueces. Con una fórmula sintética, se puede hablar de “nomofilaquia a través del precedente”, precisamente, para indicar que la función típica de una corte suprema es la de asegurar el respeto uniforme de la ley a través de decisiones “universalizables” y con proyección al futuro.

Con ocasión de la reciente reforma al procedimiento en casación, el legislador ha declarado su deseo de reforzar la función nomofiláctica de la Corte³³, pero se basó en una noción de nomofilaquia que no sólo no corresponde a la de Calamandrei, sino que también está en neta contraposición con las modalidades —apenas reseñadas— con las que las cortes supremas de otros ordenamientos desarrollan la misma función. De hecho, se prevé en varias disposiciones³⁴ que la Corte enuncie “principios de derecho” en relación con cada problema planteado en los fundamentos del recurso e, incluso, cuando no haya un recurso por parte de un principio de derecho, se debe plantear “en interés de la ley”.

Estos “principios de derecho” deberían ser enunciados con una frecuencia previsiblemente mucho mayor que antes, dado que en la misma sentencia podrían ser varios, si varios eran los argumentos del recurso. Por un lado, no se ha hecho nada para dirigir a la Corte de Casación hacia el rol de una verdadera corte de precedente —lo cual requeriría, por ejemplo, una drástica reducción del número de decisiones, a través de adecuados mecanismos de filtro de los recursos—. Por otro lado, se hace referencia a una especie de “nomofilaquia del caso concreto”, induciendo a la Corte a pronunciarse sobre una infinidad

³² Cf. Calamandrei. “La Cassazione Civile, vol. II, Disegno generale dell’istituto”. En: Calamandrei. *Opere giuridiche*, vol. II, Nápoles, Morano Editori, 1976, pp. 34, 92, 105.

³³ Cf. Título I del Decreto Legislativo 40 de 2006, denominado “Modificaciones al Código de Procedimiento Civil en materia de proceso de casación en función nomofiláctica”.

³⁴ Ver los nuevos artículos 363 y 384; véase Taruffo (*Una riforma*, ob. cit., pp. 764 y ss.) y Silvestri, en Carpi-Taruffo (ob. cit., pp. 1036, 1065), en los cuales hay más referencias bibliográficas.

de cuestiones, con independencia de su interés o su relevancia general³⁵ y, por tanto, de la “universalizabilidad” del criterio de decisión utilizado en cada caso concreto. Lo que se busca en verdad no es la indicación de reglas destinadas a ser aplicadas por los jueces posteriores, sino la determinación analítica de “principios” que en realidad no son tales, pues están esencialmente destinados a tener valor para un caso concreto que se decide de tanto en tanto. Por consiguiente, sin proyección hacia el futuro, sino sólo la solución analítica de las cuestiones jurídicas que surgen del caso concreto.

De esta manera, es bastante improbable que la Corte de Casación se dirija a convertirse en una verdadera “corte del precedente”, de esta manera, se alienaría con la tendencia evolutiva que caracteriza a las cortes supremas de los demás ordenamientos. En cambio, es previsible que se llegue a acentuar la situación actual *in peius*, con una corte que pronuncia una cantidad inverosímil de “principios de derecho”, en una jurisprudencia cada vez más aluvional y, por tanto, cada vez menos coherente y autorizada.

Los precedentes podrían operar como las *estructuras disipadoras* de las que se habla en las teorías de la complejidad, es decir, como momentos de formación de áreas dentro del desordenado flujo del caos de la jurisprudencia³⁶. De hecho, ellos podrían constituir importantes factores de racionalización, de uniformidad, así sea flexible, de previsibilidad y de igualdad en el trato, en la incontrolable cantidad y variedad de casos que son decididos por las cortes. Sin embargo, para que ello ocurra es necesario que ellos no sean, a su vez, un elemento de desorden y de variación casual ligada a las especificidades de cada caso concreto; por tanto, es necesario que se trate de precedentes en sentido estricto y que para ello presenten las características claras de “rareza”, autoridad y “universalizabilidad” en función de los cuales ellos puedan emerger del caos indistinto de la praxis judicial.

BIBLIOGRAFÍA

Antoniolli, D. “Il precedente giudiziario come fonte di diritto: l’esperienza inglese”. En: *Riv. dir. civ.*, vol. I, 1993, pp. 157 y ss.

³⁵ La importancia general de la cuestión que se trata de decidir es el criterio de selección de los casos que pueden ser llevados al conocimiento del *Bundesgerichtshof* alemán. Cf. Sonelli. *L’accesso alla corte suprema e l’ambito del suo sindacato. Un contributo al dibattito sulla cassazione civile in un’ottica comparatistica*. Torino, 2001, pp. 86 y ss.

³⁶ Sobre el concepto de “estructura disipadora” en el ámbito de la teoría del caos, cf. Prigogine. *Le leggi del caos*, tr.it., Bari, Laterza, 1993, pp. 15 y ss.; Porush. “Fictions as Dissipative Structures: Prigogine’s Theory and Postmodernism’s Roadshow”. En: *Chaos and Order. Complex Dynamics in Literature and Science*, Chicago-Londres, N. K. Hayles, 1991, pp. 56 y ss.

- Bahdi, R. "Globalization of Judgment: Transjudicialism and the Five Faces of International Law in Domestic Courts". En: *34 Geo. Wash. Int'l L. Rev.*, 2002-2003, pp. 555 y ss.
- Bankowski-MacCormick-Marshall. "Precedent in the United Kingdom". En: *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, eds. D. N. MacCormick y R. S. Summers, Aldershot-Brookfield USA-Singapore-Sidney 1997 y en *6 Ragion Pratica*, 1996, pp. 325 y ss.
- Barsotti, V. *L'arte di tacere. Strumenti e tecniche di non decisione della Corte Suprema degli Stati Uniti*. Torino, Giapichelli, 1999.
- Calamandrei, P. "La Cassazione Civile, vol. II. Disegno generale dell'istituto". En: Calamandrei, *Opere giuridiche*, vol. II, Nápoles, Morano Editori, 1976.
- Canivet, G., Andenas, M. y Fairgrieve, D. (eds.). *Comparative Law Before the Courts*. Londres, BIICL, 2004.
- Carpi-Taruffo. *Commentario breve al codice di procedura civile*, 5ª ed. Padua, Cedam, 2006.
- Gorla, G. "Precedente giudiziale". En: *Enc. Giur. Treccani*, vol. XXIII, 1990.
- Grippo, G. *Travisamento e persuasività dell'obiter dictum in due casi emblematici*. MacCormick y Summers (eds.). *La giurisprudenza per massime e il valore del precedente*. Padua, 1986.
- MacCormick y Summers (eds.). *Interpreting Precedents. A Comparative Study*. Aldershot-Brookfield USA-Singapore-Sidney 1997 y en *6 Ragion Pratica*, 1996, pp. 7 y ss.
- MacCormick, N. *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford, Oxford University Press, 1978.
- Markesinis-Fedke. *Judicial Recourse to Foreign Law. A New Source of Inspiration?* Nueva York, UCL Press, 2006.
- Marshall, L. C. "What is Binding in a Precedent" En: *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, eds. D. N. MacCormick y R. S. Summers, Aldershot-Brookfield USA-Singapore-Sidney 1997 y en *6 Ragion Pratica*, 1996, pp. 506 y ss.

- _____. “Trentatré cose che si possono fare con i precedenti”. En: 6 *Ragion Pratica*, 1996, pp. 29 y ss.
- Mengoni, L. “Diritto vivente”. En: *Dig. disc. prin., Sez. cin.*, vol. VI, 1990, pp. 445 y ss.
- Moneta, G. *Mutamenti nella giurisprudenza della Cassazione civile. Ottocentosessantasette casi di contrasto nel quinquennio 1988-1992*. Padua, Cedam, 1993.
- _____. *Conflitti giurisprudenziali in Cassazione. I contrasti della Cassazione civile dal settembre 1993 al dicembre 1994*. Padua, Cedam, 1995.
- Peczenik, A. “The Binding Force of Precedent” En: *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, eds. D. N. MacCormick y R. S. Summers, Aldershot-Brookfield USA-Singapore-Sidney 1997 y en 6 *Ragion Pratica*, 1996, pp. 461 y ss.
- _____. “Sui precedenti vincolanti de facto”. En: 6 *Ragion Pratica*, 1996, pp. 35 y ss.
- Porush, D. “Fictions as Dissipative Structures: Prigogine’s Theory and Postmodernism’s Roadshow”. En: *Chaos and Order. Complex Dynamics in Literature and Science*, Chicago-Londres, N. K. Hayles, 1991.
- Prigogine, I. *Le leggi del caos*, tr.it. Bari, Laterza, 1993.
- Pugiotto, A. *Sindacato di costituzionalità e “diritto vivente”. Gnesi, uso e implicazioni*. Milano, Giuffrè, 1994.
- Schlüter, W. *Das Obiter Dictum. Die Grenzen hochrichterlicher Entscheidungsbegründung, dargestellt an Beispielen aus der Rechtsprechung des Bundesarbeitgerichts*. Munich, 1973.
- Slaughter, A. M. “Judicial Globalization”. En: 40 *Va. J. Int’l L.*, 1999-2000, pp. 1103 y ss.
- Sonelli, S. *L’accesso alla corte suprema e l’ambito del suo sindacato. Un contributo al dibattito sulla cassazione civile in un’ottica comparatistica*. Torino, 2001.
- Summers, R. “Precedent in the United States (New York State)”. En: *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, eds. D. N. MacCormick y R. S. Summers, Aldershot-Brookfield USA-Singapore-Sidney 1997 y en 6 *Ragion Pratica*, 1996, pp. 369 y ss.

Taruffo, M. “Una riforma della Cassazione civile?”. En: *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, pp. 776 y ss.

_____. “Giurisprudenza”. En: *Enc. Treccani delle Scienze sociali*, vol. IV, 1994, pp. 359 y ss.

_____. “Dimensioni del precedente giudiziario”. En: *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1994, pp. 421 y ss.

_____. “Precedente ed esempio nella decisione giudiziaria”. En: L. Gianformaggio y M. Jori. *Scritti per Uberto Scarpelli*, Milano, Giufre, 1998.

Viehweg, T. *Topik und Jurisprudenz: ein Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung*. Munich, 5 Aufl., 1974.

LA PRUEBA ES LIBERTAD, PERO NO TANTO: TEORÍA DE LA PRUEBA CUASIBENTHAMIANA

Jordi FERRER BELTRÁN*

INTRODUCCIÓN

En el ámbito de estudio de la prueba, especialmente en el mundo anglosajón, claro, Jeremy Bentham es considerado uno de los principales precursores de la denominada tradición racionalista de la prueba. Es más, se ha considerado, con razón, que la teoría benthamiana de la prueba “constituye la más ambiciosa y completa teoría de la prueba en la historia del pensamiento jurídico¹”. Por ello, resulta de gran importancia hacer las cuentas con el pensamiento de Bentham, si se quiere abordar el estudio de los problemas probatorios en derecho.

Sin embargo, no es mi intención entrar en disquisiciones acerca de la mejor reconstrucción que se pueda dar de esta o aquella tesis del autor; tampoco iniciar un debate con intérpretes mejor autorizados que yo de su pensamiento. La modesta pretensión de este trabajo es reevaluar un aspecto muy específico de la teoría de la prueba propia de la tradición racionalista, para el cual Bentham puede ser llamado en causa como precursor: la idea de que la prueba debe ser fundamentalmente libre y que cualquier interferencia del derecho procesal en ella debería ser limitada o eliminada. Bentham elabora una teoría prescriptiva de la prueba o, aún mejor, para lo que nos importa, una teoría prescriptiva del derecho de la prueba, que es una parte más de su teoría general del derecho².

La premisa básica de la que se parte es simple y clara: la finalidad de la prueba en el proceso judicial es la averiguación de la verdad sobre lo ocurrido³. Aunque, por supuesto, esta asunción de partida puede ser y ha sido muy discutida, creo que debe ser admitida, salvo que se esté dispuesto a pagar altos costes en la reconstrucción del derecho⁴. Por otro lado, el objetivo de la averiguación de la verdad deriva de la asunción por parte de Bentham de que la finalidad fundamental del derecho procesal es la de ser garantía de la correcta aplicación del derecho sustantivo. Finalidad que, a su vez, se divide en la necesidad de una

* Agradezco los muy útiles comentarios de Larry Laudan, Giovanni B. Ratti y Carmen Vázquez.

¹ Twining, W. *Rethinking Evidence. Exploratory Essays*, 2ª ed. Evanston, Illinois, Northwestern University Press, 1994 p. 39.

² Moreso, J. J. *La teoría del derecho de Bentham*. Barcelona, PPU, 1992, p. 354.

³ Ibídem y Twining (ob. cit., p. 38).

⁴ Ferrer Beltrán, J. *Prueba y verdad en el derecho*, 2ª ed. Madrid, Marcial Pons, 2005, pp. 55 y ss.

doble garantía: la principal, consistente en asegurar que *todos* los infractores del derecho sean sancionados y que sólo *ellos* lo sean⁵. Esto supone, evidentemente, la necesidad de que lo que se declare probado en el proceso coincida con la verdad de lo ocurrido: esto es, que los enunciados declarados probados sean verdaderos y los enunciados falsos no se declaren probados.

Siendo estos los objetivos, queda por determinar la metodología adecuada para alcanzarlos. En este aspecto, Bentham es extraordinariamente crítico con el derecho probatorio de su época —críticas en buena medida aplicables a nuestros sistemas procesales actuales—. Para Bentham, la mejor forma de alcanzar ese objetivo es mediante una metodología o sistema “natural” de conocimiento⁶, propia de la epistemología general y no a través del denominado derecho probatorio que, en la Inglaterra de su época, estaba formado básicamente por un conjunto de reglas de exclusión, que limitaban las posibilidades de conocimiento. Es más, Bentham⁷ considera que la justicia es algo bastante simple, “es lo mismo para un hombre que para otro: sólo los legisladores, aconsejados por los abogados, la han complicado y hecho trizas”. Resulta tan simple que el mejor método para administrar justicia es el que él denomina modelo doméstico, propio del páter familias, en el trato de los hijos. Por ello, lo mejor que podría hacer el derecho en materia de prueba es callar, dejando reinar al principio general de la libertad probatoria (*free proof*⁸).

Esta es una característica propia de la denominada tradición racionalista clásica en materia de prueba. Como afirma el propio Bentham, en el *Treatise on Judicial Evidence*: “En toda la trama de esta obra reaparece constantemente esta conclusión práctica: *no hay que excluir ninguna prueba, ningún testimonio por el sólo temor de ser engañado*” (la cursiva es del autor⁹). Por ello, es necesario “sustituir el principio de *exclusión* por el de *suspiciacia*” ante las pruebas disponibles¹⁰. El páter familias que juzga la conducta de sus hijos tiende a aceptar todos los elementos de juicio,

⁵ Postema quien cita, a su vez, los *Bentham Manuscripts in the University College*, London Library (*Bentham and the Common Law Tradition*) Oxford, Oxford University Press, 1986, p. 343.

⁶ Cf. Twining (ob. cit., pp. 39-41); Hart, H. L. A. *Essays on Bentham*. Oxford, Oxford University Press, 1982, p. 32; Postema (ob. cit., pp. 344 y ss.).

⁷ Bentham. *The Works of Jeremy Bentham* (1838-1843, 11 vols.). J. Bowring, Bristol (ed.). Thoemmes Press, 1995, vol. IV, p. 334.

⁸ En este sentido, Twining sostiene que el derecho probatorio angloamericano de los dos últimos siglos puede ser entendido como una serie de excepciones al principio general de *free proof*, de inspiración thayeriana (cf. Twining, ob. cit., p. 196; Damaška. *The Faces of Justice and State Authority: A Comparative Approach to the Legal Process*. New Haven-Londres, Yale University Press, 1997, p. 149).

⁹ Cf. Bentham. *1823: Traité des preuves judiciaires, translated by Dumont*. París, Bossages frères. Citado por la traducción de M. Ossorio: *Tratado de las pruebas judiciales*. Granada, Comares, 2001, p. 441.

¹⁰ En la misma línea véase ibíd., p. 442. Laudan. *Truth, Error, and Criminal Law. An Essay in Legal Epistemology*. Cambridge, Cambridge University Press, 2006, pp. 122, 124.

puesto que la racionalidad indica que cuánto más abundante sea el conjunto de elementos de juicio disponible mayor será la probabilidad de determinar la verdad de lo ocurrido. Es este un corolario del reino de la epistemología en el proceso, buscado por Bentham, del método “natural” de la prueba¹¹.

Y tampoco el derecho debe regular la valoración de la prueba (*weight of evidence*), puesto que esto debe hacerlo el juez, atendiendo a las circunstancias propias del caso y en aplicación del método de razonamiento “natural”. En conclusión, por ello, Bentham es absolutamente contrario a la existencia de reglas jurídicas vinculantes sobre la prueba, ya que esta es la denominada “*anti-nomian thesis*” de Bentham, que ofrece una imagen clásica de la tradición racionalista de la prueba y que ha sido resumida por Twining en los siguientes términos: ...

[...] [el sistema jurídico] no debe contener ninguna norma que excluya testigos o pruebas; ninguna norma sobre el peso o el *quantum* de la prueba; ninguna norma vinculante sobre la forma de presentación de la prueba; ninguna restricción artificial sobre los interrogatorios o el razonamiento probatorio; ningún derecho de silencio ni privilegios de los testigos; ninguna restricción al razonamiento que no sean las propias del razonamiento práctico; ninguna exclusión de pruebas excepto si son irrelevantes o superfluas o si su presentación supone perjuicios, gastos o retrasos excesivos en las circunstancias del caso específico¹².

La recepción de estas tesis de Bentham, tanto en el área del *common law* como del *civil law*, ha conllevado interpretaciones en términos claramente abolicionistas del derecho probatorio. Un caso muy claro es, en la cultura jurídica de lengua castellana, el de Sentís Melendo, quien afirma que “*Derecho y probatorio*, ese sustantivo y ese adjetivo, son términos antagónicos. La prueba es libertad; y en el momento en que el derecho intenta someterla a normas rígidas, deja de ser prueba, para convertirse, si no en una caricatura, en algo que ya no es prueba¹³”. En términos parecidos, en cuanto al análisis, que no en cuanto a la propuesta abolicionista, se puede entender el muy conocido pasaje de Canelutti: “basta un *límite mínimo* a la libertad de búsqueda del juez para que el proceso de búsqueda

¹¹ Cf. Twining (ob. cit., p. 211, n.º 3).

¹² Ibid., p. 195. La tarea del legislador, pues, no es la de dictar reglas imperativas, sino simplemente instrucciones orientativas acerca de la valoración de la prueba y otorgar al juez los poderes apropiados para tomar las decisiones necesarias. Cf. Bentham, J. “The Rationale of Judicial Evidence”. En: Bentham, J. 1838-1843 (ob. cit., vol. VI, p. 151); Postema (ob. cit., p. 349); Pardo M. “The Field of Evidence and the Field of Knowledge”. En: *Law and Philosophy*, vol. 5, n.º 24, 2005, p. 325.

¹³ Cf. Sentís Melendo, S. *La prueba*, Buenos Aires, EJE, 1979, p. 336.

de la verdad degenera en un proceso formal de fijación; en otros términos, la medida del límite es indiferente para la naturaleza del proceso¹⁴.

A Sentís Melendo y Carnelutti los separa muy claramente la apuesta posterior al análisis: el primero propugna por la abolición del derecho probatorio y la vigencia de las reglas generales de la epistemología, mientras que el segundo propone abandonar los esquemas epistemológicos para estudiar la prueba jurídica; pero ambos comparten un claro punto de partida, por ejemplo, el derecho no debe regular la prueba ni las decisiones sobre esta si no se quiere deslindar completamente la prueba jurídica de la búsqueda de la verdad y de sus patrones epistemológicos.

Pues bien, en lo que sigue, pretendo precisamente discutir este punto de encuentro. Sostendré que el derecho necesariamente debe regular (algunos aspectos de) la prueba judicial, aun asumiendo los postulados básicos de la tradición racionalista y que la influencia de Bentham y la tradición racionalista en el derecho probatorio, especialmente angloamericano, ha tenido éxito, sobre todo en aquellos puntos más débiles de su pensamiento.

LOS MOMENTOS DE LA ACTIVIDAD PROBATORIA EN EL PROCESO JUDICIAL

A fin de aportar nueva luz sobre las exigencias epistemológicas que pueden hacer compatible el derecho probatorio con el objetivo de buscar la verdad, conviene distinguir claramente tres momentos fundamentales en ese proceso de toma de decisiones sobre los hechos en el proceso judicial. No obstante, antes de identificarlos, debo advertir que se trata de tres momentos lógicamente distintos y sucesivos, aunque en los procesos de toma de decisiones reales se pueden presentar entrelazados. Se trata de la conformación del conjunto de elementos de juicio sobre cuya base se adoptará la decisión; la valoración de esos elementos; y propiamente, la adopción de la decisión.

La conformación del conjunto de elementos de juicio o pruebas

En primer lugar, el desarrollo del proceso judicial, a través de la proposición y práctica de las pruebas, debe permitir conformar un conjunto de elementos de juicio que apoyen o refuten las distintas hipótesis sobre los hechos del caso. Aquí se da ya una de las especificidades jurídicas de mayor calado, que se puede resumir en la máxima *quid non est in actis non est in mundo*. Es decir, en relación con los efectos de la decisión jurídica, el conjunto de elementos de juicio que podrá y deberá ser tomado en consideración está formado únicamente por las pruebas

¹⁴ Cf. Carnelutti, F. *La prova civile*, 2ª ed. Roma, Edizioni dell'Ateneo, 1947, pp. 33-34.

aportadas y admitidas al proceso¹⁵, no pudiéndose tomar en cuenta, por parte del órgano decisor, aquellas informaciones o elementos de juicio de los que disponga “privadamente¹⁶” o aquellos que, habiéndose aportado al proceso, han sido excluidos, por ejemplo, por su carácter ilícito. Se puede decir, sin excesivo riesgo de error, que, en todos los demás ámbitos del conocimiento, el conjunto de elementos de juicio que puede y debe ser analizado para adoptar una decisión racional es igual al total de las informaciones disponibles y relevantes para el caso¹⁷. En cuanto a la prueba jurídica, el conjunto de elementos por valorar es un subconjunto del conjunto formado por la totalidad de los elementos disponibles: aquellos de ellos que han sido incorporados al expediente judicial.

De este modo, adquiere una relevancia destacada el estudio de los filtros para la admisión de pruebas en el proceso. Un primer filtro, de orden epistemológico, prescribe la admisión de toda prueba que aporte información relevante sobre los hechos que se juzgan¹⁸. Una prueba es relevante si aporta apoyo o refutación de alguna de las hipótesis fácticas del caso, a la luz de los principios generales de la lógica y de la ciencia¹⁹. Se puede considerar este filtro, en realidad, como un principio general de inclusión; funcionaría así si se prescribe la admisión de toda prueba relevante que no se deba excluir por aplicación de alguno de los filtros adicionales impuestos por las reglas jurídicas²⁰; la diferencia con otros ámbitos de la experiencia es que en esos otros ámbitos es común que ese sea el único filtro. La particularidad jurídica es que se añade un buen número de reglas jurídicas de exclusión: no se admiten las pruebas obtenidas en violación de derechos fundamentales, no se admiten los testigos de referencia, no se admiten, con

¹⁵ A las que habrá que añadir, en su caso, los hechos admitidos por todas las partes y los denominados *hechos notorios*, de los que se suele decir que no necesitan prueba.

¹⁶ Cf. Stein, F. *Das private Wissen des Richters. Untersuchungen zum Beweisrecht beider Prozesse*. 1893. Citado por la traducción castellana de De la Oliva, A. *El conocimiento privado del juez*. Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1990, pp. 71 y ss., 150 y ss.; Damaška (ob. cit., pp. 30, 138, 170-171).

¹⁷ Por ello, como he justificado con mayor detalle en Ferrer (“Legal Proof and Fact Finders’ Beliefs”. En: *Legal Theory*, 2006, p. 12), no se puede explicar el resultado de la valoración de la prueba en el derecho mediante la noción de convicción judicial o de creencia. La creencia, por decirlo de un modo simple, es siempre *all things considered*, mientras que el resultado de la valoración de la prueba es siempre contextual: su justificación es relativa a ese conjunto de elementos de juicio.

¹⁸ Cf. Bentham, J. (1823: *Traité des preuves judiciaires*, ob. cit., p. 391); Taruffo. *La prova dei fatti giuridici*. Milano, Giuffrè, 1992, pp. 337 y ss.; Gascón, M. *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*. Madrid, Marcial Pons, 1999, p. 115.

¹⁹ Cf. Twining (ob. cit., p. 179).

²⁰ Este es el punto de vista de Thayer (Thayer, J. B. 1898: *A Preliminary Treatise on Evidence at the Common Law*, reed. Boston, Elibron Classics, 2005, pp. 266 y ss.), del cual se puede ver una buena exposición en McNamara, Ph. “The Canons of Evidence. Rules of Exclusion or Rules of Use?” En: *Adelaide Law Review*, 1986, p. 10. Contra esta tesis de la concepción racionalista de la prueba véase Stein, A. *Foundations of Evidence Law*. Oxford, Oxford University Press, 2005, pp. 108 y ss. En mi opinión, como se verá, el análisis de Stein sufre la confusión de no distinguir entre los distintos momentos de la actividad probatoria y, correspondientemente, entre los efectos de la regulación jurídica en cada uno de ellos.

salvedades, las pruebas que no se puedan practicar en el curso del proceso con la debida aplicación del principio de contradicción, etcétera. Además, algunos sujetos cuentan con lo que la doctrina anglosajona denomina *privileges*, esto es, se les exime de aportar información relevante para el caso —abogados [con respecto a la información obtenida de sus clientes], sacerdotes [con respecto a la información obtenida en confesión], cualquier sujeto en relación con la información que pueda incriminarle, familiares directos [con respecto a informaciones que puedan perjudicar o beneficiar a esos familiares], etcétera—. Finalmente, pero sin menor importancia, y sin ánimo de exhaustividad, conviene señalar que también los propios plazos procesales juegan un papel de regla de exclusión: se excluye toda información —aunque sea relevante— que se presente mediante pruebas aportadas fuera de los plazos expresamente previstos.

Como ya señaló Bentham²¹, buena parte de esas reglas que excluyen elementos de juicio lógicamente relevantes se justifican en la protección por parte del derecho de valores distintos a la averiguación de la verdad: la intimidad y otros derechos fundamentales, la autonomía individual, las relaciones familiares, etcétera. En otros casos, en cambio, se excluyen elementos de juicio por considerarlos de bajo valor epistemológico ante el peligro de que una mala valoración tienda a darles más valor del que tienen. El número y el alcance de las reglas jurídicas que regulan la conformación del conjunto de elementos de juicio varían en función de los distintos ordenamientos y, dentro de ellos, en función de los tipos de proceso y jurisdicción.

La valoración de los elementos de juicio o pruebas

A partir de ahí, llegados al momento en que se cierra la composición del conjunto de elementos de juicio que se deberá valorar —con una simplificación quizás excesiva, pero elocuente: una vez declarado el proceso visto para sentencia—, se pasa al segundo momento. Ahora, se debe proceder a la valoración de los elementos de juicio disponibles en el proceso. Si el sistema jurídico establece un régimen de libre valoración de la prueba, entonces, se deberá valorar el apoyo que cada elemento de juicio aporta a las hipótesis en conflicto, de forma individual y en conjunto. Con ello, se deberá obtener un resultado que nos permita saber el grado de confirmación del que dispone cada una de esas hipótesis.

Se deben hacer aquí dos observaciones importantes: en primer lugar, el resultado de la valoración de la prueba es siempre contextual, esto es, referido a un deter-

²¹ Bentham, J. (1823: *Traité des preuves judiciaires*, ob. cit., pp. 391 y 395).

minado conjunto de elementos de juicio²². Si cambia el conjunto, por adición o sustracción de algún elemento, el resultado puede perfectamente ser otro²³. En segundo lugar, la libre valoración de la prueba es *libre* sólo en el sentido de que no está sujeta a normas jurídicas que predeterminen el resultado de esa valoración. La operación consistente en juzgar el apoyo empírico que un conjunto de elementos de juicio aporta a una hipótesis está sujeta a los criterios generales de la lógica y de la racionalidad²⁴. Asimismo, se puede advertir que ese apoyo empírico ofrecerá un grado de corroboración que, como ya señalara Popper, nunca será concluyente, pero, como él mismo advierte también: “Aunque no podamos justificar una teoría [...], podemos, a veces, justificar nuestra *preferencia* por una teoría sobre otra; por ejemplo, si su grado de corroboración es mayor²⁵”.

Si el primero de los momentos, la conformación del conjunto de elementos de juicio, acoge la gran mayoría de especificidades jurídicas, este segundo momento —siempre que estemos en el ámbito de la libre valoración de la prueba— es *el* momento de la racionalidad²⁶. Aquí se trata, insisto, como en cualquier otro ámbito del conocimiento, de evaluar el apoyo empírico que un conjunto de elementos de juicio aporta a una determinada hipótesis o a su contraria. Si tengo, pues, razón en esto, negar la posibilidad de adoptar decisiones racionales en este *momento*, a pesar de las especificidades jurídicas que puedan regir en el primero y el tercero de los *momentos* de la prueba jurídica, supone necesariamente acoger argumentos escépticos generales ante la posibilidad del conocimiento o, más estrictamente, de la decisión racional. En otras palabras, no se puede negar la posibilidad de adoptar decisiones racionales en el ámbito de la prueba jurídica *por razones específicamente jurídicas*, cuando no hay reglas jurídicas que limiten la libre valoración de la prueba.

Así pues, las limitaciones jurídicas que excluyen pruebas relevantes en el momento de la conformación del conjunto de elementos de juicio hacen que el conjunto sea epistemológicamente más rico o más pobre. Las limitaciones temporales, las limitaciones de recursos humanos y materiales, la falta de neutra-

²² Cf. Mendonca, D. *Interpretación y aplicación del derecho*. Almería, Servicio de publicaciones de la Universidad de Almería, 1997, pp. 77-78.

²³ Cf. Ferrer (*Prueba y verdad en el derecho*, ob. cit., pp. 104 y ss.).

²⁴ Cf. Rescher, N. y Joynt, C. B. “Evidence in History and in the Law”. En: *The Journal of Philosophy*, vol. LVI, n.º 13, 1959, p. 565; Damaška (ob. cit., p. 55); Damaška. *Evidence Law Adrift*. New Haven-Londres, Yale University Press, 1997, p. 21; Twining (ob. cit., p. 194); Taruffo, M. “Modelli di prova e di procedimento probatorio”. En: *Rivista di diritto processuale*, vol. XLV, n.º 2, 1990, p. 429.

²⁵ Popper, K. *Unended Quest. An Intellectual Autobiography, The Library of Living Philosophers*. 1974. Citado por la traducción castellana de García Trevijano, C. *Búsqueda sin término. Una autobiografía intelectual*. Madrid, Tecnos, 2002, p. 140.

²⁶ Cf. Thayer, J. B. (1898: *A Preliminary Treatise on Evidence*, ob. cit., p. 275).

lidad de la intervención de las partes al aportar elementos de juicio, etcétera, producen, en general, que el conjunto de elementos de juicio disponible sea más pobre. Pero, una vez ese conjunto está ya delimitado, la operación de valorar lo que de él se puede racionalmente inferir no difiere en nada de la que se puede realizar en cualquier otro ámbito de la experiencia y está sometida a los controles de la racionalidad general.

La adopción de la decisión sobre los hechos probados

Por último, el tercer *momento* es el que corresponde a la toma de la decisión. La valoración de la prueba habrá permitido otorgar a cada una de las hipótesis en conflicto un determinado grado de confirmación que nunca será igual a la certeza absoluta. Habrá que decidir ahora si la hipótesis *b* puede o no declararse probada con el grado de confirmación de que disponga. Esto depende del estándar de prueba que se utilice. Así, por ejemplo, es muy usual sostener —especialmente en la cultura jurídica anglosajona— que en el ámbito civil opera el estándar de la prueba prevaleciente, de modo que una hipótesis está probada si su grado de confirmación es superior al de la hipótesis contraria. En cambio, en el ámbito penal, operaría el estándar que exige que la hipótesis esté confirmada más allá de toda duda razonable. Es claro que aquí, de nuevo, la elección de uno u otro estándar es propiamente jurídica y se realiza en atención a los valores en juego en cada tipo de proceso²⁷. Así, se puede justificar la mayor exigencia probatoria en los casos penales, por ejemplo, en una especial protección del derecho a la libertad, vehiculada a través del derecho a la presunción de inocencia.

Conviene insistir en que el resultado de la valoración de la prueba que se obtenga en el segundo momento no implica por sí solo nada con respecto a la decisión que se va a adoptar. Para ello, es necesaria la intermediación de algún estándar de prueba. Ni siquiera se puede dar por descontado que la hipótesis que haya resultado más confirmada es aquella que deberá darse por probada. Si se observa bien el funcionamiento del estándar que exige una confirmación de la hipótesis de la culpabilidad, en un proceso penal, más allá de toda duda razonable, este supone que la hipótesis no se considerará probada, aunque disponga de un apoyo empírico mayor que la hipótesis de la inocencia —salvo que ese apoyo ofrezca una corroboración muy alta a la primera—, de forma que se presumirá la verdad de la hipótesis menos confirmada, por ejemplo, la de la inocencia.

²⁷ Cf. Stein A. (ob. cit., pp. 121-122).

LA CRÍTICA DE STEIN A LA TRADICIÓN RACIONALISTA

En el apartado anterior he señalado la vigencia, con algunas excepciones, del principio general de que cualquier elemento de juicio relevante para la adopción de una decisión debe ser admitido como prueba en el proceso judicial. Este principio general se justifica epistemológicamente en la medida en que garantiza la mayor probabilidad de que los enunciados que se declaren probados coincidan con la verdad.

Ahora bien, la averiguación de la verdad es un fin en un sentido prioritario del proceso en materia de prueba²⁸, pero no es en absoluto el único. La celeridad en la toma de decisiones, la protección de derechos fundamentales, la protección de secretos de Estado, el secreto de las relaciones abogado-cliente, etcétera, también son fines habitualmente reconocidos en la gran mayoría de ordenamientos jurídicos²⁹. Por ello, para garantizar la obtención de esas otras finalidades, los ordenamientos establecen reglas jurídicas procesales —aunque no sólo procesales— que funcionan como un filtro de admisibilidad de la prueba, adicional y posterior al juicio de relevancia. Resulta claro que la racionalidad instrumental de esas reglas jurídicas no puede ser evaluada si se tiene en mente la finalidad de la averiguación de la verdad, sino la finalidad a la que en cada caso respondan. Pero ello también significa que las reglas que persiguen la garantía de esos otros fines del proceso o del derecho pueden imponer algún sacrificio epistemológico, en el sentido de que pueden ser contraproducentes para el objetivo de la averiguación de la verdad. En general, es así; en efecto, cada vez que la protección o maximización de esos otros fines del proceso supone la exclusión de pruebas relevantes para el caso que se debe decidir. Esto no implica que sea imposible alcanzar una determinación verdadera de los hechos ocurridos, sino, más modestamente, que las probabilidades de que ello ocurra, dado que el conjunto de elementos de juicio será más pobre, también serán más bajas. Siendo consciente de ese coste, el legislador deberá decidir en cada caso

²⁸ Seguramente, se trata del único fin funcionalmente necesario para que sea posible la aplicación del derecho y, por ello, para que el derecho como instrumento de control social también pueda funcionar.

²⁹ Cf. Liebman, E. T. *Manuale di diritto processuale civile*. Milano, Giuffrè, 1955, pp. 276-277. Citado por la traducción castellana de Sentís Melendo, S. *Manual de derecho procesal civil*. Buenos Aires, EJE, 1980; Rescher y Joynt (ob. cit., p. 568); Weinstein, J. B. "Some Difficulties in Devising Rules for Determining Truth in Judicial Trials". En: *Columbia Law Review*, vol. 66, n.º 2, 1966. Reeditado en Twining, W. y Stein, A. (eds.). *Evidence and Proof*. Aldershot, Dartmouth, 1992, pp. 241 y ss.; Damaška, M. (*The Faces of Justice*, ob. cit., pp. 160 y ss.); Damaška, M. (*Evidence Law Adrift*, ob. cit., pp. 12 y ss.); Posner, R. A. *The Problems of Jurisprudence*. Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1990, p. 206; Taruffo (*La prova dei fatti giuridici*, ob. cit., pp. 336-337); Stein, A. (ob. cit., p. 110).

de conflicto entre la maximización de los fines epistemológicos y de cualquier otro que se quiera proteger, en qué medida se sacrifican unos y otros³⁰.

Para evaluar en cada caso si este tipo de reglas de exclusión están justificadas, habrá que juzgar su racionalidad teleológica, atendiendo a su adecuación como medios para alcanzar los fines a los que responden. Además, evaluar, dado que entran en conflicto con la finalidad de la averiguación de la verdad, si están disponibles otros medios para alcanzar esos fines que no conlleven este conflicto, así se evita la regla de exclusión.

Ahora bien, resulta evidente que cualquier regla de exclusión de este tipo supone el rechazo de una prueba que ha pasado el filtro de la relevancia y que, por tanto, tiene a su favor el principio general de inclusión de toda prueba relevante. Es decir, esas reglas de exclusión suponen que existe un conflicto entre distintos fines considerados valiosos por el derecho. Así, por ejemplo, la averiguación de la verdad *versus* la inviolabilidad de la correspondencia. La justificación de la regla de exclusión no es, en esos casos, sólo una cuestión de racionalidad teleológica. También tiene un aspecto valorativo de gran importancia, se trata de la ordenación de los valores que permita decidir por uno o por otro en caso de conflicto. Esta ya no es una cuestión de racionalidad sino valorativa; el legislador deberá adoptar una decisión con respecto a la ordenación de los valores en conflicto y esa decisión sólo podrá ser juzgada desde patrones valorativos.

Alex Stein ha insistido mucho³¹ en que aquí no se da un conflicto entre la epistemología —entendida como actividad neutral desde el punto de vista valorativo— y ciertos valores sociales o morales que el derecho pretende proteger, sino, en último término, como he señalado, un conflicto entre distintos valores, que el legislador deberá ordenar si quiere resolver el conflicto. Esto es, la averiguación de la verdad también es un valor para el derecho. A partir de esta constatación, Stein elabora un doble argumento contra el que denomina “movimiento abolicionista” del derecho probatorio, el cual, liderado entre otros por Bentham y Thayer, sostiene que la valoración de la prueba es una cuestión puramente epistemológica, con respecto a la que el derecho haría bien en no inmiscuirse.

- 1) En primer lugar, la epistemología sólo nos sirve para determinar el grado de probabilidad de que una hipótesis sobre los hechos sea verdadera, pero nada nos dice sobre el punto en que esa probabilidad es suficiente para

³⁰ Wróblewski, J. “La prueba jurídica: axiología, lógica y argumentación”. En: Wróblewski, J. *Sentido y hecho en el derecho*, San Sebastián, Servicio editorial de la Universidad del País Vasco, 1989, p. 183.

³¹ Cf. Stein, A. (ob. cit., pp. 118 y ss.).

aceptar como verdadera la hipótesis. Es decir, la epistemología no puede determinar los estándares de prueba³². Establecer el umbral a partir del cual el nivel de corroboración de una hipótesis es suficiente supone tomar una decisión sobre el reparto del riesgo de error. Así, en efecto, si el estándar de prueba en el proceso penal es más exigente se producirán menos condenas falsas y más absoluciones falsas, mientras que el efecto será exactamente el contrario si el estándar se sitúa en un punto menor de exigencia. Pues bien, esa es una decisión que queda absolutamente en el ámbito político-moral sobre el que la epistemología no tiene nada que decir. Para ello es necesario que se pronuncie el derecho.

- 2) En segundo lugar, como hemos visto, el denominado principio de inclusión impone la admisión de toda prueba relevante para la decisión que se debe tomar en el proceso, debido a los hechos. O, dicho de otro modo, el principio implicaría, tomado estrictamente, la derogación de las reglas probatorias que excluyen pruebas relevantes. Esta es la clásica formulación de Bentham³³ y tiene su fundamento en que la probabilidad de alcanzar una decisión correcta con respecto a la verdad sobre los hechos aumenta en la medida en que lo hace la información sobre lo ocurrido. La riqueza o peso del conjunto de elementos de juicio sobre el que se adopte la decisión estaría en directa relación con la probabilidad de que la decisión sea correcta. En cambio, la objeción de Stein ataca precisamente el fundamento del principio de inclusión:

Mientras la información de que disponga el decisor sobre los hechos siga siendo incompleta, la adquisición de información adicional con credenciales inciertas puede no mejorar su posición epistémica. La llegada de nueva información podría sólo sustituir el riesgo de error existente hasta el momento por un nuevo riesgo de error, vinculado a la credibilidad de la nueva información. Más aún, no hay garantía de que el nuevo riesgo de error sea menor que el anterior.

[...]

[...] [M]i tesis simplemente refuta la intuitiva (pero falaz) idea de que el aumento de información *necesariamente* produce mayor exactitud en la determinación de los hechos (la cursiva es del autor³⁴).

³² Ibíd., pp. 121-122.

³³ Cf. Bentham, J. 1827: *Rationale of Judicial Evidence*, 7 vols., editado por Stuart Mill, J. Citado por la edición incluida en *The Works of Jeremy Bentham* (ob. cit., vol. v, p. 255).

³⁴ Cf. Stein, A. (ob. cit., p. 123).

Pues bien, creo que el desafío de Stein al movimiento abolicionista³⁵ debe ser cuidadosamente analizado. Tiene razón el autor cuando plantea que la averiguación de la verdad es un valor más que el derecho persigue y que puede entrar en conflicto con otros valores asumidos por el mismo derecho³⁶. En esos casos, evidentemente, estaremos ante un conflicto de valores que habrá que resolver y la decisión que se adopte no será en ningún caso informada por la epistemología, sino por la política y la moral. Sin embargo, conviene tener en cuenta que, en mi opinión, el valor o la finalidad de la averiguación de la verdad no tiene estructuralmente la misma posición que los demás.

Como ya he defendido en otro lugar³⁷, el objetivo institucional de la prueba en el proceso es la averiguación de la verdad y ello no puede ser de otra manera, puesto que ese objetivo es estructuralmente necesario para que funcione el propio derecho, como mecanismo de motivación de la conducta³⁸. Sólo si las consecuencias jurídicas previstas por el derecho para acciones determinadas se aplican efectivamente a esas acciones —idealmente siempre a esas acciones y nunca a otras—, los ciudadanos tendrán motivos (jurídicos) para actuar conforme a lo prescrito por el derecho y este podrá cumplir su función de mecanismo de resolución de conflictos. Esta faceta estructural no es compartida por otros valores con los cuales la averiguación de la verdad puede entrar en conflicto. Un sistema jurídico puede funcionar perfectamente sin asumir el valor de la inviolabilidad del domicilio o de las comunicaciones, por ejemplo; este sería un sistema jurídico indeseable por otras razones, pero no hay nada que impida que un sistema así sea perfectamente efectivo y eficiente en el cumplimiento de su función motivadora de la conducta. En cambio, el sistema no puede prescindir de la averiguación de la verdad como objetivo institucional del proceso y, por

³⁵ Como se advirtió, ese movimiento teórico coincide fundamentalmente con la tesis de la concepción racionalista de la prueba, mencionada en el primer epígrafe, y que otros autores han denominado movimiento *Free proof*.

³⁶ Este punto no niega en absoluto la tradición racionalista, que coincide básicamente con lo que Stein denomina “movimiento abolicionista”. Cf. Anderson, T., Schum, D. y Twining, W. *Analysis of Evidence*, 2ª ed. Nueva York, Cambridge University Press, 2005, pp. 79-80.

³⁷ Ferrer, J. *La valoración racional de la prueba*. Madrid-Barcelona-Buenos Aires, Marcial Pons, 2007, pp. 29-32.

³⁸ No pretendo entrar en el debate de las funciones del derecho, que es muy complejo e innecesario para el argumento que estoy sosteniendo. Por el momento, basta con aceptar que cualquiera que sea la función que se pretenda atribuir al derecho, el cumplimiento de esa función exige que el derecho tenga un alto grado de eficacia como mecanismo de guía de la conducta. Cf. Hart, H. L. A. “Postscript”. En: Hart, H. L. A. *The Concept of Law*, 2ª ed. Oxford, Oxford University Press, 1994, pp. 248-249. Y para que esa eficacia sea posible, pretendo mostrar que es necesario que en la aplicación del derecho se imponga la consecuencia jurídica prevista por las normas generales a los casos en que se haya dado el supuesto de hecho previsto también por las normas y no se imponga a los casos en los cuales el supuesto de hecho no se dé. Si esto es así, se obtiene ya que el proceso judicial, por lo que atañe a la prueba, no puede tener otro objetivo fundamental que la averiguación de la verdad.

tanto, de la aplicación del derecho, puesto que de otro modo el sistema colapsaría. Esto no le otorga un mayor valor moral a la averiguación de la verdad, pero muestra que, en el conflicto entre ese objetivo del derecho y otros posibles objetivos, el primero tiene una preferencia estructural que hace que no pueda ceder siempre.

Dicho esto, creo que el primer argumento de Stein es perfectamente correcto. Efectivamente, la decisión sobre el nivel de suficiencia probatoria no es en absoluto epistemológica, puesto que la epistemología nos puede ayudar a delinear un estándar de prueba que refleje correctamente el nivel de suficiencia probatoria que se haya decidido adoptar, pero no nos dice nada sobre el nivel mismo; esa es una decisión política. Esto, de todos modos, no es específico del derecho; también la farmacología, la historia, la epidemiología o la astronomía necesitan de estándares de prueba claramente definidos. Ahora bien, la epistemología tampoco sirve en esos campos para definir el nivel de exigencia del estándar; se trata en esos casos de decisiones sociales —por ejemplo, de la comunidad científica— que toman en cuenta también los bienes en juego. No es extraño que el estándar de prueba farmacológico sea mucho más elevado que el de la historia, no por razones epistemológicas, sino por el coste del riesgo de error sobre los bienes en juego³⁹. La única diferencia en el caso del derecho es que tenemos mecanismos institucionales para adoptar las decisiones sobre los estándares de prueba.

En cambio, el segundo argumento de Stein, que afecta más centralmente al objeto de discusión de este epígrafe, me parece erróneo. Desde luego, el aumento de información relevante para la adopción de una decisión no necesariamente produce un aumento en la exactitud de la decisión. En ello tiene razón Stein, pero no es esto lo que necesita el movimiento abolicionista o la tradición racionalista para sostener que tendencialmente toda prueba relevante debe ser admitida y, por tanto, se deben abolir las reglas de exclusión correspondientes. El fundamento necesario para esa tesis es algo más débil que el rechazado por Stein: el aumento de información relevante aumenta, *ceteris paribus*, la probabi-

³⁹ No somos indiferentes ante los falsos positivos o falsos negativos en investigación farmacológica, de modo que preferimos un falso negativo —un medicamento que no supere el estándar y que, en cambio, sea beneficioso para la salud— a un falso positivo —un medicamento que supere el estándar y que, en cambio, sea perjudicial para la salud—. Por ello, se define un estándar de prueba muy exigente que distribuye desigualmente los riesgos de error. En cambio, si somos indiferentes ante la distribución de errores entre los falsos positivos y negativos en investigación histórica, por lo que el estándar de prueba se sitúa en la preponderancia de la prueba, es decir, en la exigencia de que la probabilidad de una hipótesis sea mayor que la de su negación.

lidad de que se adopte una decisión adecuada materialmente, esto es, que se declaren probados enunciados verdaderos sobre los hechos.

Afirmar únicamente que una decisión es adecuada o correcta es ambiguo, por cuanto podría significar que es la decisión fundamentada en el conjunto de elementos de juicio disponible —con independencia de su valor de verdad— o que es una decisión cuyo contenido se corresponde con la verdad de lo ocurrido⁴⁰. Así, se puede distinguir entre la validez y la verdad de la decisión⁴¹. Una decisión sobre los hechos será válida si está fundada en los elementos de juicio disponibles; en cambio, será verdadera si se corresponde con los hechos del mundo. Pues bien, el aumento de la riqueza del conjunto de elementos de juicio —o de la información, en palabras de Stein— aumenta la probabilidad de que la decisión válida sea también verdadera. Y ello es fundamento suficiente para justificar el principio de inclusión⁴².

RECONSIDERANDO LAS TESIS DE PARTIDA

Una vez analizados los distintos momentos de la actividad probatoria en el proceso judicial, estamos en condiciones de visitar las tesis de Bentham presentadas al inicio del trabajo y evaluar la incidencia, real o deseable, que tienen en nuestros sistemas procesales.

En este sentido, Twining⁴³ sostiene que las tesis abolicionistas del derecho probatorio propugnadas por Bentham han tenido éxito (en el mundo anglosajón) en lo que hace a la inexistencia de reglas sobre la valoración de la prueba y, en cambio, no lo han tenido tanto en lo que hace a las reglas de exclusión de pruebas relevantes. Desde un punto de vista estrictamente epistemológico, creo que se puede decir que, de ser así, el resultado ha sido el inverso al deseable.

En efecto, en los sistemas jurídicos anglosajones, el derecho probatorio es fundamentalmente un conjunto, a veces, muy prolífico y casuístico de reglas sobre la admisibilidad y la exclusión de la prueba. En cambio, prácticamente nada se dice sobre la valoración de la prueba y las reglas que regulan el momento de

⁴⁰ Cf. Ferrer, J. (*Prueba y verdad en el derecho*, ob. cit., pp. 98-100).

⁴¹ Cf. Laudan (ob. cit., pp. 12-17).

⁴² La crítica de Stein tiene un argumento más que debe ser analizado. El autor sostiene que el aumento de información puede ser contraproducente para la corrección de la decisión, si hay dudas sobre las credenciales de la información, esto es, sobre su fiabilidad. Desde luego, ello puede suceder. En todo caso, en línea de principio, la respuesta es que en ese supuesto lo que corresponde es un nuevo aumento de la información que nos permita evaluar la fiabilidad de la nueva prueba adquirida. Desde luego, en algún lugar hay que poner límites a este continuo para evitar el regreso al infinito.

⁴³ Cf. Twining (ob. cit., pp. 40-41).

la adopción de la decisión sobre los hechos probados son extraordinariamente vagas, al punto de resultar poco menos que inservibles.

En el momento de la valoración de la prueba, el juez, jurado o tribunal deberá evaluar qué hipótesis de las diversas en conflicto en el proceso tiene un más alto grado de contrastación. Esta es una labor comparativa entre las distintas hipótesis, a la luz de los *test* realizados y presentados como pruebas por las partes, peritos, etcétera, u ordenadas por el propio juez si el sistema se lo permite. Pero el resultado de esta valoración no podrá ser más que una ordenación del nivel de contrastación de las distintas hipótesis. Para llegar a la conclusión que atribuye a una de ellas la categoría de hecho probado es necesario contar con un criterio que nos indique a partir de qué nivel de contrastación vamos a considerar probada la hipótesis. Necesitamos un estándar de prueba⁴⁴.

Como he señalado anteriormente, esto no es distinto de lo que ocurre en cualquier otro ámbito de la experiencia. En paleontología, medicina, historia, farmacología, química orgánica o física nuclear también son necesarios estándares de prueba que permitan decidir cuándo una hipótesis en esos ámbitos de investigación puede ser considerada probada. En todos ellos, son las respectivas comunidades científicas las que, de manera normalmente informal y no institucionalizada, adoptan un estándar de prueba atendiendo a la ratio entre errores positivos y negativos que se consideran aceptables en esos ámbitos. Para ello, la epistemología no impone más que metodologías de formulación del estándar, no el estándar mismo. Por tanto, no es raro eso sea necesario también en el ámbito jurídico —como bien señala Stein⁴⁵—. La especificidad —como he indicado ya con antelación— es el carácter institucionalizado de la toma de decisiones jurídicas. Por razones democráticas, tampoco es raro que esa decisión les corresponda adoptarla a los legisladores, para cada tipo de proceso jurídico.

Si esto es así, conviene matizar las exigencias de las tesis abolicionistas: el derecho no puede dejar de regular todos los aspectos de la prueba en el proceso para que rijan sólo criterios epistemológicos por la sencilla razón de que la epistemología no es suficiente para adoptar decisiones, ni pretende serlo. En cambio, la epistemología sí sería una guía suficiente para el momento de la conformación del conjunto de elementos de juicio, si el valor de la búsqueda

⁴⁴ Esto es así incluso en el caso en que se adopten las tesis de la inferencia a la mejor explicación, puesto que en este caso, sencillamente, el estándar de prueba indicaría que se acepte como probada la hipótesis relativamente mejor contrastada, aunque su nivel de contrastación sea bajo, por el hecho de que es la mejor de que disponemos.

⁴⁵ Cf. Stein (ob. cit., pp. 133-134).

de la verdad fuera el único que nos guiara o prevaleciera siempre en caso de conflicto con otros, cosa que no ocurre en ningún ordenamiento. Y también, especialmente, en el momento de la valoración de la prueba, si estamos bajo el régimen de la libre valoración de la prueba.

La situación en el ámbito de los países del *civil law* es bastante distinta. Damaška⁴⁶ sostiene la tesis, muy atendible, de que la falta de una exigencia jurídica de motivación del juicio sobre los hechos en los ordenamientos del *common law* explica la especial proliferación en ese ámbito de reglas jurídicas que excluyen pruebas que se considera aportan información poco fiable; el objetivo es evitar que en la valoración de las pruebas se les otorgue un peso excesivo⁴⁷. En algún sentido, estas reglas pretenden garantizar *ex ante* una mayor racionalidad general de las decisiones sobre los hechos a costa de excluir elementos de juicio que, aun con un valor relativamente escaso, pudieran aportar informaciones relevantes. En cambio, en los ordenamientos del *civil law*, el control de la racionalidad de la decisión se realizaría *ex post* mediante el control de la motivación⁴⁸. Así, por ejemplo, ante una prueba o un tipo de prueba de muy baja fiabilidad, el control de racionalidad podrá funcionar *a posteriori*, siempre que se exija al decisor sobre los hechos probados que justifique por qué ha declarado probados esos hechos y cuál ha sido el apoyo empírico en el que ha basado su decisión. Se podrá comprobar, entonces, si el decisor ha otorgado un peso excesivo a una prueba cuya fiabilidad resulte cuestionada⁴⁹. En cambio, si no se exige motivación de la decisión sobre los hechos, el único modo de asegurar normativamente que no se tome la decisión sobre la base de pruebas poco o nada es fiable; directamente, excluirlas del conjunto de elementos de juicio disponibles⁵⁰.

Sin embargo, el problema en los sistemas del *civil law*, con respecto a los estándares de prueba, es el mismo, su práctica inexistencia. Tomemos como ejemplo el proceso penal: la apelación tradicional a la íntima convicción o la progresiva

⁴⁶ Damaška (*Evidence Law Adrift*, ob. cit., 41-46).

⁴⁷ Pero este no es el único motivo que explica la tradicional proliferación de reglas de exclusión de pruebas en los sistemas del *common law*. También hay que añadir, por ejemplo, la presencia generalizada de la institución del jurado compuesto exclusivamente por legos (cf. Damaška. *Evidence Law Adrift*, ob. cit., pp. 53-54) como órgano decisor sobre los hechos del caso y al que se pretende instruir detalladamente sobre las reglas que deben guiar su función.

⁴⁸ Cf. Igartua, J. *La motivación de las sentencias, imperativo constitucional*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, p. 135.

⁴⁹ Por supuesto, esto también está vinculado a la existencia de un sistema de recursos para la revisión de la decisión adoptada, que sea, además, simétrico, por ejemplo, igual para todas las partes.

⁵⁰ A pesar de ello, en ausencia de motivación detallada no hay forma de comprobar las razones que se han usado para adoptar la decisión. Sólo se podrá controlar si, a la luz de los elementos de juicio disponibles en el proceso, esa decisión resulta suficientemente justificada o no, realizando para ello una nueva valoración de los elementos.

incorporación —por vía legislativa o jurisprudencial— del “más allá de toda duda razonable”, propio de los sistemas anglosajones⁵¹ a los sistemas continentales⁵², no satisface las necesidades en absoluto, puesto que deja la decisión en manos de la subjetividad del decisor y no permite ningún control intersubjetivo. Como ha mostrado muy convincentemente Laudan⁵³, si no disponemos de un criterio que nos indique las condiciones en que la duda será razonable —que no podrá ser cuantitativo—, no podremos decir en ningún caso que disponemos de un estándar de decisión objetivo —o al menos intersubjetivo— y cognoscible *a priori*. Esto producirá serios problemas para la finalidad motivadora de la conducta propia del derecho: si no disponemos de un estándar de prueba cognoscible *a priori*, las decisiones judiciales no podrán ser previsibles, lo que impide la adaptación estratégica de la conducta a la decisión prevista⁵⁴.

En otro lugar he propuesto una formulación del estándar de prueba penal para la decisión final sobre los hechos probados de la hipótesis acusatoria, que pretende salvar los inconvenientes señalados. No abordaré aquí su justificación ni siquiera su explicación detallada, pero sí lo formularé a fin de facilitar la comprensión sobre las exigencias mencionadas.

⁵¹ Cf. McCormick, Ch. T. *On Evidence*, 4ª ed. J. W. Strong (ed.), St. Paul (Minn.), West Publishing Co., 1992, vol. 2, pp. 445-449.

⁵² El uso de esta fórmula se ha expandido en los últimos años también en muchos países de tradición romano-germánica. Es el caso, por ejemplo, de Italia y España. También el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha manifestado que el derecho a la presunción de inocencia establecido en el artículo 6.2 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales implica que sobre la acusación pesa la carga de la prueba más allá de toda duda razonable (STRDH de 6 de diciembre de 1988: caso *Barberá, Messegue y Jabardo v. España*). No obstante, en mi opinión, la presunción de inocencia, como regla de juicio, establece únicamente que en caso de duda se presume la inocencia del acusado, pero no implica ningún estándar de prueba específico. O, dicho de otro modo, el derecho a la presunción de inocencia es compatible con estándares de prueba distintos, que expresan diversos niveles de exigencia probatoria. Cf. Stella, F. *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, 3ª ed. Milano, Giuffrè, 2003, pp. 195-218 y Fernández López, M. *Prueba y presunción de inocencia*. Madrid, Iustel, 2005, pp. 199-208.

⁵³ Cf. Laudan, L. “Is Reasonable Doubt Reasonable?”. En: *Legal Theory*, n.º 9, 2003; Laudan (*Truth, Error, and Criminal Law*, ob. cit., pp. 29-62).

⁵⁴ Por esta razón, no puedo estar de acuerdo con autores como Stoffelmayr-Seidman Diamond. Cf. Stoffelmayr, E. y Siedman Diamond, S. “The Conflict between Precision and Flexibility in Explaining ‘Beyond a Reasonable Doubt’”. En: *Psychology, Public Policy and Law*, n.º 6, 2000, p. 781 y Lillquist, E. “Recasting Reasonable Doubt: Decision Theory and the Virtues of Variability”. En: *U.C. Davis Law Review*, vol. 36, n.º 1, 2002, pp. 146 y ss., 162 y ss. Estos autores consideran justificable o incluso adecuado disponer de un estándar de prueba “flexible” para que pueda ser adaptado por el juzgador a las circunstancias del caso concreto e, incluso, del acusado. Por ello, estos autores sostienen que puede ser conveniente una formulación extremadamente vaga y no definida del estándar de prueba —como la de “más allá de toda duda razonable”—, que permita esa flexibilidad. En mi opinión, ello conlleva necesariamente la imposibilidad del control sobre la aplicación del estándar de prueba y, en consecuencia, del cumplimiento del derecho a la presunción de inocencia.

Así, según este estándar de prueba, para considerar probada la hipótesis de la culpabilidad se deberían dar conjuntamente las siguientes condiciones:

- 1) La hipótesis debe ser capaz de explicar los datos disponibles, integrándolos de forma coherente, y las predicciones de nuevos datos que la hipótesis permita formular deben haber resultado confirmadas.
- 2) Se deben haber refutado⁵⁵ todas las demás hipótesis plausibles explicativas de los mismos datos que sean compatibles con la inocencia del acusado, excluidas las meras hipótesis *ad hoc*⁵⁶.

⁵⁵ Conviene aclarar el sentido en el que uso el término *refutación* en este trabajo, para evitar una problemática confusión: entiendo la refutación como el rechazo de una hipótesis derivado del incumplimiento de las predicciones que se pueden formular a partir de ellas. No obstante, hay que advertir, que el incumplimiento de una predicción formulable a partir de una hipótesis no conlleva necesariamente la refutación de la hipótesis. Al respecto, Ferrer B. (*La valoración racional de la prueba*, ob. cit., p. 132) y Leiter, B. “The Epistemology of Admissibility: Why Even Good Philosophy of Science Would Not Make for Good Philosophy of Evidence”. En: *Brigham Young University Law Review*, n.º 4, 1997, pp. 807-808. Por ello, contra lo que pudiera parecer —y sostuvo Popper—, no hay asimetría entre la corroboración de una hipótesis y su refutación: ambos son procesos graduales y probabilísticos.

⁵⁶ Este es el único requisito planteado por Allen (Allen, R. J. “Factual Ambiguity and a Theory of Evidence”. En: *Northwestern University Law Review*, n.º 88, 1994, p. 604), aunque él no hace la advertencia de la exclusión de las hipótesis *ad hoc*. Siendo así, se presenta el problema de que siempre es posible construir una historia coherente que dé cuenta *a posteriori* de los datos disponibles. El acusado podrá sostener, por ejemplo, la hipótesis del complot en su contra, que quizás resulte irrefutable, pero es una hipótesis posible. A Allen le queda como salida hacer más fuerte el requisito de la plausibilidad, de modo que no excluya únicamente las hipótesis incoherentes o incompatibles con nuestro conocimiento del mundo, pero entonces este se convierte en un requisito tan extremadamente vago que quizás sea inservible. Para evitar este problema, Allen y Pardo (Allen, R. J. y Pardo, M. S. “The Problematic Value of Mathematical Models of Evidence”. En: *Journal of Legal Studies*, n.º 36, 2007, pp. 135-136) han propuesto recurrir a la teoría de la inferencia a la mejor explicación, como medida de la plausibilidad. En términos muy generales, se puede decir que, según este modelo, una hipótesis será plausible —y, por ello, aceptable como probada en un procedimiento— si es la que mejor explica los hechos conocidos del caso. El modelo de la inferencia a la mejor explicación, basado en el razonamiento abductivo, se remonta a la obra de Harman (Harman, G. “The Inference to the Best Explanation”. En: *Philosophical Review*, n.º 74, 1965) y ha tenido en los últimos años algunos defensores de su aplicación al razonamiento probatorio jurídico (Amaya, A. “In reference to the Best Legal Explanation”. En: H. Kaptein, H. Prakken, y B. Verheij (eds). *Legal Evidence and Proof: Statistics, Stories, Logic*, Aldershot, Ashgate, 2009, en prensa). Desde luego, el modelo requeriría de un análisis detallado que no puedo realizar aquí. Sin embargo, conviene señalar dos problemas que a mi entender lo hacen difícilmente utilizable como criterio de decisión para el proceso penal, por ejemplo, como modo de formular su estándar de prueba: 1) en muchas ocasiones, la mejor explicación disponible de los hechos del caso es una mala explicación. Que sea la mejor explicación depende sólo de una comparación con las otras explicaciones o hipótesis consideradas. Y, de ese modo, por ejemplo, puede suceder que la hipótesis de la acusación sea una mejor explicación de los hechos que la hipótesis de la defensa, pero que a pesar de ello no sea una buena explicación de los hechos. De este modo, usar el modelo de la inferencia a la mejor explicación como forma de fijar el estándar de prueba penal haría de este un estándar muy débil; 2) El segundo problema se presenta cuando las hipótesis explicativas en conflicto, tanto de la acusación como de la defensa, son buenas. En ese caso, aunque la hipótesis de la acusación sea *mejor*, no parece adecuado concluir con la aceptación de la hipótesis acusatoria, salvo que de nuevo se debilite mucho el estándar. Sobre estos y otros problemas de la teoría de la inferencia a la mejor explicación aplicada al razonamiento probatorio, cf. Laudan, L. “Strange Bedfellows: Inference to the Best Explanation and the Criminal Standard Of Proof”. En: *International Journal of Evidence and Proof*, n.º 11, 2007.

La falta de estándares de prueba claros y objetivos no se puede atribuir, claro está, a los supuestos efectos perniciosos de las tesis de Bentham y de la tradición racionalista o abolicionista. Pero esa tradición y el importantísimo influjo de Bentham, en particular, han contribuido, en gran medida, a que se no se advirtiera tan importante carencia durante los dos últimos siglos⁵⁷. Por el contrario, en los últimos años se está produciendo una reivindicación de las tesis benthamianas, especialmente en países del *civil law*, por lo que atañe al momento de la conformación del conjunto de elementos de juicio sobre cuya base se deberá tomar la decisión, así como la progresiva derogación de muchas reglas de prueba tasada, que inciden en el segundo de los momentos de la actividad probatoria: el de su valoración. Y esta sí parece una influencia fructífera.

BIBLIOGRAFÍA

- Allen, R. J. “Factual Ambiguity and a Theory of Evidence”. En: *Northwestern University Law Review*, n.º 88, 1994.
- y Pardo, M. S. “The Problematic Value of Mathematical Models of Evidence”. En: *Journal of Legal Studies*, n.º 36, 2007.
- Amaya, A. “In Reference to the Best Legal Explanation”. En: H. Kaptein, H. Prakken y B. Verheij (eds.), *Legal Evidence and Proof: Statistics, Stories, Logic*, Aldershot, Ashgate, 2009, en prensa.
- Anderson, T., Schum, D. y Twining, W. *Analysis of Evidence*, 2ª ed. Nueva York, Cambridge University Press, 2005.

⁵⁷ Bayón argumenta convincentemente que la preocupación de Bentham estaba centrada en la minimización de errores y no en su distribución. Si esto es así, según Bayón, bastarían reglas epistemológicas para tomar la decisión, que debería coincidir con la hipótesis mejor fundada —lo que para Bayón nos lleva a la inferencia a la mejor explicación— y no serían necesarias ulteriores reglas socio-políticas que establezcan estándares de prueba. Otra cosa sucedería si estuviéramos interesados no sólo —o no principalmente— en la minimización de errores, sino también en su distribución. Por supuesto, para distribuir los riesgos de error entre las partes en conflicto es necesario introducir una regla que no podrá ser nunca epistemológica. La cuestión es que, en el derecho, no distribuir los riesgos de error desigualmente entre las partes también es tomar una decisión sobre la distribución de riesgos de error. Así, por ejemplo, se sostiene habitualmente en el proceso civil, en el que imperaría la regla de la preponderancia de la prueba —que distribuye igualitariamente los riesgos de error entre las partes—. Por ello se considera también en el ámbito civil que esa regla constituye a un estándar de prueba. (Cf. Bayón, J. C. “Epistemología, moral y prueba de los hechos: hacia un enfoque no benthamiano”. En: *Análisi e diritto*, 2009 [en prensa]. Citado por el manuscrito presentado en el XIV Congreso Italo-Español de Teoría del Derecho, Girona, 2008, p. 18).

La inferencia a la mejor explicación no opera tampoco, en mi opinión, en el ámbito de la jurisdicción civil puesto que también allí la mejor explicación puede no superar el estándar de la preponderancia de la prueba —si no se acepta la aplicación del principio del cálculo de probabilidades de la complementariedad—. En todo caso, no me resulta posible aquí desarrollar y justificar con detalle estas tesis.

- Bayón, J. C. “Epistemología, moral y prueba de los hechos: hacia un enfoque no benthamiano”. En: *Analisi e diritto*, 2009 (en prensa). Citado por el manuscrito presentado en el XIV Congreso Italo-Español de Teoría del Derecho, Girona, 2008.
- Bentham, J. 1823: *Traité des preuves judiciaires*, traducido por Dumont. París, Bossages frères. Citado por la traducción de M. Ossorio. *Tratado de las pruebas judiciales*. Granada, Comares, 2001.
- _____. 1827: *Rationale of Judicial Evidence*, 7 vols., editado por Stuart Mill, J. Citado por la edición incluida en *The Works of Jeremy Bentham*, vols. 6-7. Bristol, Thoemmes Press, 1995.
- _____. 1838-1843: *The Works of Jeremy Bentham*, 11 vols., editado por J. Bowring, Bristol, Thoemmes Press, 1995.
- Carnelutti, F. *La prova civile*, 2ª ed. Roma, Edizioni dell’Ateneo, 1947.
- Damaška, M. *The Faces of Justice and State Authority: A Comparative Approach to the Legal Process*. New Haven-Londres, Yale University Press, 1986.
- _____. *Evidence Law Adrift*. New Haven-Londres, Yale University Press, 1997.
- Fernández López, M. *Prueba y presunción de inocencia*. Madrid, Iustel, 2005.
- Ferrer Beltrán, J. *Prueba y verdad en el derecho*, 2ª ed. Madrid, Marcial Pons, 2005.
- _____. “Legal Proof and Fact Finders’ Beliefs”. En: *Legal Theory*, n.º 12, 2006.
- _____. *La valoración racional de la prueba*. Madrid-Barcelona-Buenos Aires, Marcial Pons, 2007.
- Gascón, M. *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*. Madrid, Marcial Pons, 1999.
- Harman, G. “The inference to the best explanation”. En: *Philosophical Review*, n.º 74, 1965.
- Hart, H. L. A. *Essays on Bentham*. Oxford, Oxford University Press, 1982.
- _____. “Postscript”. En: Hart, H. L. A. *The Concept of Law*, 2ª ed. Oxford, Oxford University Press, 1994.
- Igartua, J. *La motivación de las sentencias, imperativo constitucional*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.

- Laudan, L. "Is Reasonable Doubt Reasonable?". En: *Legal Theory*, n.º 9, 2003.
- . *Truth, Error, and Criminal Law. An Essay in Legal Epistemology*. Cambridge, Cambridge University Press, 2006.
- . "Strange Bedfellows: Inference to the Best Explanation and the Criminal Standard of Proof". En: *International Journal of Evidence and Proof*, n.º 11, 2007.
- Leiter, B. "The Epistemology of Admissibility: Why Even Good Philosophy of Science Would Not Make for Good Philosophy of Evidence". En: *Brigham Young University Law Review*, n.º 4, 1997.
- Liebman, E. T. *Manuale di diritto processuale civile*. Milano, Giuffrè, 1955. Citado por la traducción castellana de Sentís Melendo, S. *Manual de derecho procesal civil*. Buenos Aires, EJE, 1980.
- Lillquist, E. "Recasting Reasonable Doubt: Decision Theory and the Virtues of Variability". En: *U.C. Davis Law Review*, vol. 36, n.º 1, 2002.
- McCormick, Ch. T. *On Evidence*, 4ª ed. J. W. Strong (ed.). St. Paul (Minn.), West Publishing Co., 1992.
- McNamara, Ph. "The Canons of Evidence. Rules of Exclusion or Rules of Use?". En: *Adelaide Law Review*, n.º 10, 1986.
- Mendonca, D. *Interpretación y aplicación del derecho*. Almería, Servicio de publicaciones de la Universidad de Almería, 1997.
- Moreso, J. J. *La teoría del derecho de Bentham*. Barcelona, PPU, 1992.
- Pardo, M. "The field of Evidence and the Field of Knowledge". En: *Law and Philosophy*, vol. 5, n.º 24, 2005.
- Popper, K. *Unended Quest. An Intellectual Autobiography*. The Library of Living Philosophers, 1974. Citado por la traducción castellana de García Trevijano, C. *Búsqueda sin término. Una autobiografía intelectual*. Madrid, Tecnos, 2002.
- Posner, R. A. *The Problems of Jurisprudence*. Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1990.
- Postema, G. J. *Bentham and the Common Law Tradition*. Oxford, Oxford University Press, 1986.

- Rescher, N. y Joynt, C. B. "Evidence in History and in the Law". En: *The Journal of Philosophy*, vol. LVI, n.º 13, 1959.
- Sentís Melendo, S. *La prueba*. Buenos Aires, EJEa, 1979.
- Stein, A. *Foundations of Evidence Law*. Oxford, Oxford University Press, 2005.
- Stein, F. 1893: *Das private Wissen des Richters. Untersuchungen zum Beweisrecht beider Prozesse*. Citado por la traducción castellana de De la Oliva, A. *El conocimiento privado del juez*. Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1990.
- Stella, F. *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, 3ª ed. Milano, Giuffrè, 2003.
- Stoffelmayr, E. y Siedman Diamond, S. "The Conflict between Precision and Flexibility in Explaining 'Beyond a Reasonable Doubt'". En: *Psychology, Public Policy and Law*, n.º 6, 2000.
- Taruffo, M. "Modelli di prova e di procedimento probatorio". En: *Rivista di diritto processuale*, vol. XLV, n.º 2, 1990.
- _____. *La prova dei fatti giuridici*. Milano, Giuffrè, 1992.
- Thayer, J. B. 1898: *A Preliminary Treatise on Evidence at the Common Law*. Boston, Elibron Classics, 2005.
- Twining, W. *Rethinking Evidence. Exploratory Essays*, 2ª ed. Evanston, Illinois, Northwestern University Press, 1994.
- Weinstein, J. B. "Some Difficulties in Devising Rules for Determining Truth in Judicial Trials". En: *Columbia Law Review*, vol. 66, n.º 2, 1966. Reeditado en Twining, W. y Stein, A. (eds.). *Evidence and Proof*. Aldershot, Dartmouth, 1992.
- Wróblewski, J. "La prueba jurídica: axiología, lógica y argumentación". En: Wróblewski, J. *Sentido y hecho en el derecho*, San Sebastián, Servicio editorial de la Universidad del País Vasco, 1989.

LA FORMA DE ARGUMENTACIÓN JURÍDICA DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES QUE ESTUDIAN EL DESISTIMIENTO JUDICIAL ESPAÑOL

María del Socorro RUEDA FONSECA*

La constante búsqueda de resolver el problema metodológico de cuál debe ser la decisión adecuada, se ha convertido para el juez en una de las premisas principales que debe atender en su diario quehacer. Para contrarrestar esta dificultad hace uso de la discrecionalidad y de la lógica, para así comprender el campo normativo y probatorio anejo a los casos particulares en los que busca darle un sentido adecuado en términos de justicia a su resolución judicial.

Para vivificar tal dificultad de la metodología judicial a una situación real contemporánea, resulta interesante estudiar los inconvenientes de la racionalidad en la búsqueda de la discrecionalidad, como también escudriñar en las problemáticas motivacionales que conviven en el juzgador que pretende declarar el desistimiento judicial dentro del régimen del derecho procesal civil español.

Las normas que regulan el desistimiento civil español tienen repercusiones probatorias, personales y económicas que afectarán el futuro del procedimiento planteado. De manera que el juez en la motivación afirmativa o negativa del desistimiento hará evidente la expresión de una justificación razonable del acto volitivo del juzgador¹: la resolución judicial.

La importancia de una resolución judicial no sólo trasciende en el mérito que imprime la cosa juzgada, surge su fuerza vinculante de la motivación argumentada de su material probatorio y de los planteamientos jurídicos. La fuerza de autoridad que expande la motivación ajustada a tales fuentes (estudio de la prueba y del material normativo) merma la desconfianza del ciudadano sobre el concepto de “justicia de los jueces”, recobrando prestigio o reconocimiento las decisiones judiciales, que brindarán coerción y aceptación en la sociedad².

* Abogada de la Universidad de los Andes, profesora asociada. Doctorado en Derecho Procesal de la Universidad de Zaragoza (España). Directora de la publicación *Correo Judicial*, de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes. Correo electrónico: marueda@uniandes.edu.co.

¹ Cf. Castillo Alva, J. L., Luján Túpez, M. y Zavaleta Rodríguez, R. *Razonamiento judicial*. Bogotá, ARA Editores y Axel Editores, 2007, p. 367.

² Cf. Gimeno Sendra, J. *Fundamentos del Derecho Procesal*. Madrid, Civitas, 1981, pp. 31-34.

Quienes juzgan, involucran en sus decisiones el uso de los enunciados normativos, que servirán de apoyo a la resolución del problema. Caracteriza las resoluciones judiciales no sólo “la simple deducción lógica”, lograda a partir del reconocimiento de la vigencia de las normas jurídicas y de la demostración de los enunciados empíricos, pues se constata la preocupación por justificar sus fallos³.

Es usual que el juzgador español frente a las causas de desistimiento plantee el clásico silogismo judicial. Asumiendo un esquema tradicional, “caracterizado por validar la tarea sólo de aquellas decisiones que se inferen de las normas vigentes y de los enunciados empíricos⁴”, parte de una premisa menor, en la que incorpora la situación fáctica o pequeña historia del proceso⁵ o la iniciativa de desistimiento. Por otro lado, parte de una premisa mayor, en la que refleja la norma jurídica aplicable, que en su criterio podría ser aplicada. Sobre tales referentes estudiará y proyectará el pronunciamiento del sobreseimiento que finiquitará el procedimiento.

Esta caracterización de fallar dentro del margen de una argumentación tradicional repercute en un papel poco inquietante ante el verdadero campo de batalla⁶, que implica el destino y la finalización del proceso por la vía del desistimiento.

Dentro del abanico de situaciones que ha de tener en cuenta el juez para fallar el desistimiento, se ubica una condición inicial: partir de la corroboración fáctica, el deseo de desistir. Parecería una circunstancia evidente y condicionante de una consecuencia fácil de decidir. Sin embargo, tal proceso decisional no es un trabajo rutinario y fácil de solucionar, debido a que en tal ámbito argumentativo se juntan otras consideraciones debatibles y que el juzgador debe sortear.

Es necesario observar que donde se puede proyectar o enfocar inestabilidad en el proceso de razonamiento motivacional es en la premisa menor. Allí, los hechos que comprueban y deducen la figura del desistimiento parten del “acto volitivo de desistimiento”, que no requiere más condición que su propia manifestación sin motivación alguna. Esto implica que las condiciones motivacio-

³ Cf. Arturo Dorado, N. R. y Cuchumbé Holguín, N. J. *Argumentación jurídica y análisis jurisprudencial*. Bogotá, Editorial Pontificia Universidad Javeriana, 2007, p. 16.

⁴ *Ibidem*.

⁵ Cf. De la Oliva Santos, A. *Derecho Procesal Civil*. Editorial Universitaria Ramón Areces, 2004, p. 305.

⁶ Cf. Oliver Wendell Holmes citado por Rodríguez, C. *La Libertad y restricción en la decisión judicial, de Kennedy, Duncan*. Bogotá, Universidad de los Andes y Pontificia Universidad Javeriana, Ediciones Uniandes, 2002, p. 26.

nales de la iniciativa del actor, que en términos generales poco le preocuparía al juzgador, pueden permanecer ocultas o dudosas. Esta sombra de incertidumbre que se plantea sobre identificar los motivos de desistir, no generaría mayor inconveniente. Dado que el desistimiento no se agota con la exclusiva voluntad, el oferente demandante sí requerirá profundizar en los motivos o causas de este cuando el opositor manifieste una causa de oposición o subraye la condena en costas al oferente del desistimiento. Esta situación, ajena al acto volitivo que no requirió expresar sus causas, proyectará en el acto de la decisión definitiva un ejercicio jurisdiccional que explore y estudie las causas, motivos o hechos identificables en el proceso, para darle un alcance y respuesta a los efectos que puede conllevar el desistimiento (aspectos económicos, personales, procesales y de condena en costas).

Este panorama concita a puntualizar cuál es el marco de fijación de los hechos dentro del proceso civil español y viable de aplicar al desistimiento, en general. En el marco hay una serie de actividades que se encaminan a determinar o fijar los hechos. Se detectan mecanismos muy amplios, como el aporte de pruebas que allega la parte demandante y demandado en la demanda y en su contestación. Estos pueden ser un parámetro importante de recular del proceso por un error en la acción ejercida o la falta de legitimación en la causa, o por graves errores en la demanda presentada, es decir, la primera inferencia para auscultar los verdaderos móviles y las causas de oposición del desistimiento radican en la fase inicial en la que se trava la *litis*.

Otro mecanismo para incorporar pruebas surge de la regla del artículo 429.1, párrafo segundo (referido y patrocinado por el tribunal), lo cual es una posibilidad que hará reflexionar al actor por la debilidad probatoria señalada por el tribunal. También conforman el marco de la fijación de los hechos las reglas de la carga de la prueba prevista en la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) cuando no sea fácil o resulte mayor actividad o riesgo para el actor que le incumba probar los hechos.

Por último, la admisión de los hechos expresa o tácita de las partes, los hechos notorios y las presunciones conforman el panorama del que dependerá el futuro probatorio del objeto procesal y que soportará en un momento dado la opción de desistir.

Ahora bien, partiendo de la base de que el material probatorio primario y relevante se introduce con la demanda y en su contestación, se pone de relieve que las partes, en gran medida, son las responsables de allegar el suficiente mate-

rial que comprobará o refutará los hechos y excepciones presentadas. Es así como le corresponde al introductor de la demanda y al demandado la iniciativa probatoria (art. 216, LEC) dado su papel protagónico en el derecho de acción y contradicción⁷. Sin embargo, en el sistema español, al juez se le atribuye la iniciativa probatoria cuando las pruebas presentadas por las partes pueden resultar insuficientes para el esclarecimiento de los hechos y hará tal manifestación a las partes, con respecto al hecho o hechos que se afectan por tal deficiencia probatoria⁸. Aunque las pruebas aportadas están encaminadas a la resolución del objeto procesal planteado en las pretensiones y excepciones iniciales, resulta necesario tener en cuenta tales argumentos directos para consolidar un auto de sobreseimiento que responda a otros efectos esperados que se pueden aparejar en el fallo definitivo.

ÁMBITO PROBATORIO DEL DESISTIMIENTO

Ante la presentación o solicitud del desistimiento judicial una vez emplazada la parte o citada para juicio, el material probatorio del proceso recaudado hasta el momento de la propuesta pasa a un segundo plano, debiéndose acatar la petición del actor. Esta primaria conclusión no es en la que estaríamos de acuerdo; la solicitud del desistimiento sería la premisa menor y la premisa mayor la norma que regula el desistimiento (art. 20, LEC). En el ejercicio de determinar cómo el juez debe razonar cuando realiza la valoración normativa y probatoria de desistir, se encuentra con varias afirmaciones o problemáticas, a las que hace alusión en su decisión. Todas ellas van más allá de una afirmación o denegación del desistimiento.

Los siguientes interrogantes desplazan al acto volitivo de desistir como única hipótesis de estudio del argumento del sobreseimiento, añadiéndose justificaciones probatorias y tendencias discrecionales por parte del juez, veamos las siguientes:

- 1) ¿El dominio del proceso está en cabeza del actor, por tanto, puede dar marcha atrás al procedimiento dada su posición dominante frente a la acción?

⁷ Además por la influencia del principio dispositivo en los procesos civiles.

⁸ Este planteamiento normativo es criticado por el profesor De la Oliva Santos, quien teme que el precepto entrañe vulneraciones al principio de igualdad, a la imparcialidad o neutralidad del juez. Cf. De la Oliva Santos (ob. cit., p. 308).

- 2) ¿Se debe contar con la aceptación del demandado como requisito *sine qua non* para estimar el desistimiento? ¿Si el proceso es dispositivo y dominado por el actor, será necesaria tal medida?
- 3) ¿La oposición expresa y sin justificación alguna, ejercida por el demandado, es una prueba suficiente para denegar el desistimiento?
- 4) ¿La oposición que se cimenta en material probatorio es suficiente para enervar el objeto del desistimiento?
- 5) ¿En qué consiste una verdadera oposición?
- 6) ¿Se puede hacer caso omiso a las causas que fundamentan la oposición y entrar a fallar por esa razón, como estime oportuno el juzgador, o puntualizar sobre el exclusivo dominio del actor?
- 7) ¿Las costas judiciales son una forma de materializar los perjuicios acaecidos al demandado?
- 8) ¿La deficiencia probatoria de una o de ambas partes es una justificación para desistir?
- 9) ¿La ausencia de legitimación en la causa o las deficiencias son verdaderas causas de desistir?

Estas son algunas de las singulares preocupaciones que enfrenta el juzgador al proyectar cualquier decisión bajo el formato del silogismo judicial.

El juez español, dentro de las resoluciones judiciales, ha entablado un diálogo escrito de satisfacer las necesidades de quienes pretenden hacer terminar el proceso sin necesidad de acudir a la sentencia judicial. El camino que ha recorrido el desistimiento judicial a lo largo de los siglos XX y XXI está marcado por las tendencias de las corrientes del nuevo derecho, que privilegian el rol activo de las partes en el proceso para proyectar y condenar en sus fallos los posibles efectos económicos que las decisiones judiciales puedan acarrear, y en especial, a mantener la igualdad y la tutela judicial en los términos del artículo 24 de la Constitución española.

Esta cultura jurídica ha privilegiado en la argumentación jurídica de sus fallos una corriente que incorpora y hace prevalecer el derecho de los jueces, para dar respuesta a los vacíos que se puedan dar en la ley procesal. Este trazado ha conllevado a la solución de debates de larga discusión, ha permitido dar

respuesta a los vacíos legales en torno a las necesidades normativas que encierra el desistimiento y que ha traído la necesidad de invocar material probatorio desaprovechado, por lo menos desde el plano puramente normativo.

La concepción teórica de la LEC ha patrocinado un rumbo preponderante, al ofrecerle un sentido e importancia al desistimiento en el marco procesal. Se denota en el uso del lenguaje escrito, en la habilidad de persuadir y convencer frente a las problemáticas normativas y probatorias que enmarca el desistimiento. Adherido y observado en sus prácticas, como argumento central en sus fallos, el Estado constitucional se afirma en la procuración del respeto por los derechos fundamentales que se pueden ligar al factor desistimiento⁹. Así se afirma el poder democrático, no sólo mirando la normativa pertinente sino también de cara a dar respuesta a la comunidad que accede a la justicia, que encuentra una ventaja y estrategia en la utilización del desistimiento.

Se da un papel fundamental a la razón, como regla universal que rige cualquier disputa. Se detecta en los fallos judiciales, la evocación, escucha y reflexión de las razones que asumen una y otra parte para considerar la asertiva o negativa del desistimiento. El juez se pone de cara a los retos de la justicia procesal continental cuando asume un rol activo en el proceso y dentro de la decisión, cuando convoca las razones de cada parte; ha partido de la base de que la decisión no sólo es argumentar¹⁰, sino que también todos sus razonamientos se alinean a proyectar las razones que se pueden dar a favor o en contra haciendo uso de su habilidad para escudriñar situaciones subjetivas más allá del ámbito normativo.

En esa nueva avanzada del derecho procesal español, la visión pragmática fecunda las resoluciones judiciales, el mismo Tribunal Constitucional ha patrocinado fallar cada caso en concreto, de acuerdo con sus propias verdades y necesidades de justicia impregnadas en las peticiones y en las oposiciones del desistimiento¹¹. Así se estimula el potencial de los jueces en indagar sobre lo fáctico y peculiar de cada situación en particular.

⁹ El Tribunal Constitucional español en la STC 187/1990, del 26 de noviembre (RTC 1990, 187), señala que los órganos judiciales son “quienes en cada caso concreto tenían que decidir de forma casuística en uno u otro sentido sobre la necesidad de acuerdo de la parte demandada para la aceptación del desistimiento, sin que por ello se incurriera en violación de derechos fundamentales. [...] Los tribunales ordinarios, al resolver en cada caso sobre la pertinencia o no del desistimiento, habrían de velar porque no se causara indefensión o lesión alguna de índole constitucional a la parte demandada, pero semejante obligación se debería, en su caso, a las circunstancias concretas del supuesto de hecho”.

¹⁰ Cf. Atienza, M. *Derecho y argumentación*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 32.

¹¹ *Ibídem*.

Podemos denotar que el juez español como libre pensador dentro del marco de la Constitución española ha dado uso del poder de convencer, utilizando los argumentos retóricos, lógicos y dialécticos, todos ellos argumentos de prestigio, según Perelman, para enfrentar un principio de solución a la criticada institución del desistimiento.

EL LENGUAJE EN LOS FALLOS JUDICIALES

Con el objeto de comprender el marco de la motivación, podemos utilizar los recursos de la lingüística para la comprensión de la decisión, apoyarnos en el proceso mental de aplicación, comprensión e interpretación de las normas jurídicas, como un razonamiento unitario, para así explorar el papel creador del intérprete¹². Son planos que permiten verificar la fidelidad de lo reglado y la creación hermenéutica que proyecta el juzgador o intérprete del momento frente a las nuevas propuestas de desistimiento de la LEC de 2000.

Al apoyarnos en la lingüística, la cual se enfoca en el lenguaje, como punto de partida universal para comprender el objeto de desistir, no queda más remedio que utilizar el lenguaje común para entender y avivar el diálogo de lo que quiso el legislador y proyectar en una medición lingüística su propio alcance, que no será otra cosa que comprender su propio diálogo entablado mediante la ley procesal.

En ciertas ocasiones, las fallas en el lenguaje común y escrito se trasladan a los párrafos que conforman la decisión, conllevando a ambigüedades o equívocos de las razones jurídicas y fácticas que se imprimen en el fallo. De alguna manera, esto empaña la forma de argumentación que ha puesto en práctica el juez español. El punto de partida es la comprensión del texto, que muy seguramente irá acompañado de una precompresión normativa y de perjuicios o subjetividades que informarán en un sentido la aplicabilidad particular del desistimiento. El juzgador en cada ejercicio de aplicación, comprensión e interpretación mantendrá un diálogo hermenéutico, que abordará en cada ejercicio o caso particular, como lo planteó el Tribunal Constitucional desde 1990. Le proyectará su propia subjetividad y ello repercutirá en una transformación del plano normativo a largo plazo.

Es estimulante considerar que el buen uso del lenguaje en una gran cantidad de resoluciones judiciales ha llevado al intérprete a darle un valor agregado a su

¹² Cf. García Calvo, M. *Los fundamentos del método jurídico: una revisión crítica*. Madrid, Editorial Tecnos, 1994, p. 181.

trabajo decisonal, cuando se palpan progresos en los procesos metodológicos, analíticos y discrecionales que utiliza el juez. Estos procesos de argumentación, utilizados dentro del quehacer motivacional de las causas de desistimiento, han canalizado un promedio de doce tendencias sujetas a problemáticas distintas, por las que marcha el desistimiento español¹³.

Este recorrido y decantamiento de las posiciones o tendencias del desistimiento evocan que los jueces en su rol de intérpretes han mejorado en el sentido lingüístico, proyectando con mayor nitidez cómo está escrita la legislación procesal y lo que representa en el lenguaje común¹⁴. Esto llevará a mantener un diálogo amplio sobre las circunstancias fácticas aducidas por las partes (desistir *versus* aceptar u oponerse), incluso les hará ver las discusiones dogmáticas que pudieran tener la figura en una época determinada de su aplicabilidad. Es más, podrán enfocar diálogos anticipatorios de la precomprensión que pudiera tener en el futuro¹⁵.

Ha sido una senda recorrida por el juez español, desde antes de la proyectada solución del desistimiento judicial, que supuestamente finiquitó las problemáticas de los años cincuenta hasta 2000. La comprensión del desistimiento no sólo se ha relativizado a una mera discusión normativa que ha tocado la senda

¹³ *Tendencia*. AP de Ciudad Real, 23 de enero de 2002 (tesis del interés legítimo). *Tendencia*. AP de la Rioja del 6 y 8 de marzo de 2002 (tesis mayoritaria, intermedia, también llamada la del consentimiento incompleto o la tesis de la discrecionalidad). *Tendencia*. AP de Salamanca, 23 de julio de 2002, tesis de la aceptación del desistimiento debe ser clara; si aun esta no es clara, se entiende como oposición y se aplica el artículo 396.1 LEC, salvo que haya un evidente caso de deslealtad del demandado (AP de Madrid del 10 de marzo de 2000). *Tendencia*. AP de Girona del 9 de octubre de 2002. Tesis: si la parte demandada ha sido traída al proceso ha sido por causa y voluntad imputable del demandante, se aplica por tanto el artículo 396.1. *Tendencia*. AP de Barcelona (sección 12ª) del 19 de mayo de 2002, SAP de Madrid (sección 10ª) del 30 de noviembre del 2002, y AP de Tarragona (Sección 1) 8 de octubre de 2003. Tesis: la oposición que se manifiesta con condena en costas es consentimiento al desistimiento, no genera condena en costas, se da aplicación del artículo 396.2 LEC. *Tendencia del sensu contrario*. Auto AP de Zamora de 12/2/2003, Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 4ª) Auto n.º 348/2004 de 28 abril JUR 2004\296201, SAP (sección1ª) de Segovia del 3 de junio de 2004 JUR 2004, 192751. *Tendencia*. Audiencia Provincial de Murcia (Sección 4ª) Sentencia n.º 252/2007 del 9 noviembre JUR 2008\77544. (Hay que oponerse si se quieren costas). *Tendencia*. Audiencia Provincial de Girona en sentencia de 9-10-2002. *Tendencia*. La tesis de la literalidad de la ley, interpretación literal del artículo 396 a efecto de costas. Audiencia Provincial de León (Sección 2ª) Auto n.º 13/2006 del 15 de febrero JUR 2006\89163. *Tendencia*. AP Audiencia Provincial de Madrid (Sección 25ª) Auto n.º 168/2003 de 21 octubre JUR 2004\87586. Aplicación analógica del 394.1 cuando deba escudriñarse aspectos de la mala fe no contemplados en el artículo 396 LEC. *Tendencia*. Audiencia Provincial de Madrid (Sección 21ª) Auto n.º 85/2007 de 24 abril JUR 2007\211285.

¹⁴ El punto de partida es la comprensión del texto, que muy seguramente irá acompañado de una precomprensión normativa y de perjuicios o subjetividades que informarán en un sentido la aplicabilidad particular del desistimiento. El juzgador en cada ejercicio de aplicación, comprensión e interpretación mantendrá un diálogo hermenéutico, que abordará en cada ejercicio o caso particular como lo planteó el Tribunal Constitucional desde 1990. Le proyectará su propia subjetividad y ello repercutirá en una transformación del plano normativo a largo plazo.

¹⁵ *Ibíd.*, pp. 182, 183.

personal, el buen nombre de quienes se encuentran involucrados, la ampliación de escudriñar otros factores distintos de la voluntad de desistir, la de tener en cuenta las consecuencias económicas de quien puede resultar perjudicado. De allí que no baste con la mera comprensión de la ley, por lo cual habrá que revisar otros tipos de repercusiones que conllevan crisis en el proceso e incluso la terminación del procedimiento.

Esta comprensión del texto ha llevado, a lo largo del recorrido de la aplicación de la medida del desistimiento, desde la anterior LEC, a involucrar dentro de su argumentación principios constitucionales que impregnan en sus argumentos, tan simples como la manifestación de desistir y las posibles injusticias de desatender, la problemática de la aceptación de la contraparte del desistimiento. También han sido de utilidad sus argumentaciones en desmontar el entramado deficiente que tenía la legislación procesal antes de 2000 a situaciones como si el desistimiento fuera un acto unilateral¹⁶ o bilateral¹⁷, a ubicar la naturaleza del proceso civil español¹⁸, o si el proceso civil podía propender a la difamación del individuo y el carácter razonable de las costas judiciales¹⁹.

Todas estas facetas problemáticas que parecen exógenas al proceso y a la determinación de desistir, coexistieron a lo largo del asentamiento del derecho de los jueces en las reglas particulares de la LEC de 2000. Se evidencian en las formas de argumentación que utilizaron los jueces para desentrañar cualquier decisión que competía resolver tan trascendental asunto.

Ahora bien, a partir de 2000, ante una regulación supuestamente completa del desistimiento y su forma de valoración de la condena en costas, se ha estimado por la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales españolas que aún persisten vacíos legales frente a la fisonomía económica del desistimiento, las cuales no

¹⁶ La resolución judicial ss.T.S. del 5 de diciembre de 1891, 21 de diciembre de 1927 y 4 de noviembre de 1948 señalaban que al “ser el desistimiento una declaración de voluntad revocatoria de otra anterior, tiene carácter unilateral y no requiere para la prosecución del juicio la aceptación del demandado, ni ésta es, en consecuencia, un requisito necesario para su válida existencia”.

¹⁷ Audiencia Provincial de Asturias (Sección 7ª) Auto n.º 112/2007 del 31 julio. JUR 2008\42971, Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 8ª) Sentencia n.º 255/2006 de 11 septiembre JUR 2007\196604, STS del 4 de marzo de 2002, Audiencia Provincial de Salamanca (Sección 1ª) Auto n.º 14/2005 de 11 marzo JUR 2005\103688, entre muchas otras.

¹⁸ La sentencia STS del 9 de junio de 1986 entendía que el proceso civil encuadraba la necesidad de bilateralidad del desistimiento en la postura del proceso civil como cuasi contrato de *litiscontestatio*.

¹⁹ Véase esta discusión en el fallo de la Audiencia Provincial de Castellón (Sección 3ª) Auto n.º 380/2006 del 21 julio JUR 2007\56055, “el tenor literal de la regulación vigente en la materia permite que se generen dudas acerca de si, para que puedan imponerse las costas al actor que desiste, el demandado ha de oponerse rotundamente al desistimiento y pretender la prosecución del procedimiento o, por el contrario, es suficiente que pida la imposición a quien desiste de las costas causadas hasta el momento, o incluso que no diga expresamente que lo consiente”.

han sido resueltas con las reglas del artículo 396 de la LEC y sobre el carácter discrecional esperado por los jueces en la decisión definitiva del desistimiento²⁰.

Bajo el argumento de enfrentar un vacío legal, el reto que asumieron las resoluciones judiciales de los jueces españoles fue la de dar explicación y armonización al texto legal, a la realidad concreta de los procesos y a la propuesta de argumentación para hacer prevalecer la justicia y el derecho de los jueces. Para ahondar sobre el punto observemos lo que consagra el artículo 396 de la LEC:

Condena en costas cuando el proceso termine por desistimiento

- 1) Si el proceso terminara por desistimiento del actor, que no haya de ser consentido por el demandado, aquel será condenado a todas las costas.
- 2) Si el desistimiento que pusiere fin al proceso fuere consentido por el demandado o demandados, no se condenará en costas a ninguno de los litigantes.

Por la jurisprudencia española, se ha señalado que dentro de las reglas del artículo 396 no cabe el evento de condena en costas del desistimiento cuando este fuera aceptado por el demandado y, a su vez, se hubiera opuesto reclamando la condena en costas dados los posibles perjuicios económicos que hubiere podido causarle, hasta la fecha, la tramitación del proceso o por otros motivos que consideró indemnizables.

Desde los primeros fallos sobre desistimiento ha sido permanente tal discusión que ha llevado a elaborar diferentes tendencias de solución sobre el punto y sobre las cuales se enmarca un tipo de argumentación judicial.

Dentro de las posibles soluciones se ubica la tendencia que se llama *la aplicación del argumento sensu contrario*, para dar aplicabilidad a la condena en costas a quien declaró su ánimo de desistir y que se opuso solicitando la pretendida condena en costas por la razón que fuere.

Las lecturas de varios de sus fallos provocan y advierten que el uso de lenguaje ceñido a las consideraciones del texto legal ha patrocinado la mayor discusión al interpretar el texto del artículo 396 de la LEC. No se sale fuera del texto para auscultar o propiciar una decisión que enfrente los retos de la discreción y en muy pocas ocasiones resalta la importancia económica del opositor.

La luz de guía del intérprete ha sido el texto, el espíritu de la ley y la interpretación positiva de esta. La fórmula de interpretar bajo los parámetros que emanan

²⁰ Apartado final del artículo 20 de la LEC.

del texto legal, limita en este punto la actividad creadora de los jueces, mina de formalista la interpretación. El hecho de proporcionarle una fuerza única al papel lingüístico dificulta el proceso de aplicación, comprensión y de interpretación propio de la hermenéutica dialogante.

Así, los argumentos, al dar un aspecto complementario e interpretativo de las normas jurídicas, trazan el ámbito de la interpretación restrictiva, ante el supuesto silencio presunto del legislador, que quedó reglado y no expresado en el texto²¹. Del juez se espera que ante la solución propuesta examine los efectos que tendría la aplicación de la norma en cuestión y no sólo sea un raciocinio basado en la literalidad y la intuición interpretativa.

En esa identificación de la dimensión lingüística —qué está escrito, qué no se escribió, qué no quedó regulado, cómo se opuso el demandado— corre en paralelo la necesidad de solucionar un caso en concreto del juzgador. Esta pérdida de tiempo, que se concreta en dejar de observar lo factual que enhebra la oposición y ceñirse exclusivamente al discurso basado en el formalismo interpretativo, no permitirá que los observadores que supervisan, en este caso la comunidad, detecten en los jueces un abrazo realista a la función jurisdiccional en el que proyecten un control democrático sobre una racionalidad expresa y conciencia autocrítica²², esperada en el ejercicio motivacional. Se espera, si es que hay lugar al vacío legal, un diálogo más allá de la interpretación positiva que comprometa la subjetividad de quien lo aplica e involucre las necesidades económicas y personales que implica recular del procedimiento sin estudiar el objeto procesal.

CARÁCTER DISCRECIONAL DEL JUEZ ESPAÑOL EN LAS CAUSAS DE DESISTIMIENTO CIVIL

La manifestación de voluntad de desistir sin duda es la pieza probatoria básica para emprender cualquier consideración que ponga en marcha el procedimiento del desistimiento. Las posibilidades son variadas, así como los puntos procedimentales que están en estrecha relación con el momento procesal en el que se manifieste el desistimiento.

La forma de argumentación varía dependiendo de la faceta de desistimiento que se esté poniendo en juego en la decisión. Si se está en el marco de un

²¹ Cf. Ezquiaga Ganuzas, F. J. *La argumentación en la justicia constitucional española*. Bilbao, Editorial Instituto Vasco de Administración pública, 1987, p. 244.

²² Cf. Guash Fernández, S. *El hecho y el derecho en la casación civil*. Barcelona, Bosch, 1998, p. 451.

desistimiento anterior al emplazamiento para contestar la demanda o citado para juicio, no le queda otra alternativa al juzgador que aceptar directamente sin reflexión alguna el desistimiento. Basta con la prueba de su petición para consolidar la terminación del proceso. En estos casos particulares, la forma de argumentar del juez es despreocupada y se limita a hacer cumplir la ley procesal sin mayores reflexiones. Podría señalar que se trataría de un caso fácil²³ sin mayor énfasis en los aspectos probatorios. Se podría concluir que la manifestación de voluntad del actor ata la manifestación que proyectará el juez.

En el mismo plano se encontraría el desistimiento en cualquier estado del proceso y hasta antes de la primera instancia, cuando a la contraparte se le haya declarado en rebeldía. La declaración de rebeldía permite que el demandante pueda, mediante su procurador y letrado, presentar el desistimiento en “cualquier momento del proceso” sin tener que correr traslado alguno a quien no ha sido declarado en rebeldía.

Este estatus procesal permite que haya libertad total para hacer un retiro con la propuesta de la demanda. Esta eventualidad puede estar sujeta a cualquier fase de la instancia en la que se encuentre el proceso²⁴.

En los casos de rebeldía declarada, en caso de desistir la parte demandante no habrá condena en costas al demandado declarado rebelde, no se ha generado gasto procesal que haga inferir una condena en costas²⁵. Esta facilidad

²³ Debido a que Hart no deja muchas pistas por lo que se entiende qué es estar de acuerdo con el enunciado de los casos fáciles, “se ha vuelto tan popular” que se puede signar como estar de acuerdo, con expresiones como “natural y obvio”, superficial, literal, textual o simplemente “no contencioso” del enunciado no lingüístico. Lo interesante del asunto es que se asume, por la mayoría de abogados, que en los casos fáciles “gana” alguna forma de interpretación literal, que, sin embargo, no merece ser llamada interpretación por la obviedad con la que aparece y la ausencia de conflicto en torno a su adopción judicial como norma controlante del caso. Cf. López Medina, D. E. *La letra y el espíritu de la ley*. Bogotá, Ediciones Uniandes, Editorial Temis, 2009, p. 24.

²⁴ En el caso de procesos de incapacitación presentados a través del Ministerio Fiscal surge el interrogante de qué sucede con los declarados en rebeldía. La demanda que se presenta es de aquellas que por su naturaleza el derecho es indisponible y, por consiguiente, no surte el desistimiento a menos de contarse con la conformidad del Ministerio Fiscal. A primera vista se enrocaría el proceso es una imposibilidad del desistimiento, pero si quien determina el desistimiento es el mismo Ministerio Fiscal no habría duda de la pertinencia legítima de la solicitud de este. Aunado a este consentimiento calificado de desistir y ante el efecto que produciría a un afectado de rebeldía, no habría obstáculo alguno para la declaración del desistimiento. Esto quiere decir que pese a que se trate de un proceso de indisponibilidad de objeto, cuando se cuenta con la anuencia o la solicitud misma del Ministerio Fiscal procede con efectividad el desistimiento, así la contraparte haya sido declarada en rebeldía. Resultaría contradictorio a quien acudió a la representación del Ministerio Fiscal para impetrar una demanda de incapacitación que se le condenare a costas surgidas del desistimiento presentado por este, máxime cuando estas no están previstas para tal eventualidad de unilateralidad gestada desde la misma rebeldía y como consecuencia de la aplicación del artículo 394.4 de la LEC.

²⁵ Audiencia Provincial de Girona (Sección 2ª) Auto n.º 170/2003 del 24 de julio AC 2003\1146.

de juzgamiento ante el desistimiento unilateral facilita sin duda la forma de argumentación.

En los casos en los que se discute si la persona declarada en rebeldía se afecta con la medida del desistimiento, por encontrarse en entredicho su situación, la argumentación ha sido más determinante y anclada en las posturas del Tribunal Supremo, a fin de encontrar una salida que gobierne de manera lógica y razonada sus posturas decisionales.

Es frecuente que el afectado declarado rebelde promocióne una justificación probatoria derivativa de una nulidad procesal. Bajo los argumentos de falta de citación o defectuosa citación o desatención administrativa en la práctica del emplazamiento o la citación para juicio, causándole indefensión amparada por la Constitución española²⁶. Las prácticas de las partes por eludir la notificación se han contrarrestado con las propuestas impuestas en los artículos 149 a 168 de la LEC, que cierran globalmente la brecha de una posible nulidad ante las formas de notificar. La dejadez y falta de cautela del demandado ante la citación que se le pone de presente ha sido un planteamiento que se ha desvanecido con las consideraciones no sólo legales, sino también con claras motivaciones basadas en los aspectos probatorios del caso en concreto, de la cual dimana la certeza de juzgar al rebelde.

Las consideraciones interpretativas han llevado a gestar dentro del proceso hermenéutico del desistimiento el uso de los argumentos pragmáticos para

²⁶ El Tribunal Constitucional ha sostenido “la trascendencia que, para la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva, tienen los actos de comunicación procesal, con el fin de garantizar que todas aquellas personas que puedan resultar afectadas por lo acordado en un procedimiento judicial, tengan la oportunidad de acceder al proceso y a los recursos legalmente establecidos en condiciones de poder ser oídas y de ejercer la defensa de sus derechos e intereses legítimos, de conformidad con lo previsto en las leyes procesales, lo que, sin duda, impone a los órganos judiciales un especial deber de diligencia en la realización de las citaciones y notificaciones procesales que asegure, en la medida de lo posible, su recepción por los destinatarios, dándoles así la ocasión de defenderse (SSTC 167/1992 [RTC 1992, 167], 103/1993 [RTC 1993, 103], 316/1993 [RTC 1993, 316], 317/1993 [RTC 1993, 317], 334/1993 [RTC 1993, 334] y 108/1994 [RTC 1994, 108]). Para lograr esta plena efectividad del derecho de defensa, el artículo 24.1 CE (RCL 1978, 2836) impone a los órganos judiciales la obligación de efectuar el emplazamiento, citación o notificación personal de los interesados, siempre que sea factible, asegurando de este modo que puedan comparecer en el proceso y defender sus derechos (SSTC 9/1981 [RTC 1981, 9] y 37/1984 [RTC 1984, 37]), por lo que la utilización de los edictos, al constituir un remedio último para los actos de comunicación procesal, de carácter supletorio y excepcional, requiere el agotamiento previo de los medios de comunicación ordinarios, que ofrecen mayores garantías y seguridad de recepción para el destinatario, y la convicción del órgano judicial de que al ser desconocido el domicilio o ignorado el paradero del interesado, resultan inviables o inútiles los otros medios de comunicación procesal (SSTC 156/1985 [RTC 1985, 156], 36/1987 [RTC 1987, 36], 157/1987 [RTC 1987, 157], 171/1987 [RTC 1987, 171], 141/1989 [RTC 1989, 141], 242/1991 [RTC 1991, 242], 312/1993 [RTC 1993, 312] y 108/1994 [RTC 1994, 108])”. Audiencia Provincial de Las Palmas (Sección 5ª) Sentencia n.º 9/2006 de 18 de enero AC 2006\636.

revestir tal proceso intelectual en una verdad o valor a partir de las consecuencias favorables, incluyendo en ellas el principio *pro actione*. Esto con el objeto de darle un significado y justificación al desistimiento, arguyendo razones prácticas cimentadas en la buena o la mala fe de la petición de desistir o en las actuaciones esperadas por la parte opositora de la medida.

BIBLIOGRAFÍA

- Arturo Dorado, N. R. y Cuchumbé Holguín, N. J. *Argumentación jurídica y análisis jurisprudencial*. Bogotá, Editorial Pontificia Universidad Javeriana, 2007.
- Atienza, M. *Derecho y argumentación*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998.
- Castillo Alva, J. L., Luján Túpez, M. y Zavaleta Rodríguez, R. *Razonamiento judicial*. Bogotá, ARA Editores y Axel Editores, 2007.
- De la Oliva Santos, A. *Derecho procesal civil*. Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2004.
- Ezquiaga Ganuzas, F. J. *La argumentación en la justicia constitucional española*. Bilbao, Editorial Instituto Vasco de Administración Pública, 1987.
- García Calvo, M. *Los fundamentos del método jurídico: una revisión crítica*. Madrid, Editorial Tecnos, 1994.
- Gimeno Sendra, J. *Fundamentos del Derecho Procesal*. Madrid, Civitas, 1981.
- Guash Fernández, S. *El hecho y el derecho en la casación civil*. Barcelona, Bosch, 1998.
- López Medina, D. E. *La letra y el espíritu de la ley*. Bogotá, Ediciones Uniandes, Editorial Temis, 2009.
- Rodríguez, C. *La libertad y restricción en la decisión judicial, de Keneddy, Duncan*. Bogotá, Universidad de los Andes y Pontificia Universidad Javeriana, Ediciones Uniandes, 2002.

LA PRUEBA DEL DOCUMENTO
ELECTRÓNICO EN EL PROCESO CIVIL

LA PRUEBA DOCUMENTAL ELECTRÓNICA FRENTE AL DOCUMENTO EN SOPORTE PAPEL

Horacio CRUZ TEJADA*

ANOTACIONES PRELIMINARES

Es incuestionable en nuestros días la importancia que han adquirido las llamadas nuevas tecnologías de la información. El tráfico jurídico actualmente se mueve a gran velocidad gracias a las herramientas que brinda la electrónica y los avances tecnológicos en los medios de comunicación. Así como la sociedad avanza a pasos agigantados, el derecho no puede quedarse atrás a la hora de regular las relaciones sociales y económicas.

En el entorno colombiano, algunos esfuerzos se han hecho por parte del legislador para estar acorde con los avances tecnológicos y con las necesidades de justicia que demanda la sociedad. Acudiendo a este llamado, el Congreso de la República expidió la Ley 527 de 1999, del 18 de agosto, llamada la Ley de Comercio Electrónico¹, con la cual se da un gran paso para que el derecho entre en la era de las tecnologías.

De igual manera, en los estatutos procesales se ha venido trabajando en la incorporación de los medios electrónicos y su incidencia en el proceso judicial. Con base en lo anterior, en este artículo se revisará el documento en soporte papel frente al documento electrónico en el proceso judicial, especialmente en el civil. Para tal efecto, se plantea un análisis del mismo a la luz de la regulación normativa, así como el desarrollo doctrinal y jurisprudencial que sobre la materia se ha presentado en Colombia. Es preciso advertir que para dicho análisis no puede dejarse de lado la ley modelo de comercio electrónico de las Naciones Unidas, así como los principios que la gobiernan.

* Exdirector del Área de Derecho Procesal y del Consultorio Jurídico de la Universidad de los Andes; profesor de cátedra de la misma institución. Miembro del Instituto Colombiano de Derecho Procesal y del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal.

¹ Se trata de una de las primeras legislaciones que en Latinoamérica desarrolló el comercio electrónico, y toma como fundamento la ley modelo de comercio electrónico de UNIDROIT.

PRUEBA DOCUMENTAL EN EL CONTEXTO COLOMBIANO

Si bien el estatuto procesal civil colombiano no trae una definición de documento², la doctrina se ha ocupado de la misma en los siguientes términos: “cualquier cosa que sirve por sí misma para ilustrar o comprobar por vía de representación, la existencia de un hecho cualquiera o la exteriorización de un acto humano³”.

Es así que todo objeto que permita evidenciar una situación presentada en un determinado momento o permita representar un hecho distinto a sí mismo o la ocurrencia de una conducta del hombre se cataloga como documento.

Se observa en la definición anterior un desapego a la teoría del escrito⁴, en virtud de la cual el documento, para que pudiera entenderse como tal, debía estar en soporte escrito⁵, dejando de lado otras modalidades de documento que se han creado a medida que la sociedad evoluciona⁶.

Respecto de la naturaleza escrita del documento, Framarino Dei Malatesta sostiene que, en sentido estricto, el documento es “la atestación personal, hecha con conocimiento de causa, escrita e irreproducible oralmente⁷”. Sin embargo, a pesar de que para este autor los únicos documentos que tienen importancia en materia probatoria son los que tienen forma escrita, señala que en la noción de docu-

² En efecto, tanto el artículo 251 del CPC como el 243 del CGP plantean un listado enunciativo de lo que puede ser documento, sin hacer alusión a su concepto, con lo cual se busca evitar interpretaciones exegéticas que puedan cerrar la puerta a elementos que pueden constituirse como verdaderos documentos.

³ Jairo Parra Quijano. *Manual de Derecho Probatorio*, 17ª ed. Librería Ediciones del Profesional Ltda., Bogotá, 2009, p. 503.

⁴ Al respecto, Devis Echandía sostiene: “[...] El desarrollo del comercio entre los diversos países de la antigüedad histórica, impulsó el uso del documento, principalmente a partir del uso del papiro, como instrumento contractual e inclusive, como título de crédito, lo cual permitió su aceptación como medio de prueba judicial”. Hernando Devis Echandía. *Teoría General de la Prueba Judicial*. Tomo II, Buenos Aires, 1970, pp. 496 y ss.

⁵ En efecto, hay quienes sostienen que para que pueda hablarse de documento es necesario que esté contenido en un escrito. Al respecto, Irene Nadal sostiene: “En cualquier caso, la principal característica del documento en cualquiera de sus funciones y cualquiera que sea su clase, público o privado, es su carácter escrito. Si la realidad de que se trate no se plasma en un texto escrito no podemos decir que estamos ante un documento”. Irene Nadal Gómez. “El documento electrónico en el proceso civil (una visión del panorama europeo con especial referencia a Alemania y España)”. En: *Revista General de Derecho*, año LVII # 678-679, marzo-abril 2001, p. 2506.

⁶ Sobre el punto, Dohring plantea lo siguiente: “En derecho procesal, se llama documento a la manifestación de un pensamiento que ha tomado cuerpo en caracteres de escritura. La prueba cumplida con el auxilio de documentos podría caracterizarse, en términos generales, como prueba ocular, puesto que el documento, si quiere aprovecharse para el esclarecimiento, tiene que ser contemplado y leído”. Erich Dohring. *La prueba, su práctica y apreciación*. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1972, p. 275. Se advierte claramente el apego del autor a la teoría clásica del documento.

⁷ Nicola Framarino Dei Malatesta. *Lógica de las pruebas en materia criminal*, 3ª ed. Vol. II, Bogotá, Temis, 1981, p. 3.

mento cabe también cualquier otra forma “permanente” en la que se consigne la manifestación de la persona, tales como los monumentos o los blasones⁸.

Ahora bien, a pesar de no encontrar una definición en la ley, el Código de Procedimiento Civil sí presenta una lista enunciativa (mas no taxativa) de lo que puede entenderse por documento⁹. En efecto, siguiendo los lineamientos trazados por Carnelutti¹⁰, el artículo 251 del estatuto procesal civil señala que son documentos “los escritos, impresos, planos, dibujos, cuadros, fotografías, cintas cinematográficas, discos, grabaciones magnetofónicas, radiografías, talones, contraseñas, cupones, etiquetas, sellos y, en general, todo objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo, y las inscripciones en lápidas, monumentos, edificios o similares. [...]”¹¹.

Como se observa, el documento tiene la virtud de representar algo distinto al objeto mismo llamado documento, por ejemplo, un escrito en el que se indica que A se compromete a pagarle a B una determinada suma de dinero en una fecha cierta es un documento que contiene una declaración de voluntad¹² de un sujeto, consistente en una obligación que puede constituirse en título ejecutivo¹³.

Conforme con la disposición transcrita, se observa el desarrollo de una tesis clásica del documento en la legislación procesal colombiana, al referirse al soporte material en el que este se encuentra plasmado. De hecho, el concepto tradicional de documento apunta a identificarlo, de forma errónea, con el soporte “escrito” o papel¹⁴.

⁸ Ibid., p. 341.

⁹ Se trata de una decisión acertada del legislador a la hora de regular la prueba documental, dado que al hacer un listado enunciativo de lo que se entiende por documento, deja abierta la posibilidad de incluir otros elementos que a la hora de crear la norma no fueron tenidos en cuenta, debido a que no estaban concebidos por la sociedad. La misma postura asume el Código General del Proceso en su artículo 243, como se verá más adelante.

¹⁰ Francesco Carnelutti. *La prueba civil*. Buenos Aires, 1982, pp. 156 a 161. En efecto, para la primera mitad del siglo XX, Carnelutti incluyó dentro del listado de documentos las fotografías, fonogramas, cintas cinematográficas, los cuales constituían elementos modernos para su época.

¹¹ Por su parte, el artículo 243 del Código General del Proceso (en adelante CGP) adiciona a este listado los mensajes de datos y las videograbaciones.

¹² Los documentos en los que se manifiesta la declaración de la voluntad del hombre se conocen como documentos declarativos, como, por ejemplo, un contrato, una carta o misiva, a diferencia del documento meramente representativo, que son aquellos en los que no se refleja un acto de voluntad del hombre, como una fotografía, un mapa, etc.

¹³ Conforme lo indica el artículo 488 del Código de Procedimiento Civil, “pueden demandarse ejecutivamente las obligaciones expresas, claras y exigibles que consten en documentos que provengan del deudor o de su causante y constituyan plena prueba contra él [...]”.

¹⁴ Al respecto, Rodríguez de las Heras señala que a pesar de que tradicionalmente se ha asociado la noción de escrito con el soporte papel, “el concepto de escritura es perfectamente aplicable a soportes de otra naturaleza pues refleja, en realidad, una forma de expresión de una idea, un pensamiento, una voluntad o acto humanos”. En: Teresa Rodríguez de las Heras Ballell. “Espacios, redes y arquitectura tecnológica. Los nuevos parámetros del documento en la era digital”. En:

Así las cosas, en el listado que presenta el CPC no se hace referencia de manera expresa a los documentos en soporte electrónico, como sí lo hace el art. 243 del CGP al referirse a los mensajes de datos. Ello se debe a que para el momento en que fue expedida dicha normatividad (Decreto 1400 de 1970), el tráfico jurídico no se concebía a través de medios electrónicos. No obstante, como se mencionó, se trata de una lista de carácter enunciativo, con lo cual se puede sostener que el legislador dejó abierta la posibilidad de encasillar otros elementos como verdaderos documentos. De hecho, la disposición objeto de análisis expresa: “[...] y, en general, todo objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo, [...]”.

Recogiendo los argumentos esgrimidos en este acápite, podemos identificar las características que se predicen del documento en su concepción tradicional o clásica, a saber:

1. Es un objeto contenido en un soporte material.
2. Puede representar la existencia de alguna cosa o situación (carácter representativo).
3. Puede evidenciar la manifestación de voluntad de un sujeto de derecho (carácter declarativo).
4. Además de las anteriores características, cabe adicionar que el documento debe contener unos mínimos de seguridad que permitan garantizar su integridad y autenticidad.

DOCUMENTO ELECTRÓNICO

Si aceptamos la concepción del documento como un objeto a través del cual se manifiesta una declaración de voluntad de un sujeto de derecho o se representa una idea del pensamiento, dicha manifestación o representación debe estar siempre contenida en un soporte tangible. No obstante, dicho soporte no necesariamente tiene que ser escrito, como tradicionalmente se ha entendido.

Es importante destacar que con ocasión de la implementación de las nuevas tecnologías en el tráfico jurídico, los diferentes ordenamientos jurídicos se han visto en la necesidad de regular dicha realidad, lo cual conlleva a replantear el concepto de documento. Rodríguez de las Heras indica cuatro parámetros

Actas de las XVII Jornadas de Archivos Municipales de Madrid, “Los archivos municipales y la administración electrónica 1988-2008”, celebradas en Madrid (Auditorio Conde Duque), los días 29 y 30 de mayo, BOCM, Madrid: Comunidad de Madrid-Ayuntamiento de Madrid-Grupo de Archiveros Municipales de Madrid, 2008, p. 11.

sobre los cuales se debe replantear el concepto de documento, dados los nuevos paradigmas que presenta la era digital, son ellos: la concepción espacial del documento; la reestructuración reticular de los procesos; la posición central del acceso y la función reguladora de la arquitectura tecnológica¹⁵. Por su parte, Abel Lluch sostiene que el documento electrónico se puede definir como la información obtenida a partir de un dispositivo electrónico o medio digital, el cual sirve para formar la convicción en torno a una afirmación relevante para el proceso¹⁶. Entretanto, De Urbano Castrillo señala que se trata de un documento producido por medios automatizados, escrito en un lenguaje binario —el de los *bits*—, en un soporte —cinta o disco— que reúne las características de ser legible, inalterable y reconocible o identificable¹⁷.

Ahora bien, antes de abordar el estudio de la normatividad que sobre el documento electrónico se presenta en el contexto colombiano, se hará referencia a la ley modelo de comercio electrónico y los principios sobre los cuales se rige, habida cuenta que los ordenamientos internos de cada país tienen como punto de partida esta regulación normativa.

Ley modelo de comercio electrónico

Esta ley fue aprobada por la Resolución 51/162 de la Asamblea General del 16 de diciembre de 1996 de la CNUDMI/UNCITRAL, y constituye una de las fuentes del derecho uniforme del comercio electrónico¹⁸.

En efecto, esta ley consagra una serie de principios sobre los cuales se inspira el derecho del comercio o contratación electrónica y su ámbito de aplicación corresponde a “todo tipo de información en forma de *mensaje de datos* utilizada en el contexto de actividades comerciales¹⁹”. (cursivas fuera de texto)

Asimismo, dentro de las definiciones que plantea, señala que por mensaje de datos “se entenderá la información generada, enviada, recibida o archivada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser,

¹⁵ Rodríguez de las Heras Ballell. “Espacios, redes y arquitectura tecnológica”, pp. 49-65.

¹⁶ Xabier Abel Lluch. *Derecho Probatorio*. Barcelona, Bosch Editores, 2012, p. 903. Señala este autor que una fotografía, un video, una página web, un correo electrónico, una base de datos, una contabilidad en un programa de cálculo Excel —en cualquier soporte—, bien sea digital, magnético o informático, constituyen una prueba o documento electrónico, así su reproducción o impugnación se haga de manera distinta.

¹⁷ Eduardo Urbano Castrillo. “El documento electrónico: aspectos procesales”. En: *Internet y derecho penal*, p. 570. Citado por Abel Lluch, *Derecho Probatorio*, p. 908.

¹⁸ Rafael Illescas Ortiz y Pilar Perales Viscasillas. *Derecho Mercantil Internacional. El Derecho Uniforme*. Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Universidad Carlos III de Madrid, 2003, p. 331.

¹⁹ Artículo 1º, ley modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico.

entre otros, el intercambio electrónico de datos (EDI), el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax; [...]²⁰.

Vale la pena mencionar que una de las cuestiones que motivó la elaboración de esta ley modelo fueron los inconvenientes que en el tráfico jurídico internacional se podían presentar con la utilización de los medios informáticos²¹. De hecho, una de las recomendaciones planteadas por la CNUDMI, al presentar la ley modelo, fue la de examinar los registros informáticos como prueba en los procesos judiciales, con el ánimo de superar los obstáculos que se pudieren presentar a la hora de hacer un juicio de valoración probatoria de los mismos. En ese orden de ideas, esta ley constituye un punto de partida para la regulación de la contratación electrónica y la eficacia probatoria del documento electrónico en los ordenamientos jurídicos internos de los Estados.

Principios sobre los que se funda la ley modelo de comercio electrónico

Los principios en los que se inspira no sólo la ley modelo de la CNUDMI²² sino el derecho del comercio electrónico son:

Internacionalidad

Por tratarse de una ley que debe servir como referencia para la regulación interna de cada Estado, es necesario tener presente que esta se funda en la idea de armonizar los criterios de interpretación de las normas sobre contratación electrónica. Dicho principio²³ reúne otros en los que se funda la citada ley, como son: “[...] 1) Facilitar el comercio electrónico en el interior y más allá de las fronteras nacionales; 2) validar las operaciones efectuadas por medio de las nuevas tecnologías de la información; 3) fomentar y estimular la aplicación de nuevas tecnologías de la información; 4) promover la uniformidad del derecho aplicable en la materia; y 5) apoyar las nuevas prácticas comerciales”.

Inalterabilidad del derecho preexistente

En virtud de este principio se entiende que las normas que regulan las relaciones contractuales en el ámbito local e internacional, no se ven afectadas por

²⁰ Artículo 2º, ley modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico.

²¹ Al respecto, en los antecedentes de la ley modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico se expresa, en el aparte 126, lo siguiente: “[...] Se señaló que uno de los obstáculos jurídicos más graves para el empleo de la informática y de las telecomunicaciones de terminal a terminal en el comercio internacional radicaba en la exigencia de que los documentos estuviesen firmados o consignados sobre papel [...]”.

²² Rafael Illescas Ortiz. *Derecho de la contratación electrónica*, 3ª ed. Thomson Reuters, Editorial Aranzadi, 2009, pp. 37 y ss.

²³ Artículo 3º de la ley modelo de comercio electrónico.

las reglas del comercio electrónico. Quiere ello decir que la manera como el derecho sustancial prevé, por ejemplo, el perfeccionamiento de los contratos, como es el caso de la consensualidad, no se puede ver alterada por la incorporación al ordenamiento jurídico de disposiciones sobre contratación electrónica, las cuales no generan un nuevo derecho de obligaciones y contratos, sino que se sirven del derecho preexistente. En palabras de Illescas y Perales:

[E]ste postulado parte de la hipótesis conforme a la cual la electrónica no es sino un nuevo soporte y medio de transmisión de voluntades negociales pero no un factor generador de nuevo derecho regulador de las mismas y su significación jurídica; la reglamentación, por tanto, de las relaciones obligatorias entre los ciudadanos perfeccionadas, administradas, ejecutadas y consumadas por vía electrónica no tiene que acarrear necesariamente un cambio en el derecho preexistente referente a la perfección, administración, ejecución y consumación de los contratos privados. Los códigos son así pues aplicables a los contratos electrónicos²⁴.

Neutralidad tecnológica

De acuerdo con este principio, independientemente de la tecnología empleada, se debe garantizar la integridad de los mensajes de datos. Dicho en otras palabras, la ley no puede restringir la utilización a una tecnología en particular pues esta puede perder vigencia y aplicabilidad con el paso del tiempo, razón por la cual deja en libertad al operador de emplear la tecnología que considere pertinente y adecuada para el caso en concreto.

Buena fe

Este principio se encuentra consagrado en el artículo 83 de la Constitución Política de Colombia. Se trata, entonces, de un postulado que no hace parte únicamente del derecho de la contratación electrónica sino que corresponde a un principio general del derecho²⁵, en el que se inspira el legislador a la hora de crear las leyes y se apoya el juez para tomar una decisión, en el evento de presentar vacíos o lagunas²⁶.

²⁴ Illescas Ortiz y Perales Viscasillas, ob. cit., p. 333.

²⁵ Al respecto, Rojas Gómez plantea lo siguiente: “En el plano estrictamente jurídico, el concepto de principio identifica las pautas de comportamiento que garantizan la convivencia armónica entre los asociados, sobre la base de la aplicación práctica del sistema normativo legítimamente adoptado por la colectividad. En este orden de cosas bien puede destacarse como principio, a manera de ejemplo, *la buena fe*, entre los que se conoce con el nombre genérico de *principios generales del derecho*”. Miguel Enrique Rojas Gómez. *Teoría del Proceso*, 2ª ed. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 255.

²⁶ Artículos 5º del CPC y 12 del CGP.

Ahora bien, respecto de la contratación electrónica constituye un principio inspirador de dicho derecho pues, como afirma Illescas, “[...] se configura como un postulado de afirmación rotunda en un medio contractual que por su reciente aparición y complejidad técnica de uso resulta arcano y no muy digno de confianza para muchos operadores comerciales nacionales e internacionales. El C-E no es una excepción y su ámbito no escapa tampoco del axioma conforme al cual la ignorancia de la innovación genera desconfianza²⁷”.

Libertad contractual

Este principio está estrechamente relacionado con el de la inalterabilidad del derecho preexistente de obligaciones y contratos. Parte del presupuesto según el cual en virtud del ejercicio de la autonomía privada de los particulares, los sujetos de derecho pueden adquirir derechos y contraer obligaciones según las relaciones que convengan, teniendo presente, claro está, el respeto por el derecho objetivo, el orden público y las buenas costumbres. Para tal efecto, con la incorporación de las normas sobre contratación electrónica, dicha libertad de crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas no se ve alterada. Por el contrario, la voluntad de negociación de los sujetos de derecho puede servirse de la electrónica como medio para llevar a cabo tales relaciones sustanciales.

Equivalente funcional

Se encuentra desarrollado en los artículos 5º a 8º de la ley modelo²⁸. Existen unos elementos que caracterizan el documento en soporte papel, como son el escrito, la firma y la originalidad. Tales elementos, si bien no se encuentran reflejados de la misma manera en un mensaje de datos, sí pueden quedar satisfechos de la siguiente manera:

1. En cuanto al carácter escrito, señala el artículo 6º que quedará satisfecho este requisito “[...] si la información que éste contiene [el mensaje de datos] es accesible para su ulterior consulta [...]”.
2. Respecto de la firma, indica el artículo 7º: “Cuando la ley requiera la firma de una persona, ese requisito quedará satisfecho en relación con un mensaje de datos:

²⁷ Rafael Illescas Ortiz. *Derecho de la contratación electrónica*, 2ª ed. Thomson Reuters, Editorial Aranzadi, 2009, p. 58. Ahora bien, respecto del principio de la buena fe, señala el artículo 3º de la ley modelo lo siguiente: “En la interpretación de la presente Ley habrán de tenerse en cuenta su origen internacional y la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación y la observancia de la buena fe”.

²⁸ En efecto, el artículo 5º de la ley modelo, acerca de la validez del mensaje de datos, señala: “No se negarán efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a la información por la sola razón de que esté en forma de mensaje de datos”.

- a) Si se utiliza un método para identificar a esa persona y para indicar que esa persona aprueba la información que figura en el mensaje de datos; y
 - b) Si ese método es tan fiable como sea apropiado para los fines para los que se generó o comunicó el mensaje de datos, a la luz de todas las circunstancias del caso, incluido cualquier acuerdo pertinente [...]”.
3. Finalmente, frente a la originalidad, señala el artículo 8° lo siguiente: “Cuando la ley requiera que la información sea presentada y conservada en su forma original, ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos:
- a) Si existe alguna garantía fidedigna de que se ha conservado la integridad de la información a partir del momento en que se generó por primera vez en su forma definitiva, como mensaje de datos o en alguna otra forma; [...]”.

Conforme las disposiciones mencionadas, la ley modelo de comercio electrónico se ha preocupado por superar los eventuales obstáculos que pueden generarse en el tráfico mercantil, tanto internacional como local, en el que ya se emplean medios tecnológicos modernos que superan el empleo de documentos tradicionales. Por esta razón, los elementos que caracterizan el documento tradicional, como son la inteligibilidad, la autenticidad y la integridad del mismo, se ven también reflejados en documentos contenidos en soporte electrónico, gracias a la equivalencia funcional.

Así las cosas, una de las consecuencias de la adopción del criterio de equivalencia funcional fue la necesidad de “establecer la función básica de cada uno de los requisitos de forma de la documentación sobre papel con miras a determinar los criterios que, de ser cumplidos por un mensaje de datos, permitirían la atribución a ese mensaje de un reconocimiento legal equivalente al de un documento de papel que haya de desempeñar idéntica función”. Como consecuencia de este análisis y en virtud de la flexibilidad del criterio, los requisitos de forma, fiabilidad, inalterabilidad y rastreabilidad, que les son comúnmente aplicables a los documentos consignados sobre papel, les son aplicables asimismo a los documentos electrónicos, aun cuando los mensajes de datos no equivalgan, en términos de su naturaleza, a un documento tradicional²⁹, ni cumplan todas sus funciones imaginables.

²⁹ Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-356 de 2003. M.P. Jaime Araujo Rentería

De igual manera, en virtud de este principio, se ha entendido que los documentos contenidos en soporte electrónico tendrán un valor probatorio similar al que tienen aquellos que se presentan en soporte tradicional, como es el papel.

Dicho principio fue también incorporado en la ley modelo de la CNUDMI³⁰ sobre arbitraje comercial internacional, así como en la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías (Convención de Viena del 11 de abril de 1980³¹).

Si bien en la actualidad, conceptos como el telegrama y el télex han sido superados por los medios electrónicos, para la época en que se redactó el texto de la Convención guardaban plena vigencia. No obstante, dado el avance de la tecnología y la globalización de la economía en el siglo XXI, son los medios electrónicos los más utilizados para realizar las transacciones, tanto nacionales o locales, como internacionales. Es por ello que, a pesar de que la mencionada disposición no lo diga, el documento en soporte electrónico tiene plena validez para el perfeccionamiento del contrato de compraventa internacional de mercaderías³².

³⁰ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, ley modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional, 1985, con las enmiendas aprobadas en 2006. En: http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/07-87001_Ebook.pdf. Consulta 5 de agosto de 2013. En efecto, indica el artículo 7° de la ley modelo sobre arbitraje comercial internacional, a propósito de la forma en la que debe aparecer el pacto arbitral, lo siguiente: “[...] 4) *El requisito de que un acuerdo de arbitraje conste por escrito se cumplirá con una comunicación electrónica si la información en ella consignada es accesible para su ulterior consulta.* Por “comunicación electrónica” se entenderá toda comunicación que las partes hagan por medio de mensajes de datos. Por “mensaje de datos” se entenderá la información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, magnéticos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax. (cursivas fuera de texto)

³¹ El artículo 13 de la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías señala que dentro del concepto de escrito se deben incluir las expresiones de “telegrama” y “télex”.

³² Al respecto, plantean Illescas y Perales lo siguiente: “De hecho, debido a la imparable irrupción y constante evolución de los medios de comunicación electrónica, hoy está claramente asentado el principio de equivalencia funcional, acogido por la LMCE y también por los PCCI (art. 1:301(6)), al entender por escrito cualquier modo de comunicación que deje constancia de la información que contiene y sea susceptible de ser reproducida en forma tangible”. Illescas y Perales, *Derecho Mercantil Internacional, El Derecho Uniforme*, p. 133. Vale la pena mencionar el contenido del artículo 5° del acuerdo PSAA06-3334 de 2006, mediante el cual se reglamentó la utilización de medios electrónicos e informáticos en el cumplimiento de las funciones de administración de justicia; en efecto, señala esta disposición lo siguiente: “Artículo 5°. *Equivalencia funcional.* Los actos de comunicación procesal que se realicen por correo electrónico, así como los documentos que pueden ser presentados como mensajes de datos en los términos de la ley procesal, tendrán el mismo valor probatorio que la información que conste por escrito, siempre y cuando el firmante utilice una firma electrónica avalada por una entidad de certificación autorizada conforme a la ley y la información que contienen sea accesible para su posterior consulta”. En: www.ramajudicial.gov.co. Consulta realizada el 5 de agosto de 2013.

Principio de equivalencia funcional en el ordenamiento jurídico colombiano

El legislador colombiano, cuando se ha ocupado de regular el empleo de los medios tecnológicos frente al derecho, ha tenido presente el principio de equivalencia funcional. En efecto, la Ley 527 de 1999 lo consagra en diferentes disposiciones³³.

Con ocasión de una demanda de inconstitucionalidad contra la citada ley, la Corte Constitucional³⁴ se refirió a este principio en los siguientes términos: “El mensaje de datos como tal debe recibir el mismo tratamiento de los documentos consignados en papel, es decir, que debe dársele la misma eficacia jurídica, por cuanto el mensaje de datos comporta los mismos criterios de un documento”.

Más adelante manifiesta:

[...] cuando la Ley 527 hace referencia a la definición de documentos del Código de Procedimiento Civil, le otorga al mensaje de datos la calidad de prueba, permitiendo coordinar el sistema telemático con el sistema manual o documentario, encontrándose en igualdad de condiciones en un litigio o discusión jurídica, teniendo en cuenta para su valoración algunos criterios como: confiabilidad, integridad de la información e identificación del autor.

Es importante reiterar que, si bien la Ley 527 de 1999 se encarga de regular lo concerniente a la contratación electrónica y empleo de los documentos electrónicos, se han expedido diversas normas que buscan compaginar el empleo de medios tecnológicos en las distintas actividades del Estado y los particulares, así como en el proceso judicial. Con ocasión de dicho marco normativo se ha desarrollado también el principio de equivalencia funcional, como se señalará en el siguiente acápite.

Marco normativo en Colombia

Ley 527 de 1999

Conforme los lineamientos trazados por la ley modelo de comercio electrónico a la que se acaba de hacer referencia, el legislador colombiano se dio a la tarea de incorporar en el ordenamiento jurídico interno una regulación del tema que

³³ Aunque sin mencionarlo de manera expresa, los artículos 5º, 6º 10º 11, entre otros, se han inspirado en el principio de equivalencia funcional.

³⁴ Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-662 de 2000. M.P. Fabio Morón Díaz.

permitiera poner al país a tono con los modernos medios de comunicación empleados en el tráfico jurídico mercantil³⁵.

Así las cosas, consciente de esta realidad y ante la falta de un régimen nacional que avalara y regulara el intercambio electrónico de información, y con el ánimo de eliminar la incertidumbre sobre la validez jurídica de los documentos electrónicos y su contenido, se expidió la Ley 527 de 1999, “por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones”. Si bien no es la primera norma en Colombia que hace referencia al derecho y la tecnología³⁶, sí se trata de la primera legislación que se encarga de regular de manera integral el tema en un país latinoamericano.

Dicha ley brinda un fundamento jurídico a las transacciones comerciales efectuadas por medios electrónicos y precisa la fuerza probatoria que tienen los mensajes de datos, situándose junto con las modernas tendencias del derecho internacional privado.

No obstante, vale la pena precisar que si bien la mencionada ley ha sido conocida como “de comercio electrónico”, tiene un campo de acción mucho más amplio que no se restringe al comercio electrónico o a los asuntos de naturaleza mercantil; es así que dicha normatividad se encarga de regular todo lo concerniente a los mensajes de datos en cuanto a su definición, reglamentación y valoración probatoria de los mismos, así como a las firmas digitales y entidades de certificación.

En efecto, el mensaje de datos se encuentra definido en la Ley 527 de 1999 como “la información generada, enviada, recibida, almacenada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros,

³⁵ En efecto, la Corte Constitucional, al estudiar una demanda de inconstitucionalidad contra varias de sus disposiciones, en la Sentencia C-662 de 2000, M.P. Fabio Morón Díaz, señaló: “Así, pues, gracias a la Ley 527 de 1999, Colombia se pone a tono con las modernas tendencias del derecho internacional privado, una de cuyas principales manifestaciones ha sido la adopción de legislaciones que llenen los vacíos normativos que dificultan el uso de los medios de comunicación modernos, pues, ciertamente la falta de un régimen específico que avale y regule el intercambio electrónico de informaciones y otros medios conexos de comunicación de datos, origina incertidumbre y dudas sobre la validez jurídica de la información cuyo soporte es informático, a diferencia del soporte documental que es el tradicional”.

³⁶ Nelson Remolina Angarita. “Conceptos fundamentales de la Ley 527 de 1999”. En: *El peritaje informático y la evidencia digital en Colombia*, Jeimy José Cano Martínez, Bogotá, Ediciones Uniandes, 2010, p. 3. Destaca el autor la Ley 8ª de 1970, mediante la cual se autorizaba al presidente de la República, en el artículo 7º, para “adoptar las medidas necesarias para generalizar el uso del computador electrónico en los trámites administrativos relacionados con los impuestos nacionales y poner especial énfasis en el mejoramiento y organización de las oficinas de Cobranzas y Ejecuciones Fiscales”. También resalta como antecedentes a la Ley 527 de 1999, la Ley 27 de 1990, la Ley 270 de 1996 (Estatutaria de la Administración de Justicia) y los decretos 1748 de 1995 y 1094 de 1996.

el Intercambio Electrónico de Datos (EDI), internet, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax”. Esta definición no se contradice con la concepción tradicional de documento que se deriva del artículo 251 del CPC³⁷, según el cual son documentos “los escritos, impresos, planos, dibujos, cuadros, fotografías, cintas cinematográficas, discos, grabaciones magnetofónicas, radiografías, talones, contraseñas, cupones, etiquetas, sellos y, *en general, todo objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo*, y las inscripciones en lápidas, monumentos, edificios o similares”. (cursivas fuera de texto) Conforme con esta última disposición, es documento todo bien mueble que tenga carácter representativo o declarativo, como en efecto lo es el mensaje de datos.

De igual manera, es importante destacar que esta ley se funda en los principios de la contratación electrónica, en los cuales se inspira la ley modelo de comercio electrónico, a los que ya se hizo referencia. Así las cosas, al igual que la normatividad expedida por la CNUDMI, la ley colombiana no pretende alterar los criterios de validez probatoria respecto de los documentos contenidos en soporte tradicional como el escrito, sino que, por el contrario, las reglas jurídicas previstas para aquellos sean extensivas a los documentos en soporte electrónico, óptico o similar, atendiendo al principio de equivalencia funcional.

Así, la Ley 527 otorga a los documentos electrónicos un trato igual que el brindado a la información contenida en soporte de papel, como bien lo señala el artículo 5° antes citado, adoptando, entonces, el criterio de equivalencia funcional, con el cual se le da validez jurídica a los nuevos medios tecnológicos de creación y transmisión de la información, siempre que estos se asimilen a los medios tradicionales, al punto de cumplir sus mismas funciones y permitir la consecución de los mismos objetivos. A este propósito, dentro de las funciones que cumple el documento consignado en papel, y que se espera pueda cumplir el documento electrónico, la Corte Constitucional, en la Sentencia C-662 de 2000, señaló:

Proporcionar un documento legible para todos; asegurar la inalterabilidad de un documento a lo largo del tiempo; permitir la reproducción de un documento a fin de que cada una de las partes disponga de un ejemplar del mismo escrito; permitir la autenticación de los datos consignados suscribiéndolos con una firma; y proporcionar una forma aceptable para la presentación de un escrito ante las autoridades públicas y los tribunales.

³⁷ El artículo 243 del CGP incorpora de forma expresa los mensajes de datos y videgrabaciones dentro de las manifestaciones de documentos, como se indicó anteriormente.

Código de Procedimiento Civil

Como se advirtió en líneas anteriores, para el momento en que se expidió el CPC (Decreto 1400 de 1970) no se pensaba en la incorporación de los medios tecnológicos al proceso. No obstante, una vez expedida la Ley 527, el legislador ha intentado estar a tono con el uso de los medios tecnológicos en el debate procesal³⁸. Con este propósito, la Ley 794 de 2003, mediante la cual se reforma el CPC, abrió la posibilidad de notificar el auto admisorio de la demanda por vía electrónica, situación que es regulada por el Consejo Superior de la Judicatura, mediante acuerdo del 2 de marzo de 2006.

Por su parte, el artículo 120 de la Ley 1395 señaló que a partir de su entrada en vigencia “se implementará la notificación por medios electrónicos, de acuerdo con la reglamentación que para el efecto expida el Consejo Superior de la Judicatura”, disposición que resulta aplicable a los procesos que se surten en todas las jurisdicciones.

Ley 1437 de 2011

Mediante esta ley se expidió el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo para Colombia, el cual entró a regir a partir del 2 de julio de 2012. En el Título III, Capítulo IV de dicho estatuto, se prevé una serie de disposiciones (artículos 53 a 64) mediante las cuales se regula la aplicación de los medios electrónicos en los procedimientos administrativos.

Vale la pena destacar la implementación del expediente electrónico tanto para los procedimientos administrativos (art. 59), como para los procesos que se surten ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo³⁹.

³⁸ Es importante precisar que con la ley estatutaria de la administración de justicia (Ley 270 de 1996) ya se pone la tecnología al servicio de la administración de justicia. Así se advierte en el texto del artículo 95, el cual consagra el principio de equivalencia funcional en los siguientes términos: “[...] Los documentos emitidos por los citados medios [se refiere a los medios técnicos, electrónicos, informáticos y telemáticos], cualesquiera que sea su soporte, gozarán de la validez y eficacia de un documento original siempre que quede garantizada su autenticidad, integridad y el cumplimiento de los requisitos exigidos por las leyes procesales”.

³⁹ Al respecto, el artículo 186 del código señala: “*Actuaciones a través de medios electrónicos.* Todas las actuaciones judiciales susceptibles de surtir en forma escrita se podrán realizar a través de medios electrónicos, siempre y cuando en su envío y recepción se garantice su autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta, de conformidad con la ley. La autoridad judicial deberá contar con mecanismos que permitan acusar recibo de la información recibida, a través de este medio. PARÁGRAFO. La Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura adoptará las medidas necesarias para que en un plazo no mayor de cinco (5) años, contados a partir de la vigencia del presente Código, sea implementado con todas las condiciones técnicas necesarias el expediente judicial electrónico, que consistirá en un conjunto de documentos electrónicos correspondientes a las actuaciones judiciales que puedan adelantarse en forma escrita dentro de un proceso”.

De igual manera, el artículo 216 prevé la utilización de los medios electrónicos con fines probatorios⁴⁰.

Código General del Proceso

Una de las grandes críticas que se le hace al CPC apunta a que se trata de un estatuto procesal que no está diseñado para las exigencias que demandan los tiempos modernos, como es el empleo de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación (TIC) en el proceso. La Ley 1564 del 12 de julio de 2012, mediante la cual se expidió el Código General del Proceso, da un paso muy importante sobre la materia y pone al servicio del proceso el uso de los medios tecnológicos.

Son muchas las normas que hacen referencia al uso de dichos instrumentos; para citar algunos ejemplos, el párrafo 2º del artículo 82 del nuevo estatuto procesal permite que la demanda pueda presentarse a través de mensaje de datos, para lo cual no se requerirá de la firma digital de que trata la Ley 527 de 1999. Por su parte, el artículo 103 *ibídem* indica que las actuaciones procesales podrán realizarse a través de mensajes de datos, respecto de los cuales opera la presunción de autenticidad cuando son originados desde el correo electrónico suministrado en la demanda o en cualquier otro acto del proceso.

Cabe precisar que el artículo 103 mencionado hace referencia a la presunción de autenticidad que se predica respecto de los memoriales y demás comunicaciones cruzadas entre las autoridades judiciales y las partes o sus abogados, para lo cual deben provenir del correo electrónico suministrado en la demanda o en cualquier otro acto procesal. Por su parte, el artículo 244 del nuevo estatuto procesal prevé la presunción de autenticidad de los documentos aportados en forma de mensaje de datos, los cuales pueden ser aportados en el mismo formato en el que fueron generados, enviados o recibidos, o en otro formato que lo reproduzca, tal como lo permite el artículo 247 del mismo estatuto.

Es importante destacar que el artículo 103 del CGP consagra el llamado plan de justicia digital, con el cual se pretende dar el salto del expediente en soporte físico al expediente digital. Para ello, el legislador ha previsto que el uso de los medios tecnológicos se vaya dando de manera gradual en todos los despachos judiciales de la geografía nacional, teniendo en cuenta la disponibilidad de las condiciones técnicas. Todo esto implica, desde luego, un cambio en la cultura

⁴⁰ En efecto, consagra esta norma lo siguiente: “Artículo 216. *Utilización de medios electrónicos para efectos probatorios.* Será admisible la utilización de medios electrónicos para efectos probatorios, de conformidad con lo dispuesto en las normas que regulan la materia y en concordancia con las disposiciones de este Código y las del Código de Procedimiento Civil”.

procesal, apegada a lo escrito y tradicional, pues es claro que ante los cambios legislativos y la implementación de las nuevas tecnologías se generan resistencias.

Vale la pena poner de presente que con el CGP los medios tecnológicos se ponen al servicio del debate probatorio. Así, por ejemplo, se prevé la posibilidad de participar en las audiencias a través de videoconferencia, teleconferencia o cualquier otro medio técnico (parágrafo 1º, art. 107). De igual manera, en materia de comisión para la práctica de pruebas, se podrá hacer siempre y cuando no sea posible acceder al medio probatorio a través de videoconferencia, teleconferencia u otro medio de comunicación que garantice la intermediación, la concentración y la contradicción (art. 171). Cuando sea posible contar con los medios tecnológicos señalados u otro medio idóneo de comunicación simultánea, la comisión podrá consistir en solicitar auxilio a otro servidor público, con el ánimo de que realice las diligencias necesarias para la práctica de la prueba (art. 37). Lo mismo sucede con la práctica de pruebas en el exterior (art. 182), pues se ha previsto que como punto de partida se acuda al empleo de medios tecnológicos para garantizar la recepción de la prueba y, en caso de no poderlo hacer, se acuda a los mecanismos previstos en el artículo 41, que se refieren a la comisión en el exterior.

Como se puede observar, el legislador ha realizado grandes esfuerzos por adecuarnos a los tiempos modernos; está en manos de quienes prestan el servicio de administrar justicia y de quienes nos servimos de ella ponernos al tanto de los avances tecnológicos y aceptar su eficacia jurídica⁴¹.

⁴¹ Otras normas incorporadas al ordenamiento jurídico colombiano se han encargado de regular aspectos de derecho y tecnología. Si bien existe una gran cantidad de normas en el ordenamiento jurídico colombiano, a través de las cuales se permite el empleo de medios electrónicos en diversas actividades, resaltamos las siguientes: i. *Decreto 1487 de 1999*. Por medio de este decreto se autoriza la presentación de declaraciones tributarias y el pago de los impuestos administrados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN), así como de las retenciones en la fuente, a través del sistema de declaración y pago electrónico establecido por la DIAN. Vale la pena destacar que este decreto fue expedido tres días antes (15 de agosto) de la Ley 527 de 1999 (18 de agosto) y ya plantea una disposición que hace referencia al principio de equivalencia funcional y valor probatorio de las copias (art. 9º). ii. *Decreto 2150 de 1999*. Esta normativa fue expedida con el ánimo de suprimir y reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios en la Administración Pública. Es así que vale la pena destacar el contenido del artículo 26 —modificado por el artículo 8º del Decreto 1122 de 1999—, el cual abre la posibilidad a la Administración Pública de emplear medios tecnológicos y documentos electrónicos para el cumplimiento de sus funciones. iii. *Decreto 266 del 2000*. Si bien fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional (Sentencia C-1316 de 2000, M.P. Carlos Gaviria Díaz), vale la pena destacar que fue expedido con el ánimo de suprimir y reformar trámites y procedimientos en la administración pública. Se destaca el contenido del artículo 4º de dicha normatividad, el cual se refería al valor probatorio de los mensajes de datos, en términos similares a como lo hace el artículo 10º de la Ley 527 de 1999. Esta similitud dio lugar a que, en su momento, la máxima autoridad de la jurisdicción constitucional, al realizar el análisis de constitucionalidad de esta última disposición, declarara también la exequibilidad del artículo 4º en mención, por presentarse el fenómeno jurídico de unidad de materia. iv. *Decreto 2170 de 2002*. Esta normativa fue derogada por el Decreto 066 de 2008. No obstante, vale la pena

FIRMA ELECTRÓNICA

En la actualidad son muchos los actos que realizan los individuos en los que se requiere del acompañamiento de una firma para su validez. Como ejemplos se pueden citar la celebración de contratos, en donde la firma es señal de asentimiento, la emisión de títulos valores, la presentación de declaración de impuestos, entre otros⁴². El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define la firma como el nombre y apellido, o título, que una persona escribe de su propia mano en un documento, para darle autenticidad o para expresar que aprueba su contenido.

De acuerdo con el concepto señalado, la firma es aquel signo distintivo que le imprime cada sujeto a un documento que ha sido elaborado o aceptado por él, cumpliendo así una doble función:

1. Permite identificar el autor de un documento.
2. Genera una asunción de responsabilidad respecto del contenido del documento por parte del firmante del mismo, haciéndolo propio.

En ese orden de ideas, si con la firma manuscrita o autógrafa se permite identificar el autor y la aceptación del contenido de un documento presentado en soporte tradicional —llámese papel—, la firma electrónica cumple un propósito similar. En efecto, Diego Cruz señala que se trata de un concepto que nace en Estados Unidos de la mano casi que del comercio electrónico, con el ánimo de garantizar en los sistemas EDI (Intercambio Electrónico de Datos) la confidencialidad e integridad de los mensajes y la identidad de emisor y destinatario de la comunicación⁴³.

ponerlo de presente pues abrió la puerta para el empleo de medios electrónicos en la contratación estatal (art. 25). v. *Decreto distrital 55 de 2002*. Abre la posibilidad de utilizar los medios electrónicos para la presentación de las declaraciones y pago de impuestos que son administrados por la Dirección Distrital de Impuestos de la Secretaría de Hacienda de la ciudad de Bogotá. vi. *Decreto 1791 de 2007*. Siguiendo la línea ya trazada por el Decreto 1487 de 1999, se encarga de regular la presentación por medios electrónicos de declaraciones y pagos tributarios, previsto en el Estatuto Tributario (art. 579-2). De igual manera, consagra el principio de equivalencia funcional, en este caso respecto de la firma electrónica que debe emplearse para las declaraciones que se presenten de manera virtual, a través de los servicios electrónicos de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN).

⁴² Con mucha razón afirma Plazas Penadés que la firma “puede ser un medio de prueba útil para demostrar la existencia del consentimiento y la voluntad de adhesión de los sujetos respecto del contenido de documentos electrónicos”. Javier Plazas Penadés. “La firma electrónica tras la reforma operada por la Ley 24/2001”. En: *Revista de la contratación electrónica*, n.º 26, abril de 2002, p. 6.

⁴³ Diego Cruz Rivero. *Eficacia formal y probatoria de la firma electrónica*. Madrid, Marcial Pons, 2006, p. 21.

No obstante, ese sello personal y distintivo propio de la firma tradicional ya no se evidencia con las mismas características en la firma electrónica, pues esta se manifiesta en el mensaje de datos a través de una codificación con clave personalizada. Es aquí donde toma particular importancia el principio de equivalencia funcional, el cual es aplicable a la firma electrónica. En efecto, el artículo 7° de la Ley 527 de 1999, que a su vez recoge el contenido del artículo 7° de la ley modelo sobre comercio electrónico⁴⁴, incorpora la firma electrónica para aquellos eventos en los que se exige la presencia de una firma o se generan consecuencias por su ausencia. Dicha firma quedará satisfecha si se cumplen con dos requisitos, a saber: “a) Se ha utilizado un método que permita identificar al iniciador de un mensaje de datos y para indicar que el contenido cuenta con su aprobación; y b) Que el método sea tanto confiable como apropiado para el propósito por el cual el mensaje fue generado o comunicado”.

Se puede observar que en el literal a) se presentan dos equivalentes funcionales, como son: identificar a alguien y asociarlo con el contenido del documento⁴⁵.

Además de la equivalencia funcional, en la disposición mencionada se observa la aplicación del principio de neutralidad tecnológica ya explicado, pues hace referencia al empleo de un método idóneo para identificar al autor del mensaje de datos, sin hacer especial referencia al tipo de tecnología que se debe utilizar. En ese orden de ideas, la ley colombiana se encuentra en sintonía con lo previsto en la ley modelo sobre firma electrónica (LMFE⁴⁶), la cual señala en su artículo 6° que se puede emplear una firma electrónica cuando se trata de un mensaje de datos y es necesario cumplir con el requisito de la firma.

Vale la pena precisar que, de acuerdo con el mencionado precepto⁴⁷, si bien en virtud del principio de neutralidad tecnológica no se exige un medio espe-

⁴⁴ Señala el artículo 7° de la ley modelo sobre comercio electrónico lo siguiente: “Artículo 7°. *Firma*. 1) Cuando la ley requiera la firma de una persona, ese requisito quedará satisfecho en relación con un mensaje de datos:

a) Si se utiliza un método para identificar a esa persona y para indicar que esa persona aprueba la información que figura en el mensaje de datos; y

b) Si ese método es tan fiable como sea apropiado para los fines para los que se generó o comunicó el mensaje de datos, a la luz de todas las circunstancias del caso, incluido cualquier acuerdo pertinente.

2) El párrafo 1) será aplicable tanto si el requisito en él previsto está expresado en forma de obligación como si la ley simplemente prevé consecuencias en el caso de que no exista una firma”.

⁴⁵ Milena Quijano Zapata. “Efectos jurídicos y probatorios del mensaje de datos y la firma digital”. En: *Sociedad de la información digital: perspectivas y alcances*, Daniel Peña Valenzuela (comp.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, pp. 27-28.

⁴⁶ Aprobada mediante Resolución 56/80, por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 12 de diciembre de 2001. Se estableció como un complemento de suma utilidad para la ley modelo sobre comercio electrónico.

⁴⁷ Tal como se recoge en la guía elaborada por la Comisión de Naciones Unidas para Derecho Mercantil Internacional, “el propósito de esa disposición es asegurar que la utilización de una

cífico para la identificación del emisor del documento electrónico o mensaje de datos, sí es necesario cumplir con unos requisitos de seguridad para blindar de eficacia jurídica a la firma electrónica⁴⁸. Así las cosas, la firma electrónica, además de permitir identificar al autor del documento (autenticidad) y su adhesión al mismo, debe garantizar la confidencialidad, integridad y no repudio⁴⁹ del mensaje de datos.

Clases de firma electrónica

Vale la pena poner de presente que existen distintos tipos de firma electrónica, atendiendo el grado de seguridad que ofrece cada una. Esto tiene unas consecuencias muy importantes en un proceso judicial, pues un mensaje de datos o documento electrónico firmado electrónicamente tendrá mayor o menor eficacia probatoria dependiendo del tipo de firma empleada. Así, en España, por ejemplo, la Ley 59 de 2003 del 19 de diciembre, que derogó el Real Decreto-Ley 14 de 1999 del 17 de diciembre, sobre firma electrónica (RDLE), trae tres tipos de firma electrónica⁵⁰, a saber:

Firma electrónica (básica). El nivel de seguridad que ofrece respecto de la inalterabilidad del documento y su autenticidad es mínimo. El artículo 3º num. 1 de la LFE la define así: “La firma electrónica es el conjunto de datos en forma electrónica, consignados junto a otros o asociados con ellos, que pueden ser utilizados como medio de identificación del firmante”.

De acuerdo con esta definición, medios técnicos como los biométricos (por ejemplo, exploraciones de retina, huellas dactilares, procesos de verificación de la voz, entre otros), o las contraseñas se pueden catalogar como firmas electrónicas en la medida en que cumplen con una función identificativa⁵¹.

Firma electrónica avanzada. De acuerdo con el artículo 3.2 de la LFE, este tipo de firma permite identificar al firmante y detectar cualquier cambio ulterior de los datos firmados, vinculada al firmante de manera única y a los datos a que

firma electrónica fidedigna tenga las mismas consecuencias jurídicas que pudiera tener una firma manuscrita”.

⁴⁸ Los requisitos de confiabilidad de que trata el artículo 6º de la ley modelo de firma electrónica fueron incorporados al contexto colombiano por la Ley 527 de 1999, pero solo para la firma digital, tal como lo indica el artículo 28.

⁴⁹ Javier Plazas Penadés, “La firma electrónica tras la reforma operada por la Ley 24/2001”, p. 8.

⁵⁰ Estas tres clases de firma electrónica están recogidas en la Directiva 1999/93/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 13 de diciembre de 1999, la cual constituye el marco comunitario para la firma electrónica. Cf. Francisco Javier García Más, “La firma electrónica: clases de firma electrónica. Los documentos electrónicos. Análisis del art. 3º de la Ley 59/2003, del 19 de diciembre”. En: *Revista quincenal técnico jurídica de derecho privado*, Edita la Ley, Madrid, p. 2064.

⁵¹ Juan Francisco Ortega Díaz. *Contratación, notarios y firma electrónica*. Bogotá, Ediciones Uniandes y Temis, 2010, pp. 86-87.

se refiere en la comunicación y que ha sido creada por medios que el firmante puede mantener bajo su exclusivo control⁵².

Firma electrónica reconocida. Se trata de una firma electrónica avanzada, que tiene un mayor nivel de seguridad respecto del autor del documento, su integridad y confidencialidad, en la medida en que está basada en un certificado reconocido por un prestador de servicios de certificación (PSC). El artículo 3° num. 3 de la LFE la define en los siguientes términos: “Se considera firma electrónica reconocida la firma electrónica avanzada basada en un certificado reconocido y generada mediante un dispositivo seguro de creación de firma”. Dicho en otras palabras, un mensaje de datos firmado con este tipo de firma permite garantizar la identidad del firmante, la integridad del documento y el no repudio del mismo, en la medida en que ha sido creada con un dispositivo seguro, cuya existencia y validez se garantizan con un certificado emanado de una entidad de certificación⁵³.

Cabe precisar que en el ordenamiento jurídico colombiano la firma digital corresponde a una tipología de la firma electrónica, luego no son lo mismo. En efecto, mientras que el artículo 7° de la Ley 527 de 1999 consagra la firma electrónica, los artículos 2° y 28 de dicha ley⁵⁴ hacen lo mismo frente a la firma digital. Si de establecer correspondencia entre las tipologías de firma electrónica descritas frente a lo que sucede en nuestro ordenamiento interno se trata, podríamos decir que tanto la firma electrónica avanzada como la firma electrónica reconocida se identifican con la firma digital⁵⁵.

Si bien la firma digital ofrece mayor nivel de seguridad y confiabilidad, el hecho de que un mensaje de datos esté desprovisto de este tipo de firma, no por ello se le puede restar valor probatorio si no es reconocido por la parte a quien se opone, conforme lo indica el artículo 269 del CPC. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia de Colombia en sentencia del 16 de noviembre de 2010, sostiene, de manera equivocada a nuestro modo de ver, lo siguiente⁵⁶:

⁵² Teresa Parejo Navajas. “Análisis de las figuras esenciales del régimen jurídico de la firma electrónica: la Ley 59/2003, del 19 de diciembre de firma electrónica”. En: *Revista de la Contratación Estatal*, n.º 70-2006, p. 8.

⁵³ Plazas Penadés, ob. cit., pp. 11-12. En el escenario colombiano se puede citar el caso de Certicámaras, entidad encargada de certificar la firma digital.

⁵⁴ “Se entenderá como un valor numérico que se adhiere a un mensaje de datos y que, utilizando un procedimiento matemático conocido, vinculado a la clave del iniciador y al texto del mensaje permite determinar que este valor se ha obtenido exclusivamente con la clave del iniciador y que el mensaje inicial no ha sido modificado después de efectuada la transformación”.

⁵⁵ Ver Ortega Díaz, ob. cit., pp. 86 y 93

⁵⁶ Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 16 de diciembre de 2010. M.P. Pedro Octavio Munar Cadena.

En ese orden de ideas, el reconocimiento regulado por el artículo 269 del CPC se impondrá como insoslayable respecto del mensaje de datos desprovisto de una firma digital, habida cuenta que se trata de un documento que no ha sido suscrito ni manuscrito por su autor y carece de un signo de individualidad que permita imputar autoría y, por ende, ejercer el derecho de contradicción a la persona que la parte que lo aporta señala como su creador.

Como se verá enseguida, el artículo 269 del CPC hace referencia a los documentos aportados al proceso que carecen de firma, empero por el hecho de que un documento electrónico carezca de firma digital no puede afirmarse que no es admisible como medio de prueba⁵⁷ o que no se encuentra firmado electrónicamente, pues, como ha quedado señalado, existen diferentes modalidades de firma electrónica que pueden emplearse.

Firma electrónica y presunción de autenticidad de documentos sin firma electrónica

Tal como se viene sosteniendo, si bien existen distintos niveles de seguridad respecto de la firma electrónica, por el solo hecho de que un mensaje de datos no esté firmado electrónicamente, no puede sostenerse *per se* que carezca de fuerza probatoria. Lo mismo se debe predicar de aquellos documentos desprovistos de firma electrónica avanzada o reconocida⁵⁸.

Al respecto, debemos señalar que, bajo los lineamientos del CPC, para que se le pueda atribuir valor probatorio a un documento que carece de firma, deberá operar su reconocimiento conforme lo indica el artículo 269 *ibídem*, o proceder a promover el incidente de autenticidad⁵⁹.

No obstante, a la luz del nuevo estatuto procesal, la respuesta debe ser diferente. En efecto, de acuerdo con el artículo 244 del CGP, la presunción de autenticidad cobija también a los documentos que carecen de firma, bien sean presentados en soporte papel o en formato electrónico. En efecto, señala la disposición en

⁵⁷ Taruffo plantea que si bien la firma electrónica puede admitirse como equivalente de la firma manuscrita, ello no resuelve la problemática de la admisibilidad como medio de prueba de los documentos electrónicos sin firma electrónica. Michele Taruffo. *La prueba*. Laura Manríquez y Jordi Ferrer Beltrán (trad.), Madrid, Barcelona, Buenos Aires, Marcial Pons, 2008, p. 89.

⁵⁸ Equivocadamente así lo planteaba el numeral 5 del artículo 3° de la LFE en España. Dicha disposición era del siguiente tenor: “[...] Se considera documento electrónico el redactado en soporte electrónico que incorpore datos *que estén firmados electrónicamente*. (cursivas fuera de texto) Esta disposición fue modificada por la Ley 56 de 2007. Aunque la definición que trae esta ley respecto del documento electrónico incluye aquellos que carecen de firma electrónica, su redacción no es la más afortunada y sufre de algunas imprecisiones. Cf. Rodríguez de las Heras Ballell, “Espacios, redes y arquitectura tecnológica. Los nuevos parámetros del documento en la era digital”, p. 17.

⁵⁹ Jairo Parra Quijano. *Manual de Derecho Probatorio*, 17ª ed. Bogotá, Librería Ediciones del Profesional Ltda., 2009, p. 541.

mención lo siguiente: “Es auténtico un documento cuando existe certeza sobre la persona que lo ha elaborado, manuscrito, firmado, *o cuando exista certeza respecto de la persona a quien se atribuya el documento*”.

Conforme al aparte en cursivas, los documentos sin firma gozan también de presunción de autenticidad pues la certeza de su autoría se genera cuando la parte que aporta el documento asevera que este proviene de su contraparte, razón por la cual no se requiere de signos de individualidad⁶⁰. Así las cosas, no se requerirá del reconocimiento del documento para que este sea valorado por el juez.

De acuerdo con lo anterior, podríamos sostener que en virtud de lo dispuesto en el artículo 244 del CGP, quien desea aportar un mensaje de datos para hacerlo valer como prueba de la existencia de una relación contractual, por ejemplo, no tendrá que demostrar que este se encuentra firmado electrónicamente por la parte contra quien se desea hacerlo valer, pues frente a dicho documento opera también la presunción de autenticidad. De igual manera, el grado de confiabilidad de la firma electrónica empleada será un asunto que corresponderá atacar a la parte contra quien se pretende hacer valer el documento, para lo cual se servirá, seguramente, de la prueba pericial informática⁶¹.

En ese orden de ideas, todo documento electrónico, sin importar el tipo de firma electrónica empleado, a la luz de lo dispuesto en el nuevo estatuto procesal, goza de presunción de autenticidad⁶² y debe ser valorado probatoriamente dentro de un proceso judicial, conforme el régimen de la prueba documental y de acuerdo con las reglas de la sana crítica.

De otro lado, vale la pena destacar que en el parágrafo 2° del art. 82 del CGP se estipula que las demandas que se presenten en mensaje de datos no requerirán de

⁶⁰ Ver Hernán Fabio López Blanco. “La autenticidad de los documentos privados en copia y de los no firmados. Su evolución en el sistema procesal civil colombiano”. En: XXXV Congreso Colombiano de Derecho Procesal, Bogotá, Universidad Libre e Instituto Colombiano de Derecho Procesal, 2014, pp. 185 y ss.

⁶¹ Seguramente, respecto de un documento que carece de firma electrónica avanzada será más fácil desvirtuar la presunción tanto de su integridad como de su autenticidad, pero —se reitera— la carga de tachar su falsedad corresponde a la parte contraria.

⁶² Posición contraria sostiene Plaza Penadés, quien si bien manifiesta que no se le puede restar eficacia jurídica a un documento por el hecho de no estar firmado electrónicamente, afirma que “deberán probarse los extremos relativos a la identidad, integridad, autenticación y no repudio”. Javier Plaza Penadés. “La firma electrónica tras la reforma operada por la Ley 24/2001”. En: Revista de la contratación electrónica, n.º 26, abril del 2002, p. 11. Al respecto, reiteramos que todo documento, esté o no firmado con firma electrónica avanzada, goza de presunción de autenticidad, razón por la cual será la parte contra quien se pretenda hacer valer dicha prueba documental a quien le corresponde desvirtuar tal presunción.

la firma digital de que trata la Ley 527 de 1999, con lo cual se reafirma nuestra tesis según la cual todo documento electrónico, con o sin firma digital, goza de presunción de autenticidad. El hecho de que no cuente con firma digital no significa que no se pueda identificar el autor del documento pues la disposición en mención señala lo siguiente: “[...] En estos casos, bastará que el suscriptor se identifique con su nombre y documento de identificación en el mensaje de datos”.

SÍNTESIS

A pesar de existir diversos criterios acerca de la naturaleza jurídica de la prueba electrónica y de guardar relación con otros medios de prueba como la pericial, el documento electrónico se debe apreciar dentro de un proceso judicial bajo los lineamientos de la prueba documental. Por el momento histórico en que fueron redactados los códigos procesales no se incluyó de manera expresa el documento electrónico dentro de la categoría de prueba documental, lo cual no es óbice para darle un tratamiento distinto⁶³.

De acuerdo con el desarrollo normativo que se acaba de explicar y la noción de documento en soporte tradicional a la que ya se hizo referencia, se puede sostener que el documento electrónico se identifica con toda información que puede ser almacenada en un soporte inmaterial o que no es directamente perceptible por los sentidos, pues se requiere de la utilización de un *software* que se encargue de traducir los códigos binarios en que se presenta el documento electrónico y que están en el soporte digital⁶⁴. Tal como lo afirma Diego Cruz, “el soporte al que se encuentra incorporado el documento electrónico, así como su formato y lenguaje lógico, condicionan el necesario proceso de decodificación y recodificación a un sistema directamente perceptible por los sentidos⁶⁵”.

Asimismo, de la mano del documento electrónico se encuentra la firma electrónica, herramienta de suma importancia a la hora de determinar el grado de seguridad con el que cuenta un mensaje de datos, especialmente en lo que atañe a la integridad y autenticidad del mismo. De igual manera, es importante destacar que, independientemente del tipo de firma electrónica que se emplee, el documento electrónico goza de presunción de autenticidad y, por ende,

⁶³ En el mismo sentido se manifiesta Ortega Díaz, quien sostiene: “La cuestión ineludible que se nos presenta es analizar si el documento electrónico es o no un documento. La respuesta debe ser afirmativa pues la figura del documento electrónico se ajusta perfectamente a la naturaleza documental, añadiéndosele únicamente dos características importantes: 1º) la ausencia de papel y firma manuscrita, y 2º) una formación producida mediante algún instrumento informático o electrónico”. Juan Francisco Ortega Díaz, *Contratación, notarios y firma electrónica*, p. 60.

⁶⁴ Cruz Rivero, *Eficacia formal y probatoria de la firma electrónica*, p. 94.

⁶⁵ *Ibidem*.

debe ser valorado probatoriamente. Corresponderá a la parte contra quien se pretenda hacer valer, desvirtuar dicha presunción, bien sea a través de su tacha o mediante el desconocimiento del mismo en caso de carecer de firma. En cuanto a su eficacia probatoria, le corresponderá al juez realizar el respectivo análisis de acuerdo con las reglas generales de la prueba documental y conforme a la sana crítica.

BIBLIOGRAFÍA

Abel Lluch, Xabier. *Derecho Probatorio*. Barcelona, Bosch Editores, 2012.

Canosa Suárez, Ulises. “Reformas al régimen probatorio introducidas por la Ley 1395 del 2010”. En: *Impacto de la Ley 1395 del 2010 frente a la administración de justicia*, Cruz Tejada, Horacio (coord.), Bogotá, Ediciones Uniandes, 2011.

Carnelutti, Francesco. *La prueba civil*. Buenos Aires, 1982.

Cruz Rivero, Diego. *Eficacia formal y probatoria de la firma electrónica*. Madrid, Marcial Pons, 2006.

Devis Echandía, Hernando. *Teoría General de la Prueba Judicial*. Tomo II, Buenos Aires, 1970.

Dhoring, Erich. *La prueba, su práctica y apreciación*. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1972.

Elías Baturones, Julio José. En: *La prueba de documentos electrónicos en los tribunales de justicia*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2008.

Framarino Dei Malatesta, Nicola. *Lógica de las pruebas en materia criminal*, 3ª ed. Vol. II, Bogotá, Temis, 1981.

García Más, Francisco Javier. “La firma electrónica: clases de firma electrónica. Los documentos electrónicos. Análisis del art. 3º de la Ley 59/2003, del 19 de diciembre”. En: *Revista quincenal técnico jurídica de derecho privado*, Edita la Ley, Madrid.

Illescas Ortiz, Rafael y Perales Viscasillas, Pilar. *Derecho Mercantil Internacional. El Derecho Uniforme*. Madrid, Editorial Centro de estudios Ramón Areces S.A., Universidad Carlos III de Madrid, 2003.

Illescas Ortiz, Rafael. *Derecho de la contratación electrónica*, 2ª ed. Thomson Reuters, Editorial Aranzadi, 2009.

Ley 1ª de 2000, de 7 de enero (BOE n.º 7 del 8 de enero de 2000).

López Blanco, Hernán Fabio. “La autenticidad de los documentos privados en copia y de los no firmados. Su evolución en el sistema procesal civil colombiano”. En: *XXXV Congreso Colombiano de Derecho Procesal*, Bogotá, Universidad Libre e Instituto Colombiano de Derecho Procesal, 2014.

Montero Aroca, Juan. *La prueba en el proceso civil*, 3ª ed. Madrid, 2001.

Nadal Gómez, Irene. “El documento electrónico en el proceso civil (una visión del panorama europeo con especial referencia a Alemania y España)”. En: *Revista General de Derecho*, año LVII # 678-679, marzo-abril del 2001.

Ortega Díaz, Juan Francisco. *Contratación, notarios y firma electrónica*. Bogotá, Ediciones Uniandes y Temis, 2010.

Parejo Navajas, Teresa. “Análisis de las figuras esenciales de régimen jurídico de la firma electrónica: la Ley 59/2003, del 19 de diciembre de firma electrónica”. En: *Revista de la Contratación Estatal*, n.º 70, 2006.

Parra Quijano, Jairo. *Manual de Derecho Probatorio*, 17ª ed. Librería Ediciones del Profesional Ltda., Bogotá, 2009.

Plazas Penadés, Javier. “La firma electrónica tras la reforma operada por la Ley 24/2001”. En: *Revista de la contratación electrónica*, n.º 26, abril de 2002.

Quijano Zapata, Milena. “Efectos jurídicos y probatorios del mensaje de datos y la firma digital”. En: *Sociedad de la información digital: perspectivas y alcances*, Peña Valenzuela, Daniel (comp.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.

Remolina Angarita, Nelson. “Conceptos fundamentales de la Ley 527 de 1999”. En: *El peritaje informático y la evidencia digital en Colombia*, Cano Martínez, Jeimy José, Bogotá, Ediciones Uniandes, 2010.

Riofrio, Juan Carlos. *La prueba electrónica*. Temis, Bogotá, 2004.

Rodríguez de las Heras Ballell, Teresa. “Espacios, redes y arquitectura tecnológica. Los nuevos parámetros del documento en la era digital”. En: *Actas de las XVII Jornadas de Archivos Municipales de Madrid*, “Los archivos muni-

cipales y la administración electrónica 1988-2008”, celebradas en Madrid (Auditorio Conde Duque), los días 29 y 30 de mayo, BOCM, Madrid: Comunidad de Madrid-Ayuntamiento de Madrid-Grupo de Archiveros Municipales de Madrid, 2008.

Rojas Gómez, Miguel Enrique. *Apuntes sobre la ley de descongestión*, 2ª ed. Bogotá, 2011.

_____. *Teoría del Proceso*, 2ª ed. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004.

Taruffo, Michele. *La prueba*. Laura Manríquez y Jordi Ferrer Beltrán (trad.), Madrid, Barcelona, Buenos Aires, Marcial Pons, 2008.

ALGUNOS SUCEDÁNEOS DE LA PRUEBA

LA FUNCIÓN PROBATORIA DE LAS PRESUNCIONES LEGALES EN EL PROCESO CIVIL COLOMBIANO

Fredy Hernando TOSCANO LÓPEZ*

INTRODUCCIÓN

Aun cuando las presunciones previstas en las normas sustanciales cumplen una importante función en procura de dotar de seguridad jurídica a las relaciones jurídicas, no es tan clara su naturaleza ni su función en el ejercicio probatorio que tiene lugar dentro del proceso judicial. Nótese, por ejemplo, cómo en el ámbito procesal civil, los artículos 175 del Código de Procedimiento Civil y el actual artículo 165 del Código General del Proceso, al enlistar los medios de prueba, no hacen alusión a la presunción legal como mecanismo útil para la formación del convencimiento del juez, lo que suscita la pregunta acerca de si esta constituye un genuino *medio de conocimiento* o si es un *sucedáneo* de los mismos.

Proponer una respuesta a esta cuestión resulta útil para la práctica judicial, por cuanto es frecuente que jueces y litigantes pasen por alto el hecho de que la invocación de la presunción legal genera un efecto directo y trascendente en la formación del contenido de la carga de la prueba y porque, a falta de destrucción de la presunción legal (invocada por vía de acción o de excepción), el hecho legalmente presumido deviene en *judicialmente probado* en el proceso y, por ende, nada obsta para que constituya fundamento esencial de la sentencia.

Se argumentará, entonces, que la naturaleza jurídica de la presunción legal es sin duda sustancial habida cuenta su origen normativo, que su función en el proceso es la de servir de sucedáneo de la prueba en los eventos de ausencia o insuficiencia de medios de prueba y que no existe razón jurídica alguna que impida fundar el sentido de la sentencia exclusivamente en una presunción legal.

CONCEPTO DE PRESUNCIÓN LEGAL

Es ampliamente sabido que el proceso judicial constituye el escenario para la contienda entre los intereses de las partes y que el debate probatorio se centra en la discusión acerca de si el demandante se encuentra o no en el supuesto de hecho de la norma que invoca como derecho objetivo, motivo por el cual

* Profesor del Departamento de Derecho Procesal de la Universidad Externado de Colombia y miembro del Instituto Colombiano de Derecho Procesal y del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal.

son las normas de derecho sustancial (entendidas como aquellas que consagran derechos y obligaciones correlativas) las que han de invocarse y acreditarse para alzarse con la victoria¹.

Por esta razón, es en el proceso judicial en donde convergen el derecho *objetivo* (la norma jurídica invocada) y el derecho *subjetivo* (la afirmación concreta del demandante de estar en el supuesto de hecho de la norma) y en donde es posible obtener el surgimiento, modificación o extinción de relaciones jurídicas a través de una sentencia judicial.

Hay eventos en algunas normas sustanciales en los que el legislador ha indicado expresamente de manera general, personal y abstracta que a partir de un hecho conocido (*hecho base*) se infiera otro (*hecho presunto*) que le es adscrito como consecuencia. A tal hipótesis se ha denominado presunción legal. Esta será *de derecho* o *iuris et de iure*² cuando el legislador no admita que en un futuro proceso judicial se realice ningún ejercicio probatorio encaminado a demostrar lo contrario y será *iuris tantum* cuando sí se permita prueba en contrario³.

La presunción tiene inescindible relación con la prueba indiciaria, puesto que una y otra se construyen a partir de un hecho conocido para derivar del primero un hecho desconocido, pero “La diferencia que podría hacerse entre indicios, presunciones y circunstancias no sería sino una distinción de puntos de vista en relación con el mismo objeto: uno expresa más bien la cosa que sirve de signo (indicio); otro, el hecho en que se basa la inferencia (circunstancia); y el otro, la relación (presunción⁴)”.

En cuanto a la discusión acerca de su naturaleza jurídica se ha sostenido que “las presunciones legales son una verdadera prueba o medio de prueba [...] mientras que, según la otra, constituyen simples hechos que sirven de fundamento a derechos conferidos o negados por la ley⁵”. De esta manera, la controversia parece girar sólo en torno a si la presunción legal es un medio de prueba o es

¹ Cf. Francesco Carnelutti. *Cómo se hace un proceso*, 3ª ed. Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín (trads.), Bogotá, Temis, 2007, p. 5.

² Esta se preveía en el artículo 660 del CJ en los siguientes términos: “Cuando la ley establece presunción de derecho no se admite prueba en contrario”.

³ Cf. Hernando Devis Echandía. *Compendio de la prueba judicial* (versión anotada y concordada por Adolfo Alvarado Velloso), 1ª ed. Tomo II, reimpresión. Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2007, p. 303. En este tipo de presunciones “se le impone al juez aceptar como verdadera una de las proposiciones contradictorias relativas a un hecho, salvo que resulte demostrada la veracidad de la proposición contraria”. José Barbosa Moreira. “Prueba y motivación de la sentencia”. En: *La Prueba: homenaje a Hernando Devis Echandía*, AAVV, Bogotá, Editorial Universidad Libre e ICDP, p. 134.

⁴ François Gorphe. *Apresiasi judicial de las pruebas*, 3ª reimpresión de la 2ª edición. Jorge Guerrero (trad.), Bogotá, 2004, p. 201.

⁵ Antonio Dellepiane. *Nueva teoría de la prueba*. 10ª ed. Bogotá, Temis, 2009, p. 106.

fuente o argumento probatorio, dejando de lado la posibilidad de que se trate de un sucedáneo de la prueba, como en efecto se sostendrá en este escrito, en razón a que, ante la falta o insuficiencia de medios de prueba en el momento de dictarse sentencia, los hechos legalmente presumidos e invocados por una parte, que no hubieren sido desvirtuados por la otra, pueden erigirse en fundamento probatorio de la sentencia.

Aun cuando las presunciones legales tienen naturaleza jurídica sustancial, como en efecto se define en el artículo 66 del Código Civil colombiano, lo cierto es que los mayores efectos se concretarán en los procesos judiciales en los que se invoquen por vía de acción o de excepción las respectivas normas que las consagran.

Sólo a manera de ejemplo se resalta la institución denominada *impugnación de la paternidad* regulada en el artículo 213 (modificado por el artículo 1° de la Ley 1060 de 2006) y el artículo 214 del CC. La primera norma consagra claramente la siguiente presunción legal: “El hijo concebido durante el matrimonio o durante la unión marital de hecho tiene por padres a los cónyuges o compañeros permanentes, salvo que se pruebe lo contrario en un proceso de investigación o de impugnación de paternidad”.

Precisamente por su naturaleza de presunción legal admite prueba en contrario, la que sólo puede lograrse dentro de un proceso judicial declarativo de impugnación de paternidad. Esta hipótesis es distinta a la que se da en los procesos de filiación extramatrimonial, en los que no se trata de desvirtuar ninguna presunción sino de declarar en un proceso de conocimiento quién es el padre (despejar la incertidumbre); luego, no hay como contrapartida una carga de probar para el demandado, por lo cual, la carga de probar que determinada persona es el padre es para quien demanda; si el demandado manifiesta no ser el padre, se trata de una negación indefinida que no debe ser probada.

Lo que ilustra la presunción legal de paternidad es que quien funge como *cónyuge o compañero permanente* en la época en la que se concibió el hijo (hecho conocido) se reputa ser el padre de este (hecho desconocido), lo que es plenamente explicable teniendo en cuenta el derecho del menor a tener como padre a quien en el momento de su nacimiento era el esposo o compañero de la madre y a la luz de la necesidad de dar seguridad jurídica a los asociados.

LA FUNCIÓN DE LAS PRESUNCIONES LEGALES EN EL PROCESO

En el ámbito procesal, la invocación de una presunción legal como fundamento de la pretensión o de la excepción de mérito, genera varias consecuencias proce-

sales para las partes y para la toma de la decisión final, las cuales se enuncian a continuación:

1. No basta su invocación sino que se exige acreditar plenamente el hecho base que le sirve como punto de partida⁶.
2. Invocada la norma que consagra la presunción y demostrado el hecho base, la contraparte tiene la *carga de probar* que la presunción no está llamada a operar en el caso concreto, discutiendo el *hecho base* o el *hecho desconocido*, argumentando que el hecho presumido no se sigue de aquel⁷.
3. Cuando la parte contraria a la que invoca la presunción legal no logra desvirtuar el hecho base y/o el hecho presumido, “ganará la parte favorecida por la presunción⁸”.

Se sigue de lo anterior que la presunción legal hace inclinar la balanza probatoria, morigerando la carga de la prueba en favor de quien acredita el hecho base de la presunción, en otras palabras, que “la parte que invoca a su favor va ganando un resultado sin necesidad de probar directamente el hecho que busca establecer en él⁹”.

Son entonces razones de política legislativa las que justifican que desde la misma ley se consagren presunciones legales, “ya que, en general, trasladar las cargas probatorias por medio de presunciones jurídicas es un mecanismo cuyo objetivo es asignar ventajas sociales, económicas y estratégicas entre las partes¹⁰”. De esta manera, la presunción legal opera como ficción normativa que otorga una prerrogativa sustancial y procesal a quien logra probar que se encuentra en el supuesto de hecho de la norma que la consagra.

⁶ Esta regulación se encontraba en el artículo 661 del CJ, así: “Los antecedentes en que se apoya una presunción legal se deben establecer plenamente, y en este caso, la presunción prueba a favor del que la tiene, a menos que la otra parte la infirme probando lo contrario”.

⁷ “En este razonamiento, la presunción es una inferencia teórica que lleva de premisas que se afirman verdaderas a una conclusión que también se afirma verdadera”. Josep Aguiló Regla. “Presunciones, verdad y normas procesales”. En: *Proceso, pruebas y estándares*, AAVV, Lima, ARA Editores, 2009, p. 90.

⁸ Michele Taruffo. *La prueba*. Laura Manríquez y Jordi Ferrer Beltrán (trads.), Madrid, Barcelona, Buenos Aires, Marcial Pons, 2008, p. 151.

⁹ Antonio Rocha Alvira. *De la prueba en el derecho*. Actualizado por Alfonso Clavijo, Bogotá, Ibáñez, 2012, p. 76.

¹⁰ Michele Taruffo. *La prueba*. Laura Manríquez y Jordi Ferrer Beltrán (trad.), Madrid, Barcelona, Buenos Aires, Marcial Pons, 2008, p. 152.

CONSGRACIÓN PROCESAL DE LAS PRESUNCIONES LEGALES

El Código Judicial tenía un capítulo dedicado a las presunciones, lo que obedece a que aún bajo tal precepto existían rezagos de *tarifa legal* y, por tanto, era patente la preocupación del legislador de regular no sólo el concepto y las clases de presunciones y de indicios sino también la forma de realizar su valoración.

En la Exposición de Motivos de la Ley 105 de 1931 se menciona que:

Se reúnen en este capítulo los preceptos, inclusive los consignados en el Código Civil, relacionados con esta materia, y, por tanto, se dice que la presunción de derecho no admite prueba en contrario; que la legal, una vez establecidos los antecedentes en que se apoya, favorece a la parte que la tiene, a menos que la otra infirme probando lo contrario; y que las demás presunciones, fundadas en pruebas incompletas o indicios, se apreciarán con arreglo a la doctrina ya consagrada que contienen los artículos 658 a 665 y que reproducen lo que rige actualmente y ha venido rigiendo en nuestras leyes de procedimiento¹¹.

Ello explica la existencia de normas como su artículo 662, según el cual: “Las demás presunciones fundadas en pruebas incompletas o indicios, tienen más o menos fuerza, según sea mayor o menor la relación o conexión entre los hechos que las constituyen y el que se trata de averiguar”. Así también el artículo 664 del mismo estatuto que establecía: “Una sola presunción también prueba plenamente cuando a juicio del Juez, tenga caracteres de gravedad y precisión suficientes para formar su convencimiento”.

Posteriormente, en el CPC (y ahora en el CGP) no aparece enlistada la presunción como medio de prueba y es mencionada sólo en el artículo 176 del CPC para resaltar que las presunciones de la ley sustancial son aplicables en el escenario procesal y que requieren, en todo caso, que se acredite el *hecho base* de la presunción, en los siguientes términos: “Las presunciones establecidas por la ley serán procedentes, siempre que los hechos en que se funden estén debidamente probados. El hecho legalmente presumido se tendrá por cierto, pero admitirá prueba en contrario cuando la ley lo autorice”. (Se regula en idéntica redacción en el artículo 166 del CGP.)

El cambio en la técnica legislativa se hizo evidente en la exposición de motivos del CPC, en el que —de manera expresa— se reconoció que “el alcance de

¹¹ Tomado del Anexo 1 D, de la obra inédita *Bases para la Historia del Derecho Procesal en Colombia*. Hernán Fabio López Blanco (dir.), Bogotá, 1985, p. 32.

las presunciones que la ley establece queda sujeto a los preceptos del derecho sustancial¹²”, de tal manera que, simplemente, el legislador procesal no creyó necesario repetir todas las presunciones establecidas en la normatividad sustancial.

Lo anterior pone de presente el hecho de que la naturaleza jurídica de las normas que consagran presunciones, aun cuando tiene honda aplicación procesal, es eminentemente sustancial. Por ende se está de acuerdo con Dellepiane cuando afirma que

[T]odos los preceptos, esparcidos en los códigos, por los que se crean presunciones, son relativos a la prueba, son normas por las cuales se impone un determinado medio de prueba, el indiciario, y en las que se exime a una parte de la obligación de probar otro hecho que el indicador del hecho que alega para fundar su derecho, arrojando la carga de la prueba de la inexistencia de este hecho, decisivo en la *litis*, sobre los hombros de su adversario o negando a esta la facultad de acudir a prueba alguna que demuestre la no existencia del hecho decisivo¹³.

El legislador no creyó pertinente traer a colación en la normatividad procesal el concepto de presunción establecido en el artículo 66 del CC:

Se dice presumirse el hecho que se deduce de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas. Si estos antecedentes o circunstancias que dan motivo a la presunción son determinados por la ley, la presunción se llama legal. Se permitirá probar la no existencia del hecho que legalmente se presume, aunque sean ciertos los antecedentes o circunstancias de que lo infiere la ley, a menos que la ley misma rechace expresamente esta prueba, supuestos los antecedentes o circunstancias. Si una cosa, según la expresión de la ley, se presume de derecho, se entiende que es inadmisibile la prueba contraria, supuestos los antecedentes o circunstancias.

Tampoco estimó necesario el legislador procesal traer a colación las distintas clasificaciones académicas que sobre la presunción se han construido, lo que no indica que las presunciones no tengan aplicación. Por el contrario, el papel de las presunciones legales en cualquier proceso judicial es trascendente¹⁴, por

¹² Exposición de motivos del CPC. Tomado del Anexo 1 D, de la obra inédita *Bases para la Historia del Derecho Procesal en Colombia*, Hernán Fabio López Blanco (dir.), Bogotá, 1985, p. 352.

¹³ Antonio Dellepiane. *Nueva teoría de la prueba*, 10ª ed. Bogotá, Temis, 2009, p. 107.

¹⁴ También existen presunciones judiciales pero a ellas no se hará referencia dado que las que interesan son las presunciones legales, cuya virtud es trasladar la carga de la prueba en determinados casos, tema que es el relacionado con el presente escrito. Las presunciones judiciales hacen parte del razonamiento del juzgador, quien puede extraer de algunos hechos conocidos otros desconocidos, a manera de indicios. Esta presunción (la judicial) es precisamente la que se presenta “cuando la presunción la elabora el juez [...] y le sirve a éste para la valoración de las pruebas...”.

cuanto influyen en la determinación de la carga de la prueba en el proceso judicial, como se verá a continuación.

EL EFECTO DE LAS PRESUNCIONES LEGALES EN LA DETERMINACIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA

La función más trascendente de las presunciones legales es su capacidad para influir en la determinación de la carga de la prueba, en su faceta de *regla de conducta* y como *regla de juicio*. Lo primero, por cuanto se indica en casos particulares y concretos quién tiene la carga de probar el supuesto de hecho de la norma sustancial que invoca y, en segundo lugar, porque orientan la decisión judicial a falta de pruebas, dado que, quien invoca en su favor una presunción y ha probado la existencia del hecho base, tiene derecho a que se le aplique el hecho desconocido, a menos que la contraparte pruebe lo contrario.

Se pone en evidencia que cuando el juez adopta una decisión judicial con base en una presunción legal, con ello no está afirmando que ha llegado a probar plenamente el hecho y menos que ha encontrado la verdad, obviamente lo que ocurre es que “la función primaria que cumplen las normas de presunción no es tanto establecer una verdad material cuanto una verdad procesal, procedimental o dialéctica. Aceptar y aplicar una norma de presunción no obliga a creer en la ocurrencia de un hecho, sino a considerar probado o no probado un cierto hecho bajo ciertas circunstancias¹⁵”.

A efectos de ilustrar la manera concreta cómo obra la presunción legal en el proceso judicial como sucedáneo de prueba, puede pensarse en un proceso de declaración de pertenencia en el que una parte afirma que el bien que posee es susceptible de ganarse por prescripción, que ha sido poseedor por el tiempo requerido y que la posesión fue pública, ininterrumpida y pacífica. Supóngase que en tal proceso ha quedado probado todo lo anterior, salvo lo relativo a la posesión específicamente por dos razones: porque el demandado afirma que la posesión fue interrumpida durante el lapso de un año y porque afirma que la posesión no fue de buena fe. En tal situación, estando para fallarse el proceso y a falta de medios de prueba que hubieren acreditado las defensas del demandado, el juez debe aplicar los artículos 769 y 780 del CC, a fin de aplicar las presunciones allí establecidas.

Jairo Parra Quijano. *Tratado de la prueba judicial: indicios y presunciones*, 5ª ed. Tomo IV, Bogotá, Librería Ediciones del Profesional Ltda., 2005, p. 214.

¹⁵ Josep Aguiló Regla. “Presunciones, verdad y normas procesales”. En: *Proceso, pruebas y estándar*, AAVV, Lima, ARA Editores, 2009, p. 96.

En concreto, por virtud del artículo 769 del CC: “La buena fe se presume, excepto en los casos en que la ley establece la presunción contraria. En todos los otros, la mala fe deberá probarse”. Y adicionalmente el artículo 780 del CC que establece: “Si se ha empezado a poseer a nombre propio, se presume que esta posesión ha continuado hasta el momento en que se alega. Si se ha empezado a poseer a nombre ajeno, se presume igualmente la continuación del mismo orden de cosas. Si alguien prueba haber poseído anteriormente, y posee actualmente, se presume la posesión en el tiempo intermedio”.

Precisamente como se trata de una presunción legal que admite prueba en contrario, es carga del demandado probar la mala fe en el acto de posesión del demandante, así como la carga de acreditar que la posesión fue interrumpida en el lapso comprendido entre el inicio de la posesión y el momento de la presentación de la demanda.

De esta manera, al demandante le basta afirmar y acreditar haber sido poseedor al inicio del período y al final del mismo para obtener en su favor la presunción de *buena fe* en su posesión y *haber poseído ininterrumpidamente* el bien objeto de prescripción, lo que se explica por motivos de seguridad jurídica y porque lo recogido en la norma sustancial es lo que normalmente ocurre.

Incumplida la carga probatoria por parte del demandado —la de desvirtuar las presunciones legales mencionadas a través de cualquier medio de prueba—, la sentencia debe ser contraria al demandado por subsistir tales presunciones en su contra, lo que ilustra, por vía del ejemplo, que la presunción legal constituye un genuino sucedáneo probatorio y que resulta apta para fundar probatoriamente el contenido de la decisión judicial.

CONCLUSIONES

1. A pesar de su raigambre sustancial, las presunciones legales constituyen un sucedáneo probatorio, en términos de hacer posible la decisión judicial a falta o ante la insuficiencia probatoria.
2. La consagración legislativa de las presunciones legales en Colombia es anti-*quísima* y ha sido regulada en las normas sustanciales como en las últimas tres codificaciones procesales, en términos más o menos amplios.
3. Resulta innegable la trascendente función probatoria que desempeñan las presunciones legales en el proceso judicial, habida cuenta de su capacidad para determinar el contenido de la carga de la prueba.

4. En la configuración procesal, quien invoca la presunción legal en su favor ha de acreditar plenamente el hecho base que le sirve como punto de partida, logrando con ello que sea la contraparte quien tenga la carga de desvirtuarla.
5. La presunción legal no desvirtuada podría ser fundamento para establecer el sentido de la sentencia, como en aquellos casos en los que la parte contraria a la que invoca la presunción legal no logra desvirtuar el hecho base y/o el hecho presumido, pues, en este caso, será la parte favorecida con la presunción quien obtenga la victoria en el proceso.

BIBLIOGRAFÍA

- Aguiló Regla, Josep. “Presunciones, verdad y normas procesales”. En: *Proceso, pruebas y estándar*, AAVV, Lima, ARA Editores, 2009.
- Barbosa Moreira, José. “Prueba y motivación de la sentencia.” En: *La prueba: homenaje a Hernando Devis Echandía*, AAVV, Bogotá, Editorial Universidad Libre e ICDP, 1997.
- Carnelutti, Francesco. *Cómo se hace un proceso*, 3ª ed. Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín (trans.), Bogotá, Temis, 2007.
- Dellepiane, Antonio. *Nueva teoría de la prueba*, 10ª ed. Bogotá, Temis, 2009.
- Devis Echandía, Hernando. *Compendio de la prueba judicial* (versión anotada y concordada por Adolfo Alvarado Velloso), 1ª ed. Tomo II, reimpresión. Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2007.
- Gorphe, François. *Apreciación judicial de las pruebas*, 3ª reimpresión de la 2ª edición. Jorge Guerrero (trad.), Bogotá, 2004.
- López Blanco, Hernán Fabio (dir.). *Bases para la historia del derecho procesal en Colombia* (obra inédita). Bogotá, 1985.
- Parra Quijano, Jairo. *Tratado de la prueba judicial: indicios y presunciones*, 5ª ed. Tomo IV, Bogotá, Librería Ediciones del Profesional Ltda., 2005.
- Rocha Alvira, Antonio. *De la prueba en el derecho* (actualizado por Alfonso Clavijo). Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2012.
- Taruffo, Michele. *La prueba*. Laura Manríquez y Jordi Ferrer Beltrán (trad.). Madrid, Barcelona, Buenos Aires, Marcial Pons, 2008.



Este libro se
imprimió en el 2015,
35 años después de que el
Comité Ejecutivo de la Universidad
de los Andes, en el Acta del 13 de
febrero de 1980, aprobara la creación de
Ediciones Uniandes. Han sido 35 años de
sostenida producción editorial de títulos
de carácter científico, artístico y cultural,
en los que hemos pasado de las
galeradas y las pruebas azules a la
impresión digital y el libro
electrónico.