



UNIVERSIDAD DE CHILE
Facultad de Derecho
Departamento de Derecho Procesal

**“CONSIDERACIONES TEÓRICAS Y PRÁCTICAS SOBRE LA RELACIÓN
ENTRE PROCESO PRUEBA Y VERDAD”.**

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

ANDRÉS ARIEL FUCHS NISSIM

Profesor Guía: Carlos Cristián Maturana Miquel

Santiago, Chile

2010

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN:	6
----------------------------	---

I PARTE: CONSIDERACIONES TEÓRICAS SOBRE LA RELACIÓN ENTRE PROCESO, PRUEBA Y VERDAD.

CAPÍTULO 1: EL PROCESO	19
1.1 LA RELACIÓN ENTRE PRUEBA Y VERDAD, NO PUEDE SER ENTENDIDA DEJANDO DE LADO LA IDEOLOGÍA DEL PROCESO.....	19
1.2 FINES DEL PROCESO CIVIL.....	20
1.3 EL PROCESO COMO SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS.....	22
1.4 EL PROCESO COMO BÚSQUEDA DE LA VERDAD.....	30
CAPÍTULO 2: LA VERDAD	32
2.1 LA VERDAD EN EL ÁMBITO DEL PROCESO JUDICIAL.....	32
2.1.1 ¿VERDAD COMO CONSENSO O COMO CORRESPONDENCIA?.....	34
2.2 LA BÚSQUEDA DE LA VERDAD Y LAS LIMITACIONES PROCESALES.....	39
2.2.1 ENUNCIACIÓN DE CIERTAS LIMITACIONES PROBATORIAS.....	41
2.3 PRESUNCIONES.....	44
2.3.1 PRESUNCIONES: ¿ES PRESUMIBLE O SE PRESUMIRÁ?.....	46
2.3.2 PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y VALOR EPISTEMOLÓGICO.....	53
2.4 LIMITACIONES PROBATORIAS EN SENTIDO ESTRICTO.....	58
2.5 CONCLUSIÓN.....	64
CAPÍTULO 3: LA PRUEBA	68
3.1 QUÉ SE PRUEBA.....	68
3.2 CONSIDERACIONES PRELIMINARES.....	69

3.3 PROCESO Y PRUEBA.....	72
3.4 CONCEPCIÓN PERSUASIVA DE LA PRUEBA. FUNCIÓN NARRATIVA.....	73
3.5 EPISTEMOLOGÍA OBJETIVISTA CRÍTICA Y CONCEPCIÓN COGNOSCITIVA DE LA PRUEBA.....	84
3.6 HACIA UNA REDEFINICIÓN DE LA FUNCIÓN DEMOSTRATIVA DE LA PRUEBA.....	82

CAPÍTULO 4: PRUEBA Y VERDAD.....89

II PARTE: CONSIDERACIONES PRÁCTICAS SOBRE LA RELACIÓN ENTRE PROCESO, PRUEBA Y VERDAD.

CAPÍTULO 5: CONSIDERACIONES PRÁCTICAS: UNA DECISIÓN IDEOLÓGICA.....	97
5.1 ROL DEL JUEZ EN EL PROCESO CIVIL. GENERALIDADES.....	98
5.2 ROL DEL JUEZ Y FACULTADES PROBATORIAS DE OFICIO. IDEOLOGÍAS Y ACTITUDES SOBRE EL TEMA.....	101
5.3 FACULTADES PROBATORIAS DE OFICIO POR EL JUEZ, VERSUS IMPARCIALIDAD Y DEBIDO PROCESO.....	110

CAPÍTULO 6: ESTADO ACTUAL DE LA CUESTIÓN EN CHILE.....	115
6.1 REFORMAS AL PROCEDIMIENTO LABORAL Y DE FAMILIA. GENERALIDADES.....	115
6.1.1 REFORMAS AL PROCEDIMIENTO DE FAMILIA.....	116
6.1.2 REFORMAS AL PROCEDIMIENTO LABORAL.....	117
6.2 DE NUEVO SOBRE LA POSIBILIDAD QUE EL JUEZ PUEDA DICTAR PRUEBA DE OFICIO. CRÍTICAS, DEFENSAS Y CONCLUSIONES.....	119

CAPÍTULO 7: ESTADO DE LA CUESTIÓN EN EL DERECHO COMPARADO.....	125
7.1 FRANCIA.....	126
7.2 ALEMANIA.....	127
7.3 ESPAÑA.....	128
7.4 ESTADOS UNIDOS E INGLATERRA.....	129

CAPÍTULO 8: CONCLUSIONES	133
81 COMENTARIOS FINALES SOBRE LA RELACIÓN ENTRE PROCESO, PRUEBA Y VERDAD.....	133
8.2 RELACIÓN ENTRE PROCESO, PRUEBA Y VERDAD, Y MOTIVACIÓN DE LA SENTENCIA.....	136
8.2.1 DE LA CONEXIÓN QUE EXISTE ENTRE LA MOTIVACIÓN DE LA SENTENCIA, Y LAS NOCIONES DE PROCESO, PRUEBA Y VERDAD.....	136
8.2.2 DE LAS RAZONES DEL PORQUÉ LA EXIGENCIA DE MOTIVAR LA SENTENCIA, SE CORRESPONDE MEJOR CON LA CONCEPCIÓN DEL PROCESO AQUÍ SOSTENIDA.....	138
8.3 RELACIÓN ENTRE PROCESO, PRUEBA Y VERDAD, Y VALORACIÓN DE LA PRUEBA.....	140
BIBLIOGRAFÍA	145

AGRADECIMIENTOS.

Quisiera en primer lugar, agradecer al profesor Raúl Tavolari. Si bien, no tuve la oportunidad de compartir con él, las ideas de esta memoria, su modo de entender el derecho procesal, como los consejos enseñados durante sus clases, traté de tenerlos siempre presente. A él le debo principalmente mi interés por esta rama del derecho.

Asimismo, quisiera agradecer al profesor de la Universidad Autónoma de Madrid, catedrático Juan Carlos Bayón, quien durante el semestre que duró mi intercambio en esa universidad, me motivó e instó a investigar temas relativos a la prueba y su razonamiento judicial. En efecto, mi primer acercamiento intelectual a esta materia fue en sus clases, y la selección de gran parte de los autores de la bibliografía, se la debo a él.

Finalmente, mi mayor agradecimiento es respecto del profesor Raúl Núñez, quien por medio de entretenidas discusiones, me fue guiando en el desarrollo de este trabajo, y aconsejándome entre otras cosas, sobre qué temas extenderme y cuáles únicamente tratar a nota de pie. No me cabe duda que, sin su ayuda, este trabajo no habría llegado a buen puerto, y por lo mismo, me siento en deuda con él. En todo caso, más que por sus consejos como profesor guía, estoy agradecido por haber encontrado en él, un nuevo y buen amigo.

Por último, no quisiera dejar de agradecer a mis padres por todo lo que he aprendido y sigo aprendiendo de ellos. Sus enseñanzas, por cierto que están presentes, y a ellos, con mucho amor y admiración, les dedico esta obra.

INTRODUCCIÓN.

El objeto principal de esta memoria, es poder dar respuestas a preguntas fundamentales del Derecho Procesal, cómo lo son : (i) ¿Cuál es la función del proceso civil¹?; (ii) ¿Para qué sirven las pruebas en un proceso?; y (iii) Cuando hablamos de la verdad en estos contextos, ¿Qué entendemos realmente por verdad?

Las respuestas a estas preguntas, nos parecen fundamentales, pues se van a traducir en la ideología del proceso. En efecto, la forma como se conciben los fines del proceso o la posibilidad de conocer la verdad de los hechos, depende efectivamente de la ideología que se tenga del proceso².

Además, en momentos en que la reforma al procedimiento civil es inminente, nos parece que discutir acerca de cuál debe ser el fin de este tipo de procedimientos es fundamental. Y ello, porque muchas veces, respuestas a problemas como si dotar o no al juez con poderes de instrucción o un determinado sistema recursivo, van a estar determinados precisamente por la respuesta a las interrogantes que planteamos en esta memoria.

Así, lo primero que debemos entender, es que el Derecho Procesal más que plazos, formalidades o recursos, es ideología³, y como tal, la forma en que se conciba la

¹ El objeto principal de esta memoria es tratar acerca de las distintas concepciones que existen sobre los fines del proceso civil, las funciones que tiene la prueba en este tipo de procesos, y si –por un lado-, la averiguación de la verdad es un fin de este tipo de procesos, y –por otro lado- qué verdad es alcanzable en un proceso civil. En este sentido, debe entenderse que cada vez que hagamos referencia a los fines del proceso, se entenderá hecha a los fines del proceso civil.

Con todo, ello no pretende excluir del todo la importancia del tema del proceso penal, pues durante el desarrollo de la memoria tocaremos ciertos temas que se corresponden principalmente con este tipo de procesos, como lo son la presunción de inocencia o ciertas referencias menores a la prueba ilícita. Ello además, de ciertos comentarios o notas que también haremos sobre los fines del proceso penal.

² En este sentido, señala el profesor Taruffo que “a menudo el valor de la verdad en el contexto de la administración de justicia es negado por razones *ideológicas*, relativas a la forma en que se concibe la naturaleza y la función del proceso”, en TARUFFO, Michele, “Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos”, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2010, p.125 (la cursiva es del texto original).

³ Una afirmación como la recién hechas, no debiese ser siquiera sujeta a dudas, pero lamentablemente en nuestro medio, existe a veces un desmerecido desprecio al Derecho Procesal, señalándolo que sólo se ocupa de regular formalidades, olvidando que sí es un derecho sustancial, y por sobre todo ideológico-político.

verdad o el proceso y las funciones que a éste se le otorguen, va a depender de una decisión política-moral.

Un aspecto característico del proceso judicial, nos parece es la decisión o sentencia con que termina, no en vano se ha llegado a decir que “el derecho es el *mundo de la decisión*”⁴, pero el cómo se llegue a dicha decisión, va a depender nuevamente de la piedra angular, esto es, la forma cómo se conciba el proceso y los fines para los cuales se oriente.

La forma entonces en que se determine el proceso, llevará a una decisión u otra, y si bien, independiente de la decisión que sobre un juicio tome el juez, ella pondrá fin al conflicto, nos parece que no es irrelevante una decisión u otra, pues no todas son igualmente válidas.

En este sentido, nuestra tesis es que para que una decisión sea válida, ésta debe ser justa y conforme a derecho. Ello, sólo se puede lograr por medio de un proceso orientado a la averiguación de la verdad de los hechos.

Determinar qué es una decisión justa, es algo no menor. En efecto, encontrar el significado de la palabras “justicia” ya es algo complejo, en tanto está cargado de simbolismos y de diferentes maneras de interpretar qué es lo justo⁵, pero trataremos brevemente de desarrollar qué elementos debe tener una decisión para que la consideremos justa, dejando en claro desde ya que no nos parece suficiente criterios de igualdad procesal para definir a una decisión como justa, por provenir de un proceso justo⁶.

Respecto de la relación entre proceso civil e ideología, nos permitimos desde ya recomendar un libro, del cual si bien –como se dejará en claro durante el desarrollo de este trabajo- no compartimos casi ninguna de sus tesis, demuestra que, la forma como se concibe el proceso, va a estar siempre presente en la toma de decisiones prácticas de esta disciplina. Véase, MONTERO, JUAN, “Proceso Civil e Ideología: Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos”, Editorial Tirant lo Blanch, 2006.

⁴ Vid, IRTI, Natalio, “Dubbio e decisiones”, en Rivista di diritto processuale, p.258.

⁵ Sobre el particular, recomendamos la lectura de un artículo del profesor Nino, en el que responde ¿Qué es la justicia?, desde la concepción de los más importantes filósofos del derecho. NINO, Carlos Santiago, “Justicia”, en DOXA, Cuadernos de Filosofía, N° 14-1993, p.61-74..

⁶ Esta es la tesis de Rawls y en la perspectiva de la denominada *pure procedural justice*, para la cual el resultado es por completo indiferente, con tal que se hayan respetado las reglas. Así, el resultado de la decisión es completamente irrelevante, con tal que se hayan respetado las reglas del proceso. Nos parece que una teoría así, es perfecta para los eventos deportivos (donde es verdadero que quien ganó, tenía la razón), pero no para un proceso judicial, donde la verdad no está determinada por el cumplimiento de las normas

Así las cosas, nuestra primera conclusión ha de ser que para que el proceso, culmine en una decisión justa, necesariamente ha de fundarse en una ideología de la justicia que reconozca a la verdad un valor positivo⁷.

Ahora bien, eso no nos responde de manera positiva, qué es una decisión justa. Sobre este tema, seguimos la tesis planteada por el profesor Taruffo⁸, quien sostiene que este problema relativo a la escogencia de la mejor decisión, debe ser resuelto acudiendo a un conjunto de tres criterios, y “solamente de su combinación podrá brotar un esquema de valoración que permita determinar si y cuándo la decisión es justa”⁹.

Dichos criterios son: (i) corrección de la escogencia y de la interpretación de la regla jurídica aplicable al caso; (ii) comprobación confiable de los hechos importantes al caso; y (iii) empleo de un procedimiento válido y justo para llegar a la decisión. Estos requisitos, son todos necesarios¹⁰ y para que una decisión sea justa es preciso que ninguno de los tres valores sea inferior a un nivel mínimo que se considere aceptable¹¹.

De estos tres criterios, quisiéramos destacar la necesidad en la comprobación confiable de los hechos, que no es sino, la averiguación de la verdad.

procedimentales, sino por su adecuación con el mundo real. Volveremos sobre el particular al tratar el proceso como mecanismo de solución de controversias.

⁷ A partir de esta conclusión –y sumado a lo que veremos en el desarrollo de este trabajo-, debe quedar excluida desde ya, las concepciones adversariales del proceso, pues como diría el profesor Taruffo, “el proceso *adversary* es estructuralmente inadecuado, y resulta incluso fuertemente contraindicado, para la búsqueda de la verdad, además de fundarse en una ideología de la justicia que no reconoce a la verdad ningún valor positivo”, TARUFFO, Michele, “Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos”, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2010, p.129.

⁸ TARUFFO, Michele, “Ideas para una teoría de la decisión justa”, en “Sobre las fronteras, escritos sobre la justicia civil”, Editorial Temis, Bogotá, 2006, p.199-212.

⁹ TARUFFO, Michele, “Ideas para una teoría de la decisión justa”, en “Sobre las fronteras, escritos sobre la justicia civil”, Editorial Temis, Bogotá, 2006, p. 203

¹⁰ “En esencia, la justicia de la decisión no es “un” valor comprensivo unitario resultante de cierta suma algebraica, sino un algoritmo en el cual cada criterio mantiene su autonomía y obra determinando valores autónomos que deben estar todos presentes para que se pueda hablar de decisión justa”, TARUFFO, Michele, “Ideas para una teoría de la decisión justa”, en “Sobre las fronteras, escritos sobre la justicia civil”, Editorial Temis, Bogotá, 2006, p.212.

¹¹ En este sentido, véase TARUFFO, Michele, “Ideas para una teoría de la decisión justa”, en “Sobre las fronteras, escritos sobre la justicia civil”, Editorial Temis, Bogotá, 2006, capítulo 5, denominado “Aplicación de los Criterios de justicia”, p. 208-212.

No es que creamos que éste sea el más importante, sino que nos parece que éste por un lado, presupone el empleo de un procedimiento válido (criterio iii)¹², y por otro, permite verdaderamente la aplicación del derecho objetivo (criterio i)¹³.

Recapitulando entonces, para que nuestra tesis (aquella según la cuál, para que una decisión sea válida, ésta debe ser justa y conforme a derecho) pueda tener lugar, necesariamente debemos contar con un presupuesto innegable, como es el enfocar el proceso a la búsqueda de la verdad.

Ello, que pareciese banal, significa en el fondo, aceptar las siguientes dos tesis. Primero, que el fin del proceso ha de ser la averiguación de la verdad como criterio de solución de controversias, y segundo, que la verdad no sólo es teóricamente posible, sino que además es practicable en el contexto de un proceso.

Acreditar ambas tesis, será el propósito entonces de este trabajo.

Para ello, nos valdremos del siguiente método. Dividiremos el desarrollo de este trabajo en dos partes. En una primera trataremos las consideraciones teóricas sobre la relación entre proceso, prueba y verdad, y en la segunda parte, haremos referencia a las consideraciones prácticas sobre esta misma relación.

En este sentido, partiremos el desarrollo con la importante distinción realizada por el profesor Mirjan Damaska¹⁴ Estado Activista y Reactivo, a partir de la cual, surgen dos maneras de concebir el fin del proceso, ya sea como (i) la búsqueda de la verdad, o bien (ii) la resolución de un conflicto.

Este tema será tratado en nuestro primer capítulo (“El Proceso”), en el que defenderemos la tesis ya señalada anteriormente sobre la conveniencia de articular un proceso civil donde la averiguación de la verdad sea el fin. En dicho capítulos, nos

¹² En un estado democrático como el nuestro, partimos de la base que debemos contar con un procedimiento racional y justo, que en uso de las garantías propias de un debido proceso, permita a las partes dentro del contexto de la contradictoriedad, aportar pruebas. Por tanto, cualquier proceso que busque la verdad, debe hacerlo dentro de esos límites, y por eso entendemos a este criterio, como presupuesto.

¹³ Si la comprobación sobre los hechos ocurridos es falsa, de nada importa la aplicación de la *quaestio iuris*, toda vez que no se estará aplicando efectivamente la norma al caso efectivamente concreto

¹⁴ DAMASKA Mirjan, “Las caras de la Justicia y el poder del Estado”, Editorial Jurídica de Chile, 2008.

preocuparemos además, de explicar ambas concepciones sobre los fines del proceso, haciendo especial hincapié en los sistemas de los procesos adversariales, advirtiendo las críticas que se le han hecho, y así poder concluir mostrando los problemas que a nuestro entender cuentan este tipo de procesos.

El segundo capítulo por su parte (“La Verdad”), tiene por fin demostrar la segunda tesis aquí planteada, esta es, que la verdad es teóricamente posible y practicable en el contexto de un proceso judicial. Se trata en el fondo de concretar el contenido de la concepción que entiende que la función del proceso es la búsqueda de la verdad.

El desarrollo de esta tesis, significa primero preguntarnos qué es la verdad, y demostrar porque sólo la verdad entendida como correspondencia¹⁵ es útil para los fines epistemológicos que según nosotros ha de tener el proceso; y segundo, demostrar cómo no obstante la existencia de una serie de limitaciones procesales¹⁶ cuya existencia justificamos, creemos igualmente posible encontrar la verdad en el marco de un proceso.

En este orden de cosas, el tercer capítulo estará dedicado al tema de la prueba. La prueba es instrumental al procedimiento, y por ello según sea el fin del procedimiento será el objetivo que le debemos asignar a la prueba. En este sentido, pretendemos estudiar más que los medios de prueba admisibles o el sistema de valoración probatoria (todos temas importantes, por cierto) por ejemplo, si la prueba puede ser un instrumento de cognición y descubrimiento o más bien sólo debe cumplir funciones narrativas y persuasivas. La respuesta a esta interrogante, no sólo va a estar definida por la ideología de proceso que tengamos, sino también por la epistemología con que veamos el mundo en general y la posibilidad de que exista y podamos conocer la verdad en particular.

Vale la pena señalar que, una particularidad de estas tres materias (proceso, prueba y verdad), están completamente interrelacionadas, y que es imposible estudiar una, sin hacer referencias a las otras. Por eso, es que si bien le dedicaremos un capítulo a cada uno de estos temas, nos parece pertinente señalar que su tratamiento no será

¹⁵ Obviamente para poder llegar a una conclusión de esa índole es necesario repasar distintas concepciones sobre la verdad, lo que por cierto haremos en el momento correspondiente.

¹⁶ Sobre las limitaciones procesales, dedicaremos un importante apartado, en el que intentaremos -más que un estudio minucioso de las mismas-, responder si éstas se justifican o no en un proceso judicial donde la averiguación de la verdad, sea el fin.

lineal, sino más bien *circular*, en el sentido de que cada vez que tratemos uno de estos, no lo haremos como si los otros no existieran, sino que será en concordancia con las tesis sostenidas, para de esa forma, hacer su estudio de la manera más coherente posible¹⁷.

Además, para nosotros esta memoria es más bien *circular*, en el sentido que tiene un mismo punto de inicio y término, cuál es la relación entre proceso, prueba y verdad, destacando eso sí, que si bien el punto es el mismo, al final del trabajo nuestra meta es haber demostrado al lector una serie de buenos argumentos para creer en las tesis aquí señaladas de cuál debe ser el fin del proceso, la función de la prueba y el concepto de verdad que debe subyacer.

En efecto, terminaremos esta primera parte con un capítulo especialmente dedicado a la prueba y verdad, que tiene por objeto desarrollar qué se entiende que un hecho esté probado, pues como veremos, existen doctrinas que entienden que hecho probado y hecho verdadero es lo mismo, hasta otras que, entienden que prueba y verdad, son conceptos que no deben relacionarse. Por lo mismo, culminaremos esta primera parte, con nuestra tesis sobre cómo debe entenderse dicha relación, de manera que sea coherente con los demás postulados que proponemos.

Todo lo anterior, representa la primera y más nutrida parte de la memoria. La segunda parte en cambio, trata acerca de las consideraciones prácticas sobre el tema.

A priori pudiese parecer que esta memoria sólo tiene un interés teórico o de filosofía del derecho procesal, pero no creemos que sea así. Como dijimos en un comienzo, al ser estos temas la piedra angular sobre la que se funda un proceso, nos parece que una serie de decisiones prácticas que se deban tomar al momento de dictar una ley de enjuiciamiento, encuentran sus respuestas en las consideraciones teóricas que sobre el mismo tema se hagan.

En este sentido, el primer capítulo de esta segunda parte, tiene por objeto demostrar que, la posibilidad de recurrir, las pruebas a presentar, el sistema de valoración de la prueba, la aportación de la prueba, y en fin, las respuestas a una serie de

¹⁷ Por lo mismo, es que pedimos perdón de inmediato al lector, por la cantidad de veces que leerá en las notas a pies, “sobre el particular volveremos al tratar...” o “como ya se hizo referencia en...”, u otras expresiones análogas.

problemáticas y decisiones prácticas, van a estar condicionadas por la ideología acerca del fin del proceso que se tenga. Vale decir, las decisiones prácticas, son consecuencia de decisiones ideológicas.

Luego en el segundo capítulo, pretendemos estudiar uno de los temas más álgidos en la materia, como es el relativo a decidir si al juez se le deben otorgar o no facultades probatorias de oficio.

En este capítulo, señalaremos las posturas existentes a su respecto, para demostrar, cómo si creemos que el proceso debe estar orientado a la búsqueda de la verdad, entendida ésta como correspondencia, debemos entregarle al juez facultades materiales conforme a las cuales pueda ordenar prueba de oficio.

Además de argumentar a favor de dicha tesis, nos haremos cargo de las críticas más típicas a esta decisión, señalando como aquello no afecta la imparcialidad ni el debido proceso.

Finalmente, los últimos capítulos estarán dedicados a revisar el estado actual de la cuestión debatida en esta segunda parte, en orden a demostrar como las últimas reformas a los procedimientos civiles chilenos (llámese familia y laboral), como también las reformas del derecho comparado, van encaminadas a fortalecer las facultades procesales y materiales de los jueces.

De esta forma, quedará demostrado no sólo por consideraciones teóricas y prácticas, la conveniencia de dotar al juez de poderes probatorios de oficio, sino también, por la experiencia práctica de dichos países.

Con todo, nos parece necesario señalar que además del objetivo propio de toda memoria, en orden a poder argumentar a favor de las tesis propuestas, tenemos el desafío de poder motivar y hacer reflexionar al lector de manera seria, sobre los desafíos que una nueva justicia civil nos impone. Sea que finalmente se comparta o no nuestras tesis, nos parece fundamental discutir las, y discutir las con coherencia, lo que significa por ejemplo, que quienes señalen que el fin del proceso es la averiguación de la verdad, no señalen a su vez que las pruebas cumplen únicamente funciones narrativas.

En el fondo, se trata de discutir estas problemáticas tomando en consideración todos los elementos relativos a la materia, como lo son la relación entre proceso, prueba y verdad.

Antes de comenzar y si bien, pudiese parecer desvinculado con todas estas temáticas, quisiéramos hacer ciertas consideraciones sobre el deber de fundamentar o motivar las sentencias.

Un proceso epistemológico como el que proponemos, no puede terminar sin una decisión debidamente fundada. Además, si queremos que el proceso en general y la prueba en particular, estén orientadas a la búsqueda de la verdad, es necesario que el juez haga una especial motivación sobre el juicio de los hechos¹⁸.

Es por ello que, en lo sucesivo haremos una breve reseña a cerca de la importancia de motivar la sentencia.

La importancia de motivar las sentencias, es al menos en teoría, un presupuesto básico de todo Estado de Derecho.

Para un clásico autor italiano, “la motivación constituye el signo más importante y típico de la “racionalización” de la función judicial”¹⁹

El hecho que una sentencia sea motivada, excluye *a priori* la posibilidad que el fallo sea arbitrario, ya que al fallar, el juez debe explicar cómo llegó a determinar tales hechos, y por qué ese, es el derecho aplicable. En este sentido, la sentencia tiene un valor trascendental para las partes, pues no sólo pone fin a la controversia, sino que también al expresar los motivos en virtud de los cuales falló, les permite tener claro los fundamentos en virtud de los cuales, poder deducir una eventual impugnación a tal resolución.

¹⁸ Ver por todos, TARUFFO, Michelle, “La Prueba de los Hechos”, Editorial Trotta 2º Edición 2005. Además, en particular TARUFFO, Michele, “Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos”, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2010, p.267.

¹⁹ CALAMANDREI, Piero “Proceso y Democracia”, Ed. Ejea, Buenos Aires, 1960, p.115

Ahora bien, el hecho que hoy en día, el deber de motivar las sentencias tenga un valor no controvertido, no significa que esto haya sido siempre así, ni tampoco asegura que se respete en todos los casos, especialmente, en relación a la cuestión de los hechos, cuestión que históricamente –como veremos- distó –y dista hasta el día de hoy en algunos casos- de fundamentación.

La importancia de fundamentar la sentencia, empieza a aparecer con mayor fuerza, recién a principios del siglo XIX con el objeto de quitar la malicia, fraude y arbitrariedad, y en general todo pretexto que impida asegurar a los ciudadanos, la exactitud, celo y escrupulosidad de los magistrados en las decisiones que toman, debiendo exponer en cambio, las razones, causas y fundamentos en que se apoyan, para que de esta forma, las decisiones se funden sobre el texto de las leyes.²⁰

En este sentido, el tratadista Verlanga Huerta, agrega, que “el dar los motivos de la sentencia, prueba por lo menos un sagrado respeto a la virtud de la justicia, y una sumisión a la ley”²¹

No obstante, el cambio histórico de exigirles a los jueces que fundamenten sus sentencias, no fue fácil, pues es dejar de autorizarles la arbitrariedad, para en cambio, proscríbírselas y obligarles a fallar según la ley.

Un fallo motivado, requiere sin lugar a dudas, algo más que una *corazonada*, requiere de un proceso cognoscitivo, en virtud del cual, el juzgador “apoya con motivos y razones eficaces, una cosa”²²

En palabras del destacado procesalista Eduardo Couture, fundamentar una sentencia, es “dar el conjunto de motivos, razones o argumentos de hecho y especialmente de derecho en que se apoya una decisión judicial”²³

²⁰ En este sentido lo exponen también, los autores Perfecto Andrés Ibáñez y Manuel Ortells Ramos, al referirse a la importancia del deber de motivar la sentencia. Véase IBÁÑEZ, Perfecto Andrés, “Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal”, publicado en DOXA, Cuadernos de Filosofía, N° 12-1992, p.259.

²¹ Vid. VERLANGA HUERTA, F, “Procedimiento en materia criminal. Tratado que comprende todas las reglas procesivas de dicha materia, respecto a la jurisdicción ordinaria”, tomo I. Librería de Ríos, Madrid 1842, p.426

²² Una de las acepciones que da el Diccionario de la Real Academia Española, para el término “FUNDAR”

²³ COUTURE, Eduardo, “Vocabulario Jurídico”, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1979, p.311

Al respecto, me permito discernir de la parte final de esta definición, que da mayor preponderancia a los argumentos de derecho, que a los de hechos, pues es, sobre tales hechos, a los que el juez le corresponde aplicar fundadamente el derecho. De esta forma, si no nos preocupamos primero de determinar qué hechos son los que fundadamente se tendrán por verdaderos en autos, de nada importará la justificación en derecho, pues estaríamos aplicando el derecho a situaciones que no se correspondan con la realidad.

En este sentido se inclinan también los profesores Andrés Bouzat y Alejandro Cantaro, para quienes una decisión judicial, no puede ser justa si se funda en una comprobación errónea de los hechos.²⁴

Sobre esta materia, conocidos son los aforismos *“Iura Nova et Curia”*, o *“dadme los hechos, que yo te daré el derecho”*. Ambos muestran que, es el juez quien sabe y aplica el derecho, pero a la vez, le otorga la obligación a las partes por medio de la actividad probatoria, de mostrarle al juez, -que es un tercero en relación a los hechos- que hechos que verdaderamente acaecieron, para que éste, por medio de un razonamiento capaz de exteriorizar, establezca los hechos que se tendrán por probados en el proceso, y sobre ellos, determine el derecho aplicable.

A mayor abundamiento, podemos concluir la imperiosa necesidad de que el juez debe obtener el conocimiento relevante para la decisión, a partir del juicio, y no fuera de él, pues “sólo en ese contexto de interlocución real entre las partes, el juez puede gozar de la condición de tercero y de la aptitud precisa para evaluar como tal, con el debido rigor, la calidad explicativa de las hipótesis en presencia”²⁵

De estimarse lo contrario, y desmerecer la importancia de la fundamentación de los hechos, seguiremos permitiendo sentencias, como la del Tribunal Supremo español, que declara, que “el tribunal, debe abstenerse de recoger en su narración histórica la resultancia aislada de las pruebas practicadas, y con mucho mayor motivo, el análisis o valoración de las mismas, totalmente ocioso e innecesario dada la soberanía que la ley le

²⁴ Véase BOUZAT, Andrés y CANTARO Alejandro, “Verdad y prueba en el proceso acusatorio”, publicado en DOXA, Cuadernos de Filosofía, N° 3, p.78.

²⁵ IBÁÑEZ, Perfecto Andrés, “Sobre Prueba y Proceso Penal”, publicado en DOXA, Cuadernos de Filosofía, N° 3, p.65

concede para dicha valoración y que debe permanecer incógnita en la conciencia de los juzgadores, y en el secreto de las deliberaciones”. Concluyendo finalmente, que “el tribunal, no puede, ni debe dar explicaciones del porqué llegó a las conclusiones fácticas”²⁶

Frente a este estado de cosas, cobra mayor importancia, revisar nuestra legislación vigente, y asegurarse que realmente exista un deber al menos legal, de fundamentar las sentencias.

No hay duda alguna que, en Chile fundamentar las sentencias, es un imperativo legal. Así se desprende claramente del artículo 170 N° 4 y 5 del Código de Procedimiento Civil, y de los N° 5 a 10, del Auto Acordado de la Corte Suprema, sobre la forma de la sentencia.

No obstante ello, la doctrina se esmera en encontrar argumentos que pongan de manifiesto que este deber está establecido, incluso, en nuestra Constitución Política de la República. Así, el profesor Joel González²⁷, concluye que en nuestro sistema, el deber de motivar la sentencia, no es sino, una manifestación concreta del deber constitucional, del “*Debido Proceso*”, que favorece una mayor perfección en la construcción de las sentencias, y evitando por consiguiente, que éstas se funden en el arbitrio judicial, que no es sino, un proceder contrario a la justicia, a la razón o a las leyes, un proceder dictado únicamente por el capricho.

Así las cosas, la fundamentación de la sentencia, se convierte en una garantía del proceso penal, o por qué no decirlo, en una garantía de garantías.

Ahora bien, teniendo claro la importancia del deber de fundamentar la sentencia, debemos agregar que ésta se refiere no sólo a la *quaestio iuri*, sino también a la *quaestio facti*, máxime si por antonomasia, “es en la reconstrucción de los hechos donde el juez es

²⁶ Sentencia citada en, IBÁÑEZ, Perfecto Andrés, “Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal”, publicado en DOXA, Cuadernos de Filosofía, N° 12, 1992, p.260 (El subrayado en la sentencia, es nuestro)

²⁷ GONZÁLEZ CASTILLO, Joel, “La fundamentación de las sentencias y la sana crítica”, publicado en Revista Chilena de Derecho, V.33 N°1, abril 2006, p.105.

más soberano, más difícilmente controlable, y donde por ende, puede ser –como ha sido y en no pocas ocasiones sigue siendo- más arbitrario”²⁸

Esto que pudiese parecer tan obvio, no lo es, dado que la verificación de los enunciados sobre los hechos, ha sido en general un tema poco tratado por los filósofos del Derecho, como por los procesalistas.²⁹

Así las cosas, y llamada especialmente la atención sobre la relevancia de la determinación de los hechos en la tarea interpretativa, y poniendo de relieve cómo el margen de apreciación aumenta a medida que nos acercamos a la *quaestio facti*, es que nace este trabajo, el cual tiene por objeto poder determinar cómo debe operar el juez para llegar a una decisión, pues es la actividad motivadora del juez, la única que le puede conferir a la decisión judicial, legitimidad política y validez, desde el punto de vista epistemológico y jurídico.

En conclusión, el juez no puede ni debe, fallar conforme a impresiones de las que luego no sea capaz de verbalizar, y decidirá sólo aquello que es justificable, pues sólo así, se podrá superar la fatídica tradición inquisitorial, y la absurda creencia de los jueces, de no poder explicar por qué se inclinaron por una prueba y no por otra³⁰. Sólo así –y parafraseando al destacado magistrado español Perfecto Ibáñez- nos podremos tomar el “*proceso en serio*”, tarea que si bien parte en los tribunales de justicia, compromete a todos quienes interpelamos por una mejor y más viva justicia.

²⁸ PERFECTO, Andrés Ibáñez, “Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal”, publicado en DOXA, Cuadernos de Filosofía, N° 12, 1992, p, 261.

²⁹ En este sentido, se inclina el texto de GONZÁLEZ LAGIER, Daniel, y FERRER BELTRÁN Jordi, en “Introducción a las discusiones sobre Prueba, conocimiento y verdad”, publicado en DOXA, Cuadernos de Filosofía N° 3-2003, p.7.

A mayor abundamiento, agregan que las pocas veces que se trata el tema de la justificación de las decisiones judiciales, el tema a tratar es la *quaestio iuri*. No obstante, existe un acuerdo bastante generalizado que desde la publicación del libro “Los hechos en el derecho” de Michelle Taruffo, la situación ha empezado a cambiar.

³⁰ Otra sentencia del Tribunal Español (1993), ha llegado a establecer, que la convicción que se forma a través de la inmediación de la prueba directa practicada a su presencia, depende de una serie de circunstancias de percepción, experiencia y hasta intuición que no son expresables a través de una motivación”

I PARTE.

**CONSIDERACIONES TEÓRICAS SOBRE LA RELACIÓN ENTRE
PROCESO, PRUEBA Y VERDAD.**

CAPÍTULO 1: EL PROCESO.

1.1 LA RELACIÓN ENTRE PRUEBA Y VERDAD, NO PUEDE SER ENTENDIDA DEJANDO DE LADO LA IDEOLOGÍA DEL PROCESO³¹.

La relación que existe entre prueba y verdad, debe ser uno de los núcleos fundamentales de la denominada Teoría de la Prueba, y que más conflictos causan, toda vez que no existe en caso alguno consenso sobre la relación que debe existir entre estos dos conceptos, existiendo por cierto, variantes en las más extremas de las posiciones.

El problema se agrava aún más, porque si entendemos que la prueba es instrumental a los fines del proceso, también encontramos orientaciones en los más diversos sentidos, desde aquellas que postulan que la función del proceso consiste en establecer la verdad de los hechos, hasta otros que, declaran que la función del proceso no consiste en absoluto en determinar la verdad de los hechos, debiendo por consiguiente, explicar para qué entonces sirven las pruebas.³²

Ahora bien, siendo sinceros el factor que genera tanta controversia al respecto, es que no existe ni entre los filósofos ni entre los epistemólogos, consenso sobre el concepto de “VERDAD”, concepto sobre el cual, se viene discutiendo desde hace más de 2000 años en esos campos, por lo que malamente podríamos dentro del ámbito jurídico, proponer con toda seguridad un concepto de verdad irrefutable.

En efecto, por el contrario veremos que cada posición doctrinal, está guiada por alguna particular concepción epistemológica sobre la posibilidad de conocer la verdad³³, y

³¹ En realidad el nombre de este apartado es un poco ambicioso, puesto que de ello trata toda esta memoria. Valga este apartado únicamente para demostrar que cada vez que se estudie la relación entre prueba y verdad (como lo hacen muchos textos), dicho estudio a nuestro juicio será incompleto sino se relaciona también con el proceso y las diferentes concepciones e ideologías que se tenga de éste.

³² Esta distinción, se encuentra en realidad en todos los textos que traten sistemáticamente el tema de la Teoría de la Prueba, y particularmente respecto de las consideraciones entre prueba y verdad. De todas maneras, de manera particular en TARUFFO, Michelle, “La Prueba de los Hechos”, Editorial Trotta 2ª Edición 2005, p.26

³³ En general quienes niegan la posibilidad de encontrar la verdad en el proceso, lo hacen fundamentando distintas imposibilidades. Están quienes son escépticos de conocer la verdad en cualquier ámbito del conocimiento (imposibilidad teórica); están quienes creen que no hay que buscar la verdad en un proceso judicial, puesto que independiente de consideraciones epistemológicas, la verdad no es un fin para el proceso y por lo mismo no debe ser buscada (imposibilidad ideológica) y están por últimos, los que sin comprometerse con alguna postura filosófica, descartan la averiguación de la verdad basados en que no es

deduce a partir de ello cuál debe ser el fin del procedimiento probatorio, e incluso en términos más amplios, cuál debe ser el fin del procedimiento judicial.

En este sentido, es que pasaremos a revisar las diferentes concepciones del proceso existentes, pues creemos que ahí está la respuesta a la relación que debe existir entre las nociones de prueba y verdad. Conforme como entendamos el fin del proceso, va a ser la epistemología que adoptemos respecto a la posibilidad de conocer la verdad de hechos pasados y el fin que le atribuyamos a la prueba. De ello, hablaremos durante todo el desarrollo de este trabajo, pero partamos entonces, por el proceso.

1.2 FINES DEL PROCESO CIVIL

Es un lugar común leer en la literatura jurídica que el fin del proceso civil es la resolución del conflicto, mientras que el fin del proceso penal es la averiguación de la verdad. Así también se ha dicho, que el fin del proceso civil es la averiguación de la verdad formal, mientras que el fin del proceso penal es la averiguación de la verdad material³⁴.

Ahora bien, nuestra primera tesis –y objeto del presente capítulo-, es criticar dicha distinción y demostrar cómo el fin del proceso civil no es, o mejor dicho, no debe ser (desde un punto de vista de *lege ferenda*) la resolución del conflicto, sino que por el contrario ha de ser la averiguación de la verdad de los enunciados que sobre los hechos hagan las partes. Asimismo, tampoco creemos que el fin del proceso penal –al menos en los términos existentes en nuestra legislación (esto es, desde un punto de vista de *lege lata*)-, sea la averiguación de la verdad, pero ello escapa los fines de este trabajo³⁵.

posible su descubrimiento en el proceso (imposibilidad práctica). Volveremos sobre todas estas concepciones. En todo caso, para ver un estudio más pormenorizado de estas imposibilidades, véase por todos, TARUFFO, Michelle, “La Prueba de los Hechos”, Editorial Trotta 2º Edición 2005, p.27-48.

³⁴ Al respecto, sostiene el profesor Ferrer que “ha sido muy habitual que se sostenga que es un objetivo del proceso penal el descubrimiento de la “verdad material sobre los hechos”, mientras que en el proceso civil ese no sería un objetivo institucional, conformándose con la “verdad formal””, FERRER BELTRÁN, Jordi, “Prueba y verdad en el derecho”, Editorial Marcial Pons 2º edición 2005, p.62. .

³⁵ Como veremos en la segunda parte de esta memoria, una importante consideración práctica que deriva de la relación entre proceso, prueba y verdad, dice relación con la posibilidad de concederle al juez facultades para que éste de oficio pueda disponer pruebas. Dicha facultad no se le concede a muchos jueces penales, basado en consideraciones garantista. Tal es el caso por ejemplo de nuestro Código Procesal Penal que inspirado en estas ideales garantista, confía al Juez de Garantía la admisibilidad de los medios de prueba y al Tribunal de Juicio Oral en lo Penal (o al juez de garantía, según sea el procedimiento) la valoración de la actividad probatoria. Como sea, lo que importa es que el juez falle con el material probatorio aportado por las partes.

Respecto de cuáles son los fines del proceso, destacan principalmente dos concepciones o respuestas. La primera afirma que la finalidad esencial del proceso es la de resolver conflictos, y en consecuencia, lo que debe perseguir es una decisión que satisfaga a las partes, evitando precisamente que el conflicto prosiga³⁶, y donde consecuentemente, “la búsqueda de la verdad, no puede ser el objetivo de un proceso que pretende solucionar conflictos”.³⁷

La segunda concepción por su parte, es aquella según la cual, el procedimiento tiene como fin la búsqueda de la verdad de los hechos, adscribiendo como veremos a la teoría de la verdad como correspondencia, que es “la única teoría de la verdad que tiene sentido en el proceso”.³⁸

A nuestro juicio, si creemos que un proceso se debe orientar a la búsqueda de la verdad, necesariamente al juez se le debe dotar de poderes probatorios de oficio (sin que eso afecte la imparcialidad o el debido proceso), ya que la verdad como correspondencia no está garantizada por la contradicción de las partes.

Por el contrario, en el proceso penal garantista, la duda fáctica siempre opera a favor del imputado, por lo que cualquier actitud del juez tendiente a salir de ese estado que favorezca a la acusación, implica el abandono de la imparcialidad, pero por sobre todo, una infracción a la presunción de inocencia.

En este orden de cosas, es que sostenemos como incorrecto entender que el fin del proceso penal sea la averiguación de la verdad, y nos parece en cambio que el fin del proceso penal es la irrestricta aplicación del principio de legalidad y el control de las garantías. Así las cosas, sostenemos que el proceso penal más que un fin epistemológico de conocer la verdad de lo sucedido –como el que creemos debe tener el proceso civil y del que expondremos a lo largo de este trabajo–, debe necesariamente tener un fin normativo en orden a hacer respetar y cumplir las garantías propias de este proceso.

Con todo, señalar que el proceso penal tiene como fin la aplicación de garantías más que la plena averiguación de la verdad, no nos parece criticable, y de hecho nos parece que se debe a que la libertad es un principio o valor más importante que la verdad en este tipo de procesos. En efecto creemos con los profesores Bouzat y Cantaro que “en la medida en que las garantías orgánicas son previas a las procesales y la de la imparcialidad del juez es la fundamental y estructural con respecto a todas las demás, si ocurriera que el juez abandona su rol imparcial en búsqueda del establecimiento de la verdad, dicha verdad podrá ser establecida pero dejará de ser instrumental a la libertad”. BOUZAT, Andrés y CANTARO, Alejandro, “Verdad y prueba en el proceso acusatorio”, en Discusiones “Prueba, conocimiento y verdad”, publicado por revista DOXA, año III, número 3, p. 79. Además, y respecto de la función del juez en el proceso acusatorio, recomendamos la lectura entre las páginas 76-79.

³⁶ En este sentido, véase DAMASKA Mirjan, “Las caras de la Justicia y el poder del Estado”, Editorial Jurídica de Chile, 2008, p. 212, y TARUFFO, Michelle, “La Prueba de los Hechos”, Editorial Trotta 2° Edición 2005, p. 38

³⁷ TARUFFO, Michelle, “La Prueba de los Hechos”, Editorial Trotta 2° Edición 2005, p.38.

³⁸ FERRER BELTRÁN Jordi y GONZÁLEZ LAGIER, Daniel, “Introducción a las discusiones sobre Prueba, conocimiento y verdad”, en DOXA, Cuadernos de Filosofía N° 3-2003, p. 7.

1.3 EL PROCESO COMO SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

En este apartado, nos proponemos como objetivos, (i) desarrollar el concepto del proceso como solución de controversias, (ii) mostrar la relación existente entre dicha concepción y el proceso adversarial, (iii) demostrar cómo la búsqueda de la verdad no es uno de los fines de este tipo de procedimientos, (iv) mostrarla defensa y argumentos que sus partidarios dan para preferir este tipo de procedimientos, y, (v) formular una contra-argumentación de aquellos en orden a defender nuestra tesis ya propuesta sobre el fin del proceso..

Como anticipábamos precedentemente, el proceso concebido de esta manera tiene como principal objetivo, el poder solucionar prontamente la controversia sometida al conocimiento del juzgador. En ese sentido, pesa sobre el juez, la responsabilidad de poner pronto fin al conflicto, y la búsqueda de la verdad como criterio para poder solucionarlo, no se le impone, es más, se le tiende a considerar como un obstáculo para la pronta composición del asunto.

Políticamente hablando, es un sistema de procedimiento legal que se ajusta con la ideología del Estado *laissez faire*, y en consecuencia, privilegia el interés de las partes³⁹, por sobre el interés público que puede existir en un proceso, lo que trae como consecuencia, entre otras, que a las partes le corresponda determinar la naturaleza que va a tener el procedimiento. En este sentido, los litigantes son plenamente capaces de alterar las normas procesales, y “no hay base firme para que el Estado insista sobre la naturaleza inquebrantable de su legislación”⁴⁰

De esta forma, todas las garantías procesales que deben ir envueltas en un debido proceso, pueden ser excluidas, si el acusado así lo quiere.

³⁹ Así por ejemplo, forzar a un acusado a tener un defensor sin que lo desee, va contra los cimientos de esta ideología. Son sistemas, con bajas garantías procesales, en los que es posible incluso que un tribunal confiera al acusado, un derecho constitucional “a hacer un tonto de sí mismo” (Faretta v/s California, 1974. Sobre este caso, véase http://en.wikipedia.org/wiki/Faretta_v._California)

⁴⁰ DAMASKA Mirjan, “Las caras de la Justicia y el poder del Estado”, Editorial Jurídica de Chile, 2008, p.172

Esta expresión del *laissez faire* “supone que se pueden alcanzar los objetivos de la justicia cuando los litigantes tienen libertad para elegir la forma de procedimiento en que mejor se ajusta a sus intereses”⁴¹, lo que significa una toma de postura clara, sobre cuál debe ser la base a partir de la que se construye el proceso, cual es, la libertad.⁴²

La libertad, aún por sobre la verdad. La razón de esto, es simple. En estos procesos “la insistencia en la exactitud substantiva de veredictos pierde mucho su razón de ser”⁴³

Junto con la libertad, encontramos que otro de los principios fundamentales en que se basa el proceso de resolución de conflictos, es el tendiente a ofrecer igualdad de derechos a las partes, en el sentido de otorgar a todos los litigantes del proceso las mismas armas procesales.

Se trata en este sentido, de un concepto de igualdad formal que se traduce en una igual reglamentación para las partes. Este concepto de igualdad, emana de lo que la función judicial reactiva entiende que debe ser la relación entre el Estado y la sociedad, donde al Estado le corresponde únicamente sostener las prácticas sociales existentes.⁴⁴

A la pregunta de si se necesita algún concepto de igualdad entre las partes distinto al formal, la ideología del *laissez faire*, va a responder que no, pues parte de la premisa que “todos los litigantes deben ser tratados como iguales a la hora de proporcionar armas procesales”,⁴⁵ y entender lo contrario, sería afectar la pureza del modo de resolución de conflictos, y en consecuencia los mecanismos correctivos que pudiesen existir para corregir esas “desigualdades”, acabarían terminando el sistema competitivo.

⁴¹ DAMASKA Mirjan, “Las caras de la Justicia y el poder del Estado”, Editorial Jurídica de Chile, 2008, p. 174

⁴² Es menester hacer presente en todo caso, que esta ideología que resalta tanto los valores de la autonomía individual, no tuvo mayor acervo en las legislaciones de derecho continental, en las que las ideas de que el acusado pudiese renunciar al juicio, nunca recibieron mayor consideración.

⁴³ DAMASKA Mirjan, “Las caras de la Justicia y el poder del Estado”, Editorial Jurídica de Chile, 2008, p. 178.

⁴⁴ En este sentido, el profesor Pablo Ruiz Tagle, entiende que la función judicial chilena, fue concebida originalmente en forma reactiva y considerada tradicionalmente en esos términos, pero que hoy, existe una función judicial de actividad creciente en muchas áreas, en RUIZ TAGLE, Pablo, “Análisis comparado de la función judicial” publicado en Estudios Públicos N° 39, Santiago, Cep.

⁴⁵ DAMASKA Mirjan, “Las caras de la Justicia y el poder del Estado”, Editorial Jurídica de Chile, 2008, p.185

Surgen de esta premisa, las denominadas teorías procedimentales de la justicia⁴⁶, las que elaboran un concepto de justicia basada únicamente en el procedimiento, en el cual no pueden intervenir criterios de justicia sustanciales.

Al respecto, me parece que el proceso que verdaderamente quiera o tenga como objetivo, establecer la verdad de los hechos, no puede ni debe, seguir una teoría procedimental de justicia que no aborde el problema de la determinación de los hechos, y podemos afirmar por tanto, que la decisión “nunca es justa si está fundada en una determinación errónea o inaceptable de los hechos”⁴⁷

Es la veracidad de los hechos, y no la igualdad formal de las partes, la condición necesaria –obviamente no suficiente- para la justicia de la decisión.

Por ello, es que creemos firmemente que los postulados del *laissez faire*, no pueden ser aplicados sin mediar corrección alguna que tenga por fin, igualar el poder de las partes en el proceso.

Esta ideología olvida que el proceso no es el mercado, y que por tanto, no debe actuar sin intervención alguna, pues aquí no existe ninguna *mano invisible* que vaya a igualar el poder del imputado frente al *ius puniendi* del Estado, o del trabajador frente al empleador, o bien del consumidor frente al proveedor.

Nos parece por tanto, que estos postulados están obsoletos y que nuestra legislación va en el sentido correcto, cuando intenta hacer de la función judicial una más activa, poniendo en entre dicho de esa forma, pensar que el sistema queda satisfecho con la garantía formal del proceso, que consiste en la igualdad abstracta de los litigantes.

Para avalar esta tesis, es cosa de ponerse a pensar en aquellos órdenes públicos de protección en que se limita la autonomía privada a favor de ciertas personas, pues como diría el connotado civilista Jean Carbonier “*entre el fuerte y el débil, es la libertad la que oprime, y la ley la que redime*”⁴⁸, y en relación al tema en comento, debe ser por tanto la ley la que establezca no una igualdad formal de armas procesales, sino la que

⁴⁶ Un claro ejemplo de esta teoría, lo encontramos en “*A theory of Justice*” de Jhon Rawls.

⁴⁷ TARUFFO, Michelle, “La Prueba de los Hechos”, Editorial Trotta 2º Edición 2005, p. 64

⁴⁸ Vid. CARBONNIER, Jean, “Essais sur les lois”, en Repertorie du notariat, 1995, p.310.

establezca el mecanismo necesario para restablecer la igualdad entre las partes, libertad que no existe en los hechos.

Como sabemos, nuestro Código Civil por regla general –la excepción, está dada principalmente en relación a los incapaces- se basa en la igualdad formal de las partes al regular las diferentes materias de que trata, sin embargo, nuestra legislación privada desde hace un tiempo ya, viene dictando normas que promueven una función activa del Estado, en que por medio de la ley, “trata de redirigir la desigualdad substantiva de las partes proporcionando asistencia legal al más débil”⁴⁹

A mayor abundamiento, la evolución económica ha traído como consecuencia que hoy, no sólo se piense que los incapaces se encuentran en una situación completamente asimétrica respecto de sus contrapartes, sino también una serie de otras personas en cuyo favor el legislador ha debido crear órdenes de protección. Es lo que ocurre por ejemplo, con los trabajadores o consumidores⁵⁰.

Así las cosas, es dable concluir que la idea del *laizzes faire*, no sólo no es válida en los procesos penales, sino que tampoco lo podría ser en otros en que la igualdad formal entre las partes no existe. En efecto, el ordenamiento jurídico ha reaccionado en materia civil limitando la autonomía de la voluntad, y debe reaccionar en materia procesal concediéndole al juez fuertes poderes probatorios, de manera de facilitar la averiguación de la verdad de lo sucedido, a fin de evitar que ésta no pueda ser descubierta por el mayor poder que una parte tiene por sobre la otra.

Desde otra arista, podemos decir que esta forma de concebir el proceso, se relaciona con lo que el profesor Taruffo denomina como “*imposibilidad ideológica*” en relación a las posibilidades de poder determinar la verdad de los hechos.

Se trata, no de un punto de partida en que la verdad es imposible de conocer por razones filosóficas –relativismo-, sino que cree que “la verdad de los hechos, no puede ser alcanzada porque no debe ser perseguida; y no debe ser perseguida porque la idea

⁴⁹ DAMASKA Mirjan, “Las caras de la Justicia y el poder del Estado”, Editorial Jurídica de Chile, 2008, p.186

⁵⁰ Para un mayor análisis de los órdenes públicos de protección, ver TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio, “Código Civil 1885-2005. Evolución y perspectivas”, Editorial Jurídica de Chile, p. 233-260.

de un proceso dirigido hacia la búsqueda de la verdad entra en conflicto con una determinada concepción acerca de lo que debería ser el proceso, es decir, con una ideología del proceso civil”⁵¹

Dentro de esta ideología del Proceso Civil que no cuenta con una estructura destinada especialmente a la determinación de los hechos que verdaderamente ocurrieron, encontramos por un lado, los procesos inspirados en los principios dispositivos en el derecho continental, como también, el denominado “*Adversary System*” del Derecho Anglosajón, -*common law*-, sistemas que se encuentran cercanos a la denominada función judicial reactiva.⁵²

De esta forma, el proceso asume la forma de controversia jurídica entre las partes, donde no se le exige al juez la determinación verdadera de los hechos, sino tan sólo, poner fin al conflicto entre partes, y por consiguiente, la búsqueda de la verdad no puede ser el objetivo de este proceso que pretende solucionar conflictos de la manera más eficaz.

Se trataría en efecto, de finalidades distintas e incompatibles, señala el profesor Taruffo⁵³.

Los fines o principios en los cuales se sustentan los procedimientos destinados a resolver el conflicto, son principalmente la autonomía de las partes⁵⁴ y conservar la paz social.

El primero de ellos, se refleja claramente en el hecho que la función del juez, no va a estar orientada al hecho que éste falle conforme a la verdad de lo ocurrido, sino que su decisión sea eficiente, en el sentido de no dejar transcurrir un largo plazo sin sentencia, ya que de ocurrir eso, se debilita la creencia en la justicia y afecta a la paz social. En ese

⁵¹ TARUFFO, Michelle, “La Prueba de los Hechos”, Editorial Trotta 2º Edición 2005, p.37

⁵² En este sentido RUIZ TAGLE, Pablo, en “Análisis comparado de la función judicial” publicado en Estudios Públicos N° 39, Santiago, Cep, p.136-140.

⁵³ TARUFFO, Michelle, “La Prueba de los Hechos”, Editorial Trotta 2º Edición 2005, p.38

⁵⁴ Esto es patente en un sistema dispositivo, en que el juez queda amarrado a las pruebas de las partes, debiendo por lo general optar por alguna de las versiones ofrecidas aún cuando no le convenzan. Además, en muchos de estos casos, al juez ni siquiera se le permite fallar conforme a una 3º hipótesis, ya sea porque la sentencia adolecerá del vicio de *ultra petita* en la sentencia, o bien por la proscripción de fallar contra la prueba producida en autos.

contexto, los gastos –especialmente de tiempo- que conlleva la determinación de los hechos, pasa a ser incompatible con los fines y naturaleza de este tipo de procedimiento.

Así las cosas, la averiguación de la verdad queda excluida de los fines de esta clase de procedimiento, los cuales no tienen pretensiones cognoscitivas, sino únicamente de ser un instrumento práctico de solución de controversias.

Hemos visto entonces, que este tipo de procedimiento no se vincula con la idea de la búsqueda de la verdad, y que a ciencia cierta, dicha búsqueda parece más bien un disvalor, respecto de la naturaleza del procedimiento, pero esta aversión a la verdad, no puede ser totalmente explícita, toda vez que el rechazo a fallar un conflicto sin saber o conocer –más aún, sin interés de saber o conocer- la verdad, es un mal *slogan* o propaganda para este tipo de procedimiento.

En cambio, es más fácil buscar una técnica argumentativa en contra de los procedimientos que pretenden la búsqueda de la verdad de los hechos.

En efecto dicha técnica existe. Mostraremos entonces, cómo es este argumento, para luego mostrar las falacias que el mismo contiene.

El punto de partida, es asociar a estos modelos procesales que buscan la verdad de los hechos con los procesos inquisitivos⁵⁵, “como si sólo un proceso autoritario y lesivo de las garantías de las partes, pudiera estar interesado en establecer la verdad”⁵⁶

De esta forma logran hacer un paralelo entre ambos sistemas, el que se construye, más o menos de la siguiente forma.

- i) Existen dos modelos procesales, uno que pretende solucionar el conflicto, y otro, que pretende determinar la verdad de los hechos.

⁵⁵ Según el profesor Mirjan Damaska, ya desde el siglo XII, muchos han seguido el camino de oponer el sistema adversarial (el que requiere el impulso de una parte para ponerse en marcha) al sistema inquisitivo. Sin embargo, sostiene que ésta no es una distinción válida hoy en día, pues en general como el mismo autor señala a lo largo de su texto, es una distinción más bien teórica, pero que en la práctica, no existen modelos puros”.

En todo caso, sobre las críticas a esta equiparación a concebir un modelo que busca la verdad con un proceso inquisitivo, volveremos en la segunda parte de este trabajo.

⁵⁶ TARUFFO, Michelle, “La Prueba de los Hechos”, Editorial Trotta 2º Edición 2005, p.42

- ii) En el que pretende solucionar el conflicto, las partes somos libres de presentar las pruebas, y el juez tratará de la manera más eficiente de dar solución
- iii) En cambio, si al juez lo que le interesa es obtener realmente la verdad de los hechos, va a ser todo lo que sea necesario para ese fin, lo que incluye por cierto la afectación de nuestras garantías fundamentales.
- iv) De esta manera, el paso lógico, es asociar de manera bastante obvia, uno de estos procedimientos con el “bueno”, y el otro, con el “malo”.

Al respecto, me permito detenerme en esta argumentación y mostrar claramente las falacias que comete. Debido a que el objetivo de este trabajo, es contribuir en la medida de lo posible, a concientizar en la necesidad de que los procedimientos estén orientados a la búsqueda de la verdad, se hace imperioso en consecuencia demostrar las falencias de este modelo procesal.

Señalábamos recientemente que la precedente argumentación comete una serie de falacias a fin que el lector concluya con ellos lo malo y perjudicial que son los procesos que tienen por fin averiguar la verdad de lo sucedido.

En efecto, nos parece que dicha argumentación, adolece de los siguientes errores. Primero, en ningún momento discute la cuestión en litigio, que en el caso es el objeto del proceso. Segundo, y por sobre todo, no reafirma lo que dice. De hecho, en vez de preocuparse de argumentar a favor del modelo que proponen, únicamente señala críticas al otro modelo, trasladando la carga de la argumentación.

De esta forma, nos parece posible detectar en dicha argumentación, -al menos- las siguientes dos falacias. Por un lado la falacia conocida como “Pista Falsa” y por otro la de “Petición de Principios”⁵⁷.

La primera de estas falacias consiste en despistar, distraer la atención del auditorio hacia un asunto colateral. En este caso, se refleja que en vez de discutir si el fin del proceso debe ser o no la averiguación de la verdad, llevan la discusión a si el modelo que

⁵⁷ Sobre el contenido de estas falacias y sin perjuicio de las siguientes explicaciones que otorgaremos, recomendamos al lector la página www.usodelarazon.com, la que contiene un completo diccionario de falacias.

busca la verdad es inquisitivo o no, eludiendo de esta forma la cuestión objeto de la discusión.

Además, se comete una falacia de “Petición de Principios”⁵⁸, toda vez que en ningún momento prueba la premisa que el modelo procesal que pretende la búsqueda de la verdad va a afectar nuestras garantías. Dicha premisa sólo acusa, mas no prueba los hechos de su acusación.

En suma, además de no ser cierto que los procesos civiles del derecho continental, constituyen procesos inquisitoriales en el sentido que le pretenden dar sus detractores (haciendo alusión a la Santa Inquisición)⁵⁹, cada vez más los procesos civiles del *common law* están dejando de lado su carácter eminentemente adversarial, lo que conlleva a que los partidarios del proceso como resolución de conflicto cada vez tengan menos ejemplos prácticos en los que demostrar sus tesis.

En efecto, la clásica distinción entre los modelos procesales de *civil law* y *common law* está hoy en crisis, puesto que muchos de los criterios usados a menudo para demostrar sus diferencias, hoy se encuentran superados.

Por ejemplo típicamente se hacía esta comparación señalado que el proceso del *civil law* es un procedimiento escrito, mientras que el proceso del *common law*, sería uno esencialmente oral. Sin embargo, hoy día pareciera que dicho criterio no es muy útil, puesto que los procedimientos del civil law cada vez van adquiriendo mayores grados de oralidad⁶⁰. Sin ir más lejos, Chile que es un país perteneciente a la tradición del derecho

⁵⁸ Señala Ricardo García, autor del diccionario de las falacias, que se comete esta falacia cuando: a) se utiliza como premisa lo mismo que afirma la conclusión o algo cuya verdad depende de ella; o bien b) porque se utiliza como premisa algo cuya verdad no está probada. Véase www.usodelarazon.co,

⁵⁹ En este sentido Taruffò, señala que si “inquisitoria significa, según la acepción fundamentada históricamente que las partes no se pueden defender, entonces no existen en el civil law procesos que puedan definirse propiamente como *inquisitorial*. Si, en cambio, con este término se quiere aludir a modelos de proceso en el cual el juez desempeña un papel activo en la dirección y gestión del procedimiento y tiene poderes autónomos de iniciativa instructoria, entonces dicha contraposición cambia de sentido, pero igualmente sigue siendo en gran medida infundada”. TARUFFO, Michele “El civil law y el common law: Aspectos fundamentales” en “Sobre las Fronteras. Escritos sobre la justicia civil”, editorial Temis, Bogotá, 2006, p.64

⁶⁰ En este sentido, y particularmente sobre la crisis de los modelos tradicionales, ver TARUFFO, Michele, “El civil law y el common law: Aspectos fundamentales” en Sobre las Fronteras. Escritos sobre la justicia civil”, editorial Temis, Bogotá, 2006 especialmente p 60-64 y 76-81. El autor concluye a este respecto que “lo único que se puede afirmar de manera relativamente segura es que los consabidos y cómodos modelos descriptivos,

continental y que por tanto debiese contar con procedimientos esencialmente escritos, va por el camino correcto en el sentido que todas las últimas reformas que se han hecho a los procedimientos ha apuntado a la oralidad. Tanto es así, que hoy ad portas de un nuevo proceso civil, nadie discute que éste deba ser oral⁶¹, y no por ello perderemos nuestra tradición de ser herederos del derecho continental.

Asimismo, y sin perjuicio de un estudio más detallado sobre ciertas reformas que están sufriendo las legislaciones procesales anglo-sajonas⁶², valga por el momento señalar que el modelo tradicional de juez pasivo que propone el modelo adversarial puro, donde la única función del juez es la de fallar un conflicto entre partes, ha sido arrollada – señala Taruffo- y sustituida por una imagen de juez muy distinta, al que “se confían numerosos e incisivos poderes de gobierno y dirección del procedimiento, como el que se refiere a la determinación del *track* que deberá seguir la causa (o sea, del tipo de procedimiento aplicable, según la naturaleza de la causa), a la fijación de las audiencias y a la asunción de las pruebas”⁶³.

1.4 EL PROCESO COMO BÚSQUEDA DE LA VERDAD

El proceso como búsqueda de la verdad, es el modo antagónico de comprender la función, naturaleza y ejercicio en que se debe desarrollar el proceso judicial, pues según esta concepción “en el proceso se pretende establecer si determinados hechos han ocurrido o no y que las pruebas sirven precisamente para resolver ese problema”⁶⁴.

que tendían a representar esquemáticamente los caracteres fundamentales de los procesos de *common law* y de *civil law*, aparecen netamente superados y ya no son utilizables como instrumentos para conocer y describir los ordenamientos” (p-81).

⁶¹ Sobre la conveniencia de estos modelos, véase MONTERO AROCA, Juan, “La oralidad en el modelo garantista del proceso civil”, en *Proceso Civil: Hacia una nueva Justicia Civil*, de la Oliva Santos, Andrés y Palomo Vélez, Diego Iván coordinadores, Ed. Jurídica de Chile, 2007, p. 255-282.; y sobre la conveniencia para nuestro país, ver especialmente PALOMO VÉLEZ, Diego, “Modelo procesal civil chileno. Conveniencia de articular una nueva regulación en la oralidad como eje formal facilitador”, en *Proceso Civil: Hacia una nueva Justicia Civil*, de la Oliva Santos, Andrés y Palomo Vélez, Diego Iván coordinadores, Ed. Jurídica de Chile, 2007, p. 159-175.

⁶² Las que trataremos en el último capítulo de la segunda parte de este trabajo, al analizar el estado actual en el Derecho Comparado respecto a los poderes que se le otorgan a los jueces.

⁶³ TARUFFO, Michele “El civil law y el common law: Aspectos fundamentales” en “Sobre las Fronteras. Escritos sobre la justicia civil”, editorial Temis, Bogotá, 2006, p.66.

⁶⁴ TARUFFO, Michelle, “La Prueba de los Hechos”, Editorial Trotta 2º Edición 2005, p.26

En relación a esta concepción, no nos interesa desarrollar cómo debería ser un proceso ideal para que busque la verdad, sino que tratar ciertos problemas atinentes a la noción de verdad.

Dicho esto, pasaremos al desarrollo de nuestro siguiente capítulo –relativo a la verdad- en el que pretendemos desarrollar y abocarnos principalmente a los siguientes temas: (i) Determinar de qué verdad estamos hablando, cuando decimos que el proceso se enfoca a la búsqueda de la verdad y (ii) si tomando en cuenta ciertas limitaciones que tienen los procesos por antonomasia, podemos igualmente decir que el proceso se encuentra realmente enfocado a la búsqueda o averiguación de la verdad.

Este segundo punto (ii), se hará cargo asimismo de la presunta contradicción o incompatibilidad señalada por algunos, en orden a creer que si entendemos que el fin del proceso es la averiguación de la verdad, no debiesen existir limitaciones para tal fin. Por lo mismo, en dicho apartado nos propondremos por una parte demostrar porque sí se justifican ciertas limitaciones y agregar cuáles son las razones que llevan a justificar dichas limitaciones, de modo tal, de poder saber efectivamente qué limitaciones son justificadas y cuáles por el contrario deben ser derogadas de nuestro ordenamientos a fin de poder mantener un proceso destinado a cumplir con los fines epistemológicos ya señalados.

CAPÍTULO 2: LA VERDAD

2.1 LA VERDAD EN EL ÁMBITO DEL PROCESO JUDICIAL.

Hemos señalado por un lado que según la concepción de la que somos partidarios, el proceso se orienta en la búsqueda de la verdad de los hechos, pero por otro lado, hemos señalado en este mismo trabajo que es imposible ponernos de acuerdo para definir de manera inequívoca el concepto de verdad, máxime porque se trata de un concepto que trasciende, por mucho, el meramente jurídico. Nos transporta en efecto a una dimensión extra-procesal y extra-jurídica, en que se requerirán elecciones filosóficas y epistemológicas en orden a establecer qué vamos a entender por verdad.

No obstante, la primera elección ya está hecha, y es que la verdad puede ser alcanzada en el proceso. Se trata en consecuencia, de “asumir una orientación positiva acerca de la capacidad del proceso (civil) para producir decisiones verdaderas sobre los hechos de la causa”⁶⁵.

Lo anterior, significa descartar por completo la denominada por el profesor Taruffo *imposibilidad teórica*, aquella que niega de plano que sea posible establecer la verdad de cualquier cosa. Se trata de una corriente filosófica que es completamente escéptica a la posibilidad de que podamos realmente conocer la realidad, ni en el proceso ni en ningún otro ámbito de la experiencia humana.

Para los seguidores de esta corriente, tanto el problema de la verdad como de la prueba no son siquiera irrelevantes, sino inexistentes.⁶⁶

En consecuencia, al primer problema que nos afrontamos es a señalar los argumentos según los cuales, la verdad sería alcanzable desde un punto de vista teórico. Luego, debemos demostrar que la búsqueda de la verdad de los hechos, además de teóricamente posible, es realizable en la práctica, y por sobre todo, necesaria.

⁶⁵ TARUFFO, Michelle, “La Prueba de los Hechos”, Editorial Trotta 2º Edición 2005, p.57

⁶⁶ Irrelevante sería en caso que creyendo que sea posible la determinación de la verdad, no vean a ésta como uno de los fines del procedimiento. En todo caso, quienes se opongan a la búsqueda de la verdad como fin del procedimiento, ya sea porque excluyan de principio tal posibilidad, o bien porque la releguen dentro de los fines del procedimiento, no les quedará otra que adscribir al proceso como solución de un conflicto.

En este estado de cosas, se nos hace imperioso determinar qué entenderemos por verdad, pensando principalmente que las definiciones propuestas las distintas teorías (*verdad como correspondencia, verdad como consenso o verdad como coherencia*⁶⁷) son lo suficientemente disímil, como para creer que todas puedan ser aplicables al campo del proceso. En otras palabras, nos corresponde determinar a la luz de los postulados de estas teorías, cuál es verdaderamente compatible con el ideal que tenemos hasta ahora, como es el de conocer lo que realmente ocurrió.

Partiendo del presupuesto que admitir distintas versiones del mundo no significa que todas ellas sean igualmente aceptables, y del hecho que cada una de estas teorías nos va a proponer criterios diferentes para determinar qué versión de la realidad es la correcta, debemos en consecuencia, determinar cuáles son los criterios propuestos, para luego seleccionar el que nos parezca más acorde.

En el fondo, la pregunta que trasciende en este momento es: Si las decisiones judiciales en relación a la averiguación de los hechos pueden ser verdaderas o falsas⁶⁸, ¿en qué sentido pueden serlo?

La respuesta más obvia –nos diría la profesora Anna Pintore- “es que pueden serlo en el sentido clásico de la verdad como correspondencia”.⁶⁹

⁶⁷ En relación a la teoría de la verdad como coherencia, y dado que ésta es la que siguen las teorías narrativistas –y en consecuencia también los adherentes a la concepción persuasiva de la prueba- pretendemos desarrollarla cabalmente en el apartado dedicado a este tema. Por el momento, revisaremos únicamente las teorías de la verdad como correspondencia o como consenso.

⁶⁸ El que una decisión judicial –pensando principalmente que es el escrito mediante el cual el juez da por determinados los hechos de la causa- pueda ser falsa, implica desde ya una concepción crítica del modo en que se conocen o pueden conocer los hechos, y que parte de la base que es imposible un conocimiento objetivo de la verdad. Esto que pudiese parecer tan básico, no es reconocido por ejemplo en los sistemas de prueba legal que conciben a la prueba, como un proceso guiado por reglas que permiten obtener resultados incuestionables, y desaparece en consecuencia la distinción entre “*hecho probado*” y “*hecho verdadero*”. No obstante volveremos sobre ello más adelante, vale la pena retener por el minuto que la decisión judicial sobre los hechos, se pronuncia en el fondo sobre enunciados que pueden ser verdaderos o falsos, y asimismo ocurre entonces con la propia decisión judicial, la cual podrá ser verdadera o falsa, según si los hechos establecidos como verdaderos, lo son conforme a la teoría de verdad escogida, la que como veremos en el ámbito del proceso, no puede ser otra que la teoría de la verdad como correspondencia.

⁶⁹ PINTORE, Anna, “Consenso y verdad en la Jurisprudencia”, ponencia presentada al XX Congreso de la Sociedad Italiana de Filosofía Jurídica y Política, en DOXA, Cuadernos de Filosofía, N° 20, p.284.

Empero, esa no es la única respuesta. La verdad como consenso aparece hoy como un modelo alternativo a la correspondencia⁷⁰, y se funda principalmente ya no en la *correspondencia* con un mundo real u objetivo, sino en un criterio externo a los hechos propiamente tal, como es el consenso, el acuerdo. Además, el consenso cuenta con el beneplácito de dos importantes tradiciones de la filosofía política, la liberal y la democrática. “Lejos de ser un mero sustituto, el consenso puede finalmente aparecer como una vía, y quizás la vía maestra, hacia la racionalidad y tal vez hacia la verdad”⁷¹.

Ahora bien, no comparto dicha visión, y pretendo defender en lo sucesivo la teoría de la verdad como correspondencia, como la única que sirve a los fines del proceso epistemológico que aquí defendemos. Revisemos de todos modos, ambas nociones de verdad.

2.1.1 ¿VERDAD COMO CONSENSO O COMO CORRESPONDENCIA?

Como sabemos, el consenso no es parte del hecho, es únicamente un acuerdo *a posteriori* sobre lo que ha ocurrido, sin importar si en realidad ello ocurrió o no. Parece en consecuencia ser el método democrático para determinar si un hecho ocurrió o no en la realidad. Ante ello, me permito ciertos comentarios:

Me pregunto, ¿el que un hecho haya ocurrido o no, se debe determinar por acuerdo?, o mejor aún, ¿es el consenso el medio adecuado para verificar nuestras creencias-conocimientos que tenemos sobre la realidad de las cosas?

La mejor respuesta a esta pregunta –creo- es la vida de Galileo Galilei, donde el hecho que el sol giraba en torno a la tierra generaba el consenso, y en consecuencia la verdad. La verdad como vemos, nada tiene que ver con el consenso.

En segundo lugar, la verdad como consenso se debe descartar además por la siguiente razón. Esta teoría parte de la idea que la objetividad y la verdad se producen

⁷⁰ Según esta misma autora, no gozaría hoy del favor de los epistemólogos, ni de los filósofos de Derecho, entre los que se encontrarían entre otros, los destacados filósofos Aulis Aarnio (“On Truth and acceptability of interpretive propositions in legal dogmatics” y Jurgen Habermas (“Fatti e norma. Contributi a una teoría discorsiva del diritto e de la democrazia”).

⁷¹ PINTORE, Anna, “Consenso y verdad en la Jurisprudencia”, ponencia presentada al XX Congreso de la Sociedad Italiana de Filosofía Jurídica y Política, en DOXA, Cuadernos de Filosofía, N° 20, p 286.

porque se da el consenso. Nuevamente, sólo habría verdad cuando existe un consenso previo, y así el consenso de hoy, puede llegar a ser el disenso de mañana y, nuevamente la verdad de pasado mañana.

Lo anterior puede no ser del todo incorrecto si lo analizamos desde el punto de vista del método científico, el cual se caracteriza por estar constantemente revisando sus hipótesis, y es dable en consecuencia que tesis hoy confirmadas, mañana no lo sean⁷², pero eso no es un problema de verdad y consenso, sino un problema (o virtud quizás) propio de las ciencias naturales, las que se diferencian esencialmente de las sociales, porque los fenómenos son por esencia repetibles, esto es, se pueden repetir controlada y artificialmente.

Además, los hechos objeto del proceso, no sólo son irrepetibles, sino que una vez que los jueces del fondo se pronuncian sobre ellos, éstos son *finales* y no podrán ser revisados, por lo que nuevamente sería un error intentar aplicar sin más estos mecanismos del método científico de las ciencias naturales, sin reparar en la propia naturaleza del proceso.

De forma que el método que ocupe el juez debe tender más a ser un proceso de conocimiento caracterizado por el uso constante e irrestricto de la capacidad crítica de la razón que busca determinar un hecho, que sea congruente con los datos de la observación que tuvo a la vista, vale decir, de las pruebas practicadas.

En suma, el consenso no hace ni puede hacer la verdad⁷³. La tierra giraba en torno al sol, antes de que hubiese consenso sobre ello.

Sin embargo, no obstante el consenso no sea el criterio correcto para determinar la verdad de un enunciado, sí juega un papel importante en el mundo del derecho, pues contribuye a crear los contenidos del Derecho, jugando un papel “no como criterio de racionalidad de las argumentaciones jurídicas, sino sólo como precondition de hecho,

⁷² Nos parece que una frase del cantautor Joaquín Sabina, ilustra dicha idea de manera notable: “Las verdades científicas son como el amor: eternas mientras duran” (“al revés”).

⁷³ En este sentido también puede verse PINTORE, Anna, “Consenso y verdad en la Jurisprudencia”, ponencia presentada al XX Congreso de la Sociedad Italiana de Filosofía Jurídica y Política, en DOXA, Cuadernos de Filosofía, N° 20, p.288

para que exista un lenguaje común para la ciencia jurídica, y en consecuencia, sea posible la objetividad en la interpretación jurídica⁷⁴.

Además –y me permito este tercer y último comentario al respecto- dijimos que una de las fortalezas del consenso es el principio democrático en que se basa. De lo anterior no se sigue ningún problema, salvo cuando este principio degenera en el hecho que algunos sostengan que la objetividad pueda ser alcanzada yendo en busca de la solución consensualmente más aceptable, y en consecuencia, tratar el consenso primero, antes que el contenido de fondo. En palabras de la profesora Anna Pintore, esta valoración del consenso lleva a la *falacia consensualista* “Lleva a tratar un criterio de legitimación externa del Derecho, como criterio de justificación de operaciones internas al Derecho”⁷⁵.

Finalmente, como conclusión a la pregunta sobre a qué tipo de verdad nos estamos refiriendo cuando decimos que el proceso debe orientarse a la búsqueda de la *verdad* de los hechos, la respuesta no es otra que la verdad como correspondencia. Se puede hablar por tanto de verdad, sólo en los términos y en el sentido de la verdad como correspondencia⁷⁶, la que en palabras de Aristóteles podríamos expresar como: “En efecto, decir que el ser no es o que el no-ser es, es falso; decir que el ser es o que el no-ser no es, es verdadero”⁷⁷.

Alfred Tarski, define en términos simples la verdad como correspondencia, al señalar que “la verdad de una oración consiste en su adecuación (o correspondencia) con la realidad”⁷⁸, y agrega luego que la forma más sencilla de dar con una definición exacta de la verdad, implica necesariamente el uso de nociones semánticas. Por ello, concluye que el problema de definir la verdad aparece íntimamente relacionado con el problema general de establecer los fundamentos de la semántica teórica⁷⁹.

⁷⁴ PINTORE, Anna, “Consenso y verdad en la Jurisprudencia”, ponencia presentada al XX Congreso de la Sociedad Italiana de Filosofía Jurídica y Política, en DOXA, Cuadernos de Filosofía, N° 20, p. 289

⁷⁵ PINTORE, Anna, “Consenso y verdad en la Jurisprudencia”, ponencia presentada al XX Congreso de la Sociedad Italiana de Filosofía Jurídica y Política, en DOXA, Cuadernos de Filosofía, N° 20, p.291

⁷⁶ En este sentido se inclina entre otros Taruffo, Gascón Abellán, Ferrer, Cántaro, Bouzat, Pintore.

⁷⁷ ARISTÓTELES, en “Metafísica”.

⁷⁸ TARSKI, Alfred, “La concepción semántica de la verdad y los fundamentos de la semántica”, en “A parte revista de Filosofía”, traducción por Paloma García, p.3

⁷⁹ TARSKI, Alfred, “La concepción semántica de la verdad y los fundamentos de la semántica”, en “A parte revista de Filosofía”, traducción por Paloma García p.5 y 6.

Herederos de esta tradición de la verdad como correspondencia en los términos de Aristóteles y Tarski, encontramos también a los profesores Alchourron y Bulygin para quienes la verdad de un enunciado empírico, depende tan sólo de las reglas semánticas del lenguaje usado y de los hechos denotados por el enunciado, pues el concepto de la verdad usado en derecho es exactamente el mismo que las ciencias empíricas⁸⁰.

Al respecto, el profesor Taruffo además de ser partidario de esta concepción de la verdad, agrega que la noción de verdad como correspondencia es la más sensata en el contexto del proceso, y entrega razones para ello⁸¹.

Señala que para que el juez ocupe una determinada norma jurídica es necesario que tal hecho se haya verificado efectivamente fuera del proceso, es decir, en el mundo de los acontecimientos reales. No basta para que el juez sancione algo, la mera narración del hecho, sino que es necesario que ese hecho se haya producido efectivamente en la realidad. De lo contrario, no puede aplicar la norma.

Así por ejemplo, para condenar a alguien como autor de un homicidio, es necesario que en la realidad, esto es, en el mundo independiente del proceso, estos hechos se hayan producido⁸².

En suma, se trata de reconocer que el mundo real existe, y que el proceso no puede desentenderse de los hechos que en él ocurren, y sólo será realmente verdadero lo que en la realidad haya existido, y en ningún caso lo que el consenso determine como

⁸⁰ Véase ALCHOURRON, Carlos y BULYGIN, Eugenio, “Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico”, en “Análisis lógico del Derecho”, Centro de estudios Constitucionales, Madrid, p.310 y 311.

⁸¹ Véase, TARUFFO, Michele, “Algunas consideraciones sobre la relación entre verdad y prueba”, publicado en DOXA, Cuadernos de Filosofía, N° 3-2003, p.39 a 41.

Hacemos presente que, dicho trabajo se encuentra publicado también en su libro “Sobre las Fronteras: Escritos sobre la Justicia Civil”, Editorial Temis, Bogotá, 2006, p.253-278.}

En todo caso, las citas que hagan referencia a este texto, lo serán a su publicación en DOXA, toda vez que al encontrarse en Internet, permite su consulta de forma más fácil y gratuita.

⁸² Obviamente no basta con que sea verdadero el hecho, sino que además es necesario que éstos hechos hayan sido probados. En este sentido también se inclinan los profesores Alchourron y Bulygin quienes sobre el particular señalan que: “para castigar a Juan el derecho no sólo requiere que el enunciado “Juan mató a Alfredo” sea verdadero, sino también que haya sido probado en juicio”. ALCHOURRON, Carlos y BULYGIN, Eugenio, “Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico”, en “Análisis lógico del Derecho”, Centro de estudios Constitucionales, Madrid, p.311. Volveremos sobre este tema al tratar la relación entre prueba y verdad

verdadero, como tampoco lo será la narración más coherente que no otorgue prueba alguna de que ello en realidad haya sucedido así.

Por otro lado, es menester tener claro que la verdad a la que apuntamos no es, ni puede ser una verdad absoluta. No podemos pretender que en el ámbito del proceso se den tal tipo de verdades, las que ciertamente son imposibles que se logren tanto en el proceso como en cualquier otro ámbito de la experiencia.

Ahora bien, es necesario tener claro que la imposibilidad de poder conocer la verdad absoluta de los hechos ocurridos en el proceso, no se debe a los límites legales o prácticos del proceso judicial, sino porque “esta verdad histórica o empírica, a su vez, no “existe por sí misma” en algún lugar extraño y lejos del proceso”⁸³.

Por consiguiente, no se debe a la existencia de límites impuestos por el propio proceso el hecho que la verdad absoluta no se pueda conocer, porque siendo sinceros, tal verdad no puede ser más que una “suerte de ideal regulativo, un punto de referencia hacia el que se oriente la actividad”⁸⁴.

Así las cosas, respecto al tema de la verdad en el proceso judicial podemos concluir:

- 1) El proceso puede efectivamente orientarse a conseguir una determinación sobre los hechos que sea de algún modo verdadera.
- 2) Que este modo, no puede ser el consenso, puesto que éste se da con posterioridad a la eventual ocurrencia que tenga el hecho, y que por el contrario, debe estar respaldada por el concepto de verdad como correspondencia.

⁸³ TARUFFO, Michele, “Algunos comentarios, sobre la valoración de la prueba”, publicado en DOXA, Cuadernos de Filosofía, N° 3-2003, p. p.86

⁸⁴ TARUFFO, Michele, “Algunos comentarios, sobre la valoración de la prueba”, publicado en DOXA, Cuadernos de Filosofía, N° 3-2003, p. p.86 En todo caso, queremos dejar claro desde ya, que esta imposibilidad no significa ni convierte en válida la opinión de que existen dos verdades. Una que sería alcanzable dentro del proceso (verdad formal) y otra que sería alcanzable sólo fuera del proceso (verdad material), pues esta última en realidad es la que persigue el juez, y es tan inalcanzable para él, como para cualquier otra persona, sea que cuente o no con limitaciones, y por tanto lo que importa, es que el juicio se oriente a su mayor aproximación posible, vale decir, el juicio se debe orientar a la búsqueda de la verdad, de la única que existe. (Volveremos sobre ello al tratar y criticar la distinción entre verdad formal y material).

- 3) La verdad en la determinación de los hechos, es además necesaria ya que una decisión judicial nunca va a ser justa si se basa en una determinación errónea o inaceptable de los hechos.
- 4) La verdad es una, y el proceso puede y debe -según nuestra concepción- orientarse a su búsqueda y determinación.

En síntesis, “asumimos que la verdad de los hechos en el proceso es teóricamente posible e ideológicamente necesaria, queda por verificar su posibilidad práctica”⁸⁵.

2.2 LA BÚSQUEDA DE LA VERDAD Y LAS LIMITACIONES PROCESALES

Hemos establecido por el momento, que la finalidad del proceso es averiguar la verdad acerca de los enunciados sobre los hechos, y si ello es así, necesariamente las instituciones que forman parte del proceso, deberían orientarse a tal fin⁸⁶.

En efecto, partiendo de dicha premisa (que la finalidad del proceso es averiguar la verdad sobre lo ocurrido) la tradición racionalista (llámese principalmente Jeremy Bentham⁸⁷ y sus seguidores) entiende que la prueba debe ser fundamentalmente libre y que cualquier interferencia del derecho procesal, debería ser limitada o eliminada.

Para Bentham, “no hay que excluir ninguna prueba, ningún testimonio por el sólo temor de ser engañado”⁸⁸. Es partidario en este sentido que el derecho no contenga limitaciones probatorias, reinando el principio general de la libertad probatoria.

En suma, los postulados *benthamianos* promueven la abolición del Derecho Probatorio, entendiendo que el derecho no sólo (i) no debe regular la admisibilidad de

⁸⁵ TARUFFO, Michelle, “La Prueba de los Hechos”, Editorial Trotta 2º Edición 2005, p.71

⁸⁶ Ello resulta especialmente importante en relación al tema de la prueba judicial, pues como veremos son diferentes los fines que se pueden establecer en relación a ella, según sea la concepción epistemológica que tengamos. Además muchos de esos fines son incompatibles o contradictorios con el fin de la búsqueda de la verdad. Volveremos sobre en el capítulo 3º de la prueba, en que en un apartado analizaremos las distintas concepciones y fines de la prueba.

⁸⁷ BENTHAM, Jeremy, “Tratado de las Pruebas Judiciales”, Comares, Granada 2001,.

⁸⁸ BENTHAM, Jeremy, “Tratado de las Pruebas Judiciales”, Comares, Granada 2001, p.441.

pruebas por medio de normas de exclusión, sino tampoco (ii) regular la valoración de la prueba por medio de normas jurídicas vinculantes para el juez, puesto que “para Bentham, la mejor forma de alcanzar ese objetivo es mediante una metodología o sistema “natural” de conocimiento, propia de la epistemología general y no a través del denominado derecho probatorio”⁸⁹.

Se trata entonces de una *free proof*, donde la única regla es la admisibilidad de todos los elementos de juicio que puedan ser necesarios para tomar una decisión, “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”⁹⁰.

William Twining, profesor de la Universidad de Londres y seguidor de la teoría *benthamiana*, resume la tradición racionalista de la siguiente forma: “el sistema jurídico no debe contener ninguna norma que excluya testigos o pruebas; ninguna norma sobre el peso o 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 específico”⁹¹.

⁸⁹ Ferrer resumiendo el pensamiento de Bentham, en FERRER BELTRÁN, JORDI, “La prueba es libertad pero no tanto. Una teoría de la prueba cuasi-benthamiana”, publicado en “Formación y valoración de la prueba en el proceso penal”, ACCATINO, DANIELA (coordinadora), Abeledo Perrot (LegalPublishing), 2010, p.4

⁹⁰ FERRER BELTRÁN, JORDI, “La prueba es libertad pero no tanto. Una teoría de la prueba cuasi-benthamiana”, publicado en “Formación y valoración de la prueba en el proceso penal”, ACCATINO, DANIELA (coordinadora), Abeledo Perrot (LegalPublishing), 2010, p.5

⁹¹ Vid. Twining W, Rethenink Evidente. Exploratory Essays, p.195. Es interesante agregar que esta teoría racionalista recibe importantes críticas de Alex Stein (Foundatios of Evidente Law, Oxford University press) quien entiende que no basta la epistemología para determinar el grado de probabilidad de que una hipótesis sobre los hechos sea verdadera, pues la epistemología nada nos dice sobre el punto en que esa probabilidad es suficiente para aceptarla como verdadera. Por decirlo de otra manera, la epistemología, no entrega estándares de prueba que señalen al juez cuando los elementos de prueba de un hecho, son suficientes para considerarlos probados. Asimismo, este autor critica el corolario epistemológico en orden a entender que entre más elementos de juicio tenga el juez, mayor será la probabilidad de alcanzar una decisión correcta, puesto que para él, “la llegada de nueva información podría sólo sustituir el riesgo de error existente hasta el momento por un nuevo riesgo de error.” Más aún, agrega que “no hay garantía de que el nuevo riesgo de error sea menor que el anterior” (p. 121.)

Para un análisis de estas dos posturas contrarias, recomendamos la lectura del ya citado texto del profesor Jordi Ferrer “la prueba es libertad, pero no tanto. Una teoría de la prueba cuasi-benthamiana”, quien acoge la primera de las críticas de Stein, desechando en cambio la segunda. Quizás por esto, por aceptar la teoría racionalista de Bentham, pero agregando que la mera libertad probatoria y epistemología no es suficiente, es

Sin embargo, no es difícil percatarse que las ideas de Bentham no han sido del todo acogidas. De hecho, pareciera que la abolición del derecho probatorio no está ni cerca de ser acogido, pero es interesante preguntarnos, ¿cómo se explica la existencia de una serie de instituciones o normas que en principio atentarían contra el fin de alcanzar la verdad de lo ocurrido, y parecieran por lo mismo, impedir que se alcance dicho fin?

Terminamos el apartado anterior señalando que la búsqueda de la verdad es teóricamente posible e ideológicamente necesaria. Revisemos ahora si a pesar de estas limitaciones procesales, es la averiguación en la práctica posible.

Nos proponemos en consecuencia, realizar una breve reseña de algunas limitaciones probatorias⁹², para una vez estudiadas analizar (i) si su existencia es incompatible con la averiguación de la verdad como fin del proceso, y (ii) entendiendo que se justifica la existencia de limitaciones en términos genéricos señalar qué criterios se ha de tener en consideración para saber si una limitación se justifica no obstante impida la averiguación de la verdad, o si simplemente dicha limitación no responder a ningún principio de fondo y debe ser por tanto derogada.

2.2.1 ENUNCIACIÓN DE CIERTAS LIMITACIONES PROBATORIAS.

- 1) El Código de Procedimiento Civil (en adelante indistintamente CPC)), establece que el juez debe dictar sentencia en el plazo de 60 días. Quizás ello no pudiese parecer directamente contrario al fin de que hemos hablado, pero al establecer un tiempo dentro del cual los hechos han de ser *verdaderamente* determinados, no se está contribuyendo en nada a alcanzar la certeza sobre los hechos que han dado origen al conflicto.

que se entienda mejor el título del artículo, “La prueba es libertad, pero no tanto: Una teoría de la prueba cuasi-benthamiana” (el destacado en este caso, por cierto que es nuestro).

⁹² Dejamos en claro que respecto de las limitaciones que señalemos, sólo nos interesa enumerarlas y no hacer un estudio pormenorizado de éstas, pues lo que aquí nos interesa es la relación entre la búsqueda de la verdad y las limitaciones, a fin de definir si éstas se contraponen o no al fin que le hemos asignado al proceso. Por lo mismo, es que no obstante dentro de las limitaciones se puedan señalar algunas tan importantes como el secreto profesional o la prueba ilícita, su estudio detallado escapa por lejos los fines de este trabajo.

- 2) Ello es aún más patente en el proceso penal, en que formalizada que sea la investigación, se le impone un plazo al Ministerio Público en que debe cerrar la investigación. Ahora ni siquiera es que al juez se le imponga un plazo (lo que teóricamente puede ser perjudicial para la calidad y estudio del fallo, pero no para la averiguación de los hechos), sino que es al acusador, esto es, al encargado de reunir todas las pruebas que se presenten contra el imputado. Vale decir, en este caso se está limitando temporalmente la posibilidad de poder conocer los hechos, y particularmente la de rendir prueba sobre ellos.
- 3) Más allá de estos límites temporales, encontramos en efecto, otras instituciones que apuntan de plano a fines completamente diversos a la averiguación de la verdad. Me refiero específicamente a las denominadas formas de *justicia negociada* que se desarrollan principalmente en el campo penal. Claramente los “Acuerdos Reparatorios” y la “Suspensión Condicional del procedimiento”, responden a otra lógica.
- 4) Pero dentro del campo penal existen además otras instituciones como lo son el “Procedimiento Abreviado” y el “Procedimiento Simplificado”, en que no obstante se celebre un juicio, éste no tiene como fin la averiguación de la verdad como correspondencia. Se trata de procedimientos en que el imputado reconoce hechos no necesariamente verdaderos, a cambio de una efectiva rebaja de la pena. Lo cierto –señala la profesora Marina Gascón- “es que constituyen formas de justicia inspirada en la lógica mercantil del *do ut des*, donde el concepto de verdad como correspondencia se sustituye por el de verdad como *consenso*”⁹³.
- 5) Otra importante manifestación es la denominada prohibición de la prueba ilícita. En efecto por muy determinante que pueda ser una prueba, si ésta se consiguió con inobservancia de los Derechos

⁹³ GASCÓN ABELLÁN, Marina, “Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba”, Editorial Marcial Pons, 2 edición, Barcelona 2004, p.79

Fundamentales, ésta no podrá ser admitida a juicio. En el fondo, se trata de una ponderación hecha por el legislador entre valores como la averiguación de la verdad versus el respeto a los derechos fundamentales, en que se elige por este último aún cuando de ello se siga necesariamente la absolución de un culpable.

- 6) Tanto en el CPC como en el Código Procesal Penal (en adelante indistintamente CPP) existen normas que consagran el denominado “Secreto Profesional”, institución que claramente no apunta a la averiguación de la verdad.
- 7) Por último (último en el sentido de las instituciones a las que aquí haremos referencia, pero en ningún caso la última excepción) está el tema de las presunciones. Las presunciones son normas jurídicas que instauran una regla de decisión, y no obstante obedezcan muchas veces a máximas de experiencia, no pueden ser tratadas como una descripción de la realidad, vale decir, de una verdad como correspondencia⁹⁴.

Mostrado estos ejemplos (los que por cierto, no son ni intentan ser exhaustivos), es que nos debemos hacer la pregunta fundamental al respecto: ¿Tales limitaciones contribuyen al objetivo de averiguación de la verdad, o por el contrario, nos alejan del mismo?

A *prima facie* la respuesta sería que evidentemente nos alejan del fin. En efecto el mero hecho de que se denominen limitaciones, ya alude a la idea de que se está limitando el fin, vale decir, dificultando conseguirlo.

Pero me parece que la respuesta no puede ser tan apresurada, y lo que corresponde es distinguir entre estos diferentes tipos de limitaciones, y en consecuencia,

⁹⁴ En este sentido Gascón (GASCÓN ABELLÁN, Marina, “Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba”, Editorial Marcial Pons, 2 edición, Barcelona 2004, p. 90) y también Joseph Aguiló (AGUILÓ REGLA, Josep, “Presunciones, verdad y normas procesales”, en, Isegoría, Revista de Filosofía moral y política N° 35, julio-diciembre 2006).

veremos que la respuesta más adecuada, es como muchas veces ocurre en el derecho, hay que distinguir.

Precisamente, lo que corresponde en este minuto es hacer ciertas distinciones entre las limitaciones referidas anteriormente, y distinguir en primer lugar (a) las denominadas *limitaciones probatorias* propiamente tal o en sentido estricto; de (b) las presunciones. Partiremos con el análisis de estas últimas.

2.3 PRESUNCIONES

Hemos querido respecto de las presunciones apartarlas y darles un tratamiento distinto de los que hemos denominado como “limitaciones probatorias”, puesto que en realidad no lo son, sino que lo ocurre es que las presunciones al igual que las limitaciones se refieren y conectan con el tema de la verdad, y la idea de este apartado, es determinar si éstas ayudan o no a la averiguación de la verdad. Lo cierto en todo caso, es que “las presunciones legales se conectan a la teoría de la prueba, pero no proporcionan elementos de prueba”⁹⁵.

Para responder a la pregunta objeto de este apartado –cual es, como dijimos, determinar si las presunciones ayudan a averiguar la verdad de los hechos o no– propongo como punto de partida, los siguientes tres ejemplos:

(i)⁹⁶ Un padre que perdió contacto con su hijo hace más de 15 años, decide finalmente tratar de encontrarlo por lo que contrata un detective, quien luego de realizar ciertas averiguaciones le informa al padre que la última información que logró recabar de su hijo, es que hace un año participó en una regata y su barco se hundió en un lugar del océano. Los servicios de salvamento que trabajaron incansablemente durante semanas, no rescataron supervivientes ni cadáveres. Los tripulantes desaparecieron. Luego el detective concluye “su hijo está muerto y seguir investigando en estas circunstancias sería estafarle”.

⁹⁵ Véase GASCÓN ABELLÁN, Marina, “Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba”, Editorial Marcial Pons, 2 edición, Barcelona 2004, p.137. La autora habla de presunciones legales, en contraposición a las presunciones simples, o meros razonamientos inductivos, los que en doctrina también se conocen como *praesumptiones hominis*.

⁹⁶ Este ejemplo está tomado de AGUILÓ REGLA, Josep, “Presunciones, verdad y normas procesales”, en, Isegoría, Revista de Filosofía moral y política N° 35, julio-diciembre 2006, p 9-31.

Esta historia claramente ilustra una presunción, pues realmente no sabemos si es que el hijo está muerto o no, sólo que existen indicios suficientes como para sospechar que el hijo murió.

En suma, dado estos hechos “*ES PRESUMIBLE*” que el hijo ha muerto.

(ii) María y Pedro, están casados hace dos años, y hace unos meses María dio a luz a su primer hijo, Martín, quien en realidad no se parece nada a su padre, sino que por el contrario tiene rasgos muy similares a Diego, ex pareja de María.

En este caso, no obstante las sospechas de paternidad que pueda tener Pedro, existe una norma de presunción respecto de la filiación que señala que se presumen hijos del marido, los nacidos después de la celebración del matrimonio⁹⁷.

En suma, dado estos hechos “*SE PRESUMIRÁ*” que Martín es hijo de Pedro.

(iii) Un último ejemplo. Raúl es acusado de homicidio y desde el día de su formalización hasta el de la celebración del Juicio Oral, no ha colaborado en nada, ni siquiera con el defensor a quién nada le ha dicho sobre los hechos objeto de la acusación. Con estos antecedentes, el defensor claramente no puede plantear una teoría del caso que se base en la inocencia del imputado, por lo que decide únicamente preocuparse de que se desarrolle un debido proceso y que las pruebas que presente la fiscalía sean verdaderas y que para el caso que los jueces condenen, sea porque de las pruebas, necesariamente se sigue su culpabilidad.

Finalmente se celebra el Juicio Oral y las pruebas presentadas por la fiscalía no generan en los jueces una convicción más allá de *toda duda razonable* por lo que finalmente absuelven al imputado.

⁹⁷ Dicha norma, es el inciso primero del artículo 184 del Código Civil, el cual establece que: “Se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y dentro de los trescientos días siguientes a su disolución o al divorcio de los cónyuges”.

En suma, dado estos hechos el legislador ha establecido que se presuma la inocencia de Raúl, mientras no se demuestre lo contrario.

Visto estos ejemplos, queremos por un lado –a partir de los ejemplos (i) y (ii) precedentes- entregar ciertas distinciones teóricas que pudiesen ayudar a responder la pregunta planteada anteriormente; y por otro lado –tomando como base el ejemplo (iii)- analizar el eventual valor epistemológico que pudiese tener la denominada presunción de inocencia.

2.3.1 PRESUNCIONES: ¿ES PRESUMIBLE O SE PRESUMIRÁ?

Entre los ejemplos (i) y (ii) existe una diferencia, que puede no parecer fundamental, pero que lo es, sobre todo a la luz de determinar si las presunciones ayudan o no a determinar la verdad como correspondencia⁹⁸.

Como sabemos, las presunciones tienen tres elementos: (i) Un hecho presunto, lo conjeturado; (ii) Un hecho base, lo conocido; y (iii) Una conexión entre ellos que nos permita a partir del hecho conocido, suponer el hecho presunto.

De estos tres elementos, la conexión entre el hecho base y el hecho presunto es fundamental. Dicha conexión, es un enunciado general que autoriza el paso de uno a otro hecho, y lo importante en consecuencia es ver las razones que llevaron al legislador a establecer dicha conexión.

Esta conexión, vendría siendo lo que en la teoría de la argumentación de Toulmin⁹⁹, se denomina “Garantías”, esto es, “reglas que permite o autorizan el paso de

⁹⁸ Usualmente los autores que hablan de presunciones distinguen entre verdad procesal y verdad material. Dado que como veremos en el capítulo de “Prueba y Verdad” no compartimos dicha distinción, es que preferiremos hablar de verdad como correspondencia en vez de verdad material, y en los casos que hablemos de verdad procesal, ésta sólo debe entenderse como “ser tenido por verdadero en juicio”, y en ningún caso, como pretensión de verdad.

⁹⁹ TOULMIN, Stephen “The uses of argumen”, Cambridge University Press. Sobre su teoría, también puede verse especialmente en Atienza Manuel (“Las Razones del Derecho. Teoría de la Argumentación Jurídica”, Palestra Editores, Lima, 2006, p.135-163) y Alexy Robert (ALEXY, Robert, “Teoría de la argumentación jurídica”, Palestra Editores, Lima, 2007, p.127-146).

unos enunciados a otros”¹⁰⁰. Estos enunciados que autorizan dicho paso, “constituyen la *garantía* (warrant) del argumento. La naturaleza de las garantías depende también del tipo de argumento de que se trate, de manera que podrá consistir en una regla de experiencia, en una norma o principio jurídico, en una ley de la naturaleza, etc”¹⁰¹.

En los ejemplos propuestos, esta conexión está dada en el primero por el hecho de que si se produce el hundimiento de un barco y no se tiene noticia del paradero de un pasajero durante un tiempo razonable es presumible la muerte del pasajero¹⁰².

En el segundo caso en cambio, la conexión está dada por la presunción que establece que si nace un niño dentro del matrimonio, se presumirá (o deberá presumirse) la paternidad del marido.

En ambos casos existe una conexión, pero no nos parece que el hecho presunto sea realmente verdadero en el segundo caso. Respecto del primero, parece ser que la conexión o garantía en que se fundamenta expresa un juicio de regularidad tal, que se reconoce una alta probabilidad de verdad¹⁰³.

No parece lo mismo respecto del segundo ejemplo, en el que no nos basta que exista un nacimiento durante el matrimonio como para creer que de ello se debe seguir la paternidad del marido. Por el contrario, en este caso será necesario mostrar también que la “garantía” resulta válida, con suficiente peso y superior a cualquier otra. Para ello –dice Atienza explicando el modelo de Toulmin- deberá indicar el campo general de información o el respaldo (backing) que está presupuesto en la garantía aducida, el que variará según el tipo de argumento¹⁰⁴.

¹⁰⁰ ATIENZA, Manuel “Las Razones del Derecho. Teoría de la Argumentación Jurídica”, Palestra Editores, Lima, 2006, p.141.

¹⁰¹ ATIENZA, Manuel, “Las Razones del Derecho. Teoría de la Argumentación Jurídica”, Palestra Editores, Lima, 2006, p.141.

¹⁰² “Garantías” como ésta, por ejemplo, son las que fundamentan también los casos de muerte presunta regulados en el Código Civil.

¹⁰³ En este mismo sentido se pronuncia el profesor Aguiló al revisar dicho ejemplo, AGUILÓ REGLA, Josep, “Presunciones, verdad y normas procesales”, en, Isegoría, Revista de Filosofía moral y política N° 35, julio-diciembre 2006.

¹⁰⁴ ATIENZA, Manuel, “Las Razones del Derecho. Teoría de la Argumentación Jurídica”, Palestra Editores, Lima, 2006, p.142-151.

En el referido ejemplo, el respaldo de la presunción estaría dado por el artículo 184 del Código Civil, y en consecuencia, en un caso similar y mientras no se pruebe lo contrario, decir que Pedro es el padre de Martín, es un argumento correcto, pero que no necesariamente representa la realidad fáctica de la filiación.

Dado lo anterior, me parece correcto concluir que el establecimiento de presunciones, no colabora en la averiguación de la verdad de los hechos. La adopción de reglas de presunción, es en realidad, una cuestión de conveniencia y no de verdad¹⁰⁵.

Así las cosas, las presunciones son reglas que ayudan al juez a tomar una decisión, pues conocidos ciertos hechos (por ejemplo que esté probado el hecho x), lo obligan a dar por probado otros hechos. En consecuencia, -nos parece- que la función principal y que siempre está presente en una norma de presunción, es la determinación de una verdad procesal y no así la de una verdad como correspondencia, la cual puede o no coincidir.

Lo anterior es paradójico, ya que para que la regla de presunción sea aceptada, la conexión que establece debe estar fundada en una regularidad, normalidad o alta probabilidad de verdad, de manera tal, que lo más seguro sea atenerse a ella. Entonces ¿cómo se puede justificar una norma de presunción en aquellos casos que pareciera no conducirnos a la verdad?

La respuesta viene dada por una segunda función que cumplen las normas de presunciones y que no se relaciona ya con la verdad, sino con el procedimiento propiamente tal. Se trata según el profesor Aguiló, de una función de distribuir la(s) carga(s) de la argumentación o de la prueba, pues lo seguro de atenerse a la regla presuntiva no estriba en que siempre y en cada caso, sea más probable la verdad del resultado que la regla arroja, sino que esas reglas son más seguras ya que quien acepta la regla de presunción y el hecho base pero rechaza la conclusión, debe correr con la carga de mostrar que el caso en cuestión es una excepción a la regla de la presunción¹⁰⁶.

¹⁰⁵ En este mismo sentido se pronuncia el profesor Aguiló (AGUILÓ REGLA, Josep, “Presunciones, verdad y normas procesales”, en *Isegoría, Revista de Filosofía moral y política* N° 35, julio-diciembre 2006, p.13).

¹⁰⁶ AGUILÓ REGLA, Josep., “Presunciones, verdad y normas procesales”, en *Isegoría, Revista de Filosofía moral y política* N° 35, julio-diciembre 2006, p.13 y 14.

En este sentido, insistimos nuevamente con la idea ya planteada en orden a sostener que “la función primaria que cumplen las normas de presunción no es tanto establecer una verdad material cuanto una verdad procesal, procedimental o dialéctica”¹⁰⁷.

Así por ejemplo: Verdad procesal, existe tanto en los casos señalados con el número (i) y (ii) precedente, pero verdad como correspondencia (material) nos parece que sólo existe en el número (i) y que para que exista en el número (ii) es necesario un respaldo más allá de la norma de presunción, que en este caso, estaría dado por una prueba científica de ADN.

Incluso más, podríamos generalizar y decir que aquellas normas de presunciones que se basan tal como en el caso (i) precedente, en un “es presumible”, apuntan en principio tanto a la verdad procesal, cuanto a la verdad material. En cambio aquellas presunciones como las de caso (ii) precedente, y que se basan en un “se presumirá” (o debe presumirse), apuntan principalmente a que el destinatario de la norma (el juez) actúe en el sentido de realizar la conexión, pero no le está pidiendo que crea en ella¹⁰⁸.

En suma, ante la pregunta de si las presunciones ayudaban o no a averiguar la verdad, me parece que la respuesta es *prima facie* “hay que distinguir”, y luego responder derechamente que no.

Digo que hay que distinguir, pues las normas de presunciones basadas en un “es presumible”, a diferencia de las que se basan en un “se presumirá” sí tienen detrás una lógica de la forma normal como ocurren las cosas ayudando de esa forma a determinar la verdad, y en consecuencia aplicando esta distinción responderíamos que un tipo de normas de presunción ayuda, mientras que la otra no.

Pero tal como dije anteriormente, me parece que ni aún haciendo esa distinción podemos decir que las presunciones ayudan a determinar la verdad de los hechos, pues

¹⁰⁷ AGUILÓ REGLA, Josep, “Presunciones, verdad y normas procesales”, en, Isegoría, Revista de Filosofía moral y política N° 35, julio-diciembre 2006, p.16. Hacemos presente en todo caso, que a lo que el autor se refiere como verdad material, es lo que nosotros hemos preferido llamar verdad como correspondencia.

¹⁰⁸ Así por ejemplo, “el funcionario del Registro Civil está obligado a dar por acreditada la paternidad como consecuencia de la presunción de paternidad con independencia de cualquier información o conocimiento que tenga sobre la conducta sexual del matrimonio en cuestión”, AGUILÓ REGLA, Josep, “Presunciones, verdad y normas procesales”, en, Isegoría, Revista de Filosofía moral y política N° 35, julio-diciembre 2006, p.16.

en estos casos las presunciones no son más que razonamientos inductivos, meramente probables, y que en consecuencia no entregan más que una probabilidad de verdad, un intento de certeza. Ello no está mal, pero no se requiere de una norma para que el juez llegue a esas conclusiones. En efecto, si se hunde el barco en que navega una persona, no se requiere de una norma que establezca las causales de fallecimiento presunto para poder –valga la redundancia- *presumir* su muerte. Basta sentido común para ello. Es el sentido común, la experiencia, la que entrega la *máxima de experiencia* y es en ese sentido que concluimos que no se hace necesario la existencia de una norma de presunción.

Ahora bien, a partir de esta respuesta me parece que necesariamente debemos hacernos la siguiente pregunta: Si hemos concluido que las presunciones no son un aporte en la búsqueda de la verdad ¿por qué entonces tenerlas en nuestro ordenamiento, no será mejor derogarlas?

Y la respuesta a ello, me parece que es un rotundo no. Existen al menos, las siguientes tres razones de porque no es necesario derogarlas de nuestro ordenamiento, e incluso –como veremos en la razón tercera- porque sí conviene mantenerlas.

En primer lugar, una razón muy simple: de la constatación que las presunciones no ayuden a determinar la verdad de los hechos, no se sigue en ningún caso que éstas impidan o limiten su determinación. Sostener lo contrario sería una falacia.

En segundo lugar, y muy relacionado con lo anterior, es que una característica que tienen las normas de presunciones por antonomasia, es su derrotabilidad¹⁰⁹, y sea que se trate de presunciones que admitan o no prueba en contrario.

Aceptar que una presunción es derrotable, es asumir que estamos dispuestos a modificar la conclusión si nueva información es proporcionada.

¹⁰⁹ En este sentido encontramos, PEÑA Lorenzo “La inferencia de hechos presuntos en la Argumentación Probatoria” en Anuario de Filosofía del Derecho, quien señala: “En definitiva, la característica común que comparten las inferencias presuntivas, tanto en el Derecho como en el razonamiento común, es su derrotabilidad (defeasibility); es decir, que la presunción puede ser destruida o anulada” (p.2); por su parte, el profesor Daniel Mendonca siguiendo a Ullman Margalir se refiere a las presunciones señalando “entre otras cosas que son vencibles, superables, revisables, derrotables” MENDONCA, DANIEL, “Presunciones”, en DOXA, Cuadernos de Filosofía, N° 21-1998, p.83-98.

Existen tres formas de oponerse al hecho presumido (conclusión de la presunción) según el profesor Aguiló, y estas serían¹¹⁰:

- i) Impugnar la conexión, -que hemos denominado también como “garantía”-. Se trata en el fondo de señalar que a partir de “*p*” no necesariamente se debe seguir “*q*”.
- ii) Negar la ocurrencia del hecho base, y en consecuencia, bloquear la presunción. Señalar que no ha ocurrido “*p*”.
- iii) Aceptar tanto la regla de presunción como la ocurrencia del hecho base, pero exceptuar la regla de presunción mostrando, bien que la conclusión es falsa, bien que hay indicios para creer que el caso es una excepción a la regla, vale decir, presentando las denominadas “condiciones de refutación” de la teoría de la argumentación de Toulmin.

Estas formas de derrotar el razonamiento presuntivo están dichas en términos genéricos, por lo que para saber si se pueden o no aplicar a alguna presunción en particular, es necesario distinguir primero si se trata de una presunción *iuris tantum*, o bien de presunciones *iuris et de iure*¹¹¹.

Las presunciones *iuris et de iure* al no admitir prueba en contrario, podría – erradamente- pensarse que no son derrotables, pero “conviene advertir que, al afirmar que se prohíbe la prueba en contrario, no quiere decirse que no se pueda aportar prueba para destruir el fundamento de la presunción, es decir, la proposición base. Lo que la ley no permite, es atacar el enlace de la presunción o probar la inexistencia del hecho presumido, pero nada impide justificar que el hecho que se invoca como antecedente no existe (o no ha existido)”¹¹².

De lo anterior podemos concluir que las presunciones *iuris tantum*, son destruibles por cualquiera de las tres formas señaladas precedentemente, en cambio, las

¹¹⁰ Estas formas, las encontramos en AGUILÓ REGLA, Josep, “Presunciones, verdad y normas procesales”, en, Isegoría, Revista de Filosofía moral y política N° 35, julio-diciembre 2006, p.13

¹¹¹ En relación a la denominación de las presunciones, hemos preferido seguir a la doctrina extranjera que denomina así a las denominadas en nuestro sistema presunciones legales y de derecho respectivamente.

¹¹² MENDONCA, Daniel, “Presunciones”, en DOXA, Cuadernos de Filosofía, N° 21-1998, p.97

presunciones *iuris et de iure*, sólo podría serlo por la segunda de las formas señaladas, esto es, atacando la existencia del hecho base.

En suma, que de las normas de presunciones se sigan verdades procesales, no va en contra de la búsqueda de la verdad de los hechos como fin del proceso, pues como vimos estas presunciones son derrotables, y por tanto podríamos perfectamente concluir que estas normas van a operar en subsidio de la verdad como correspondencia. Sólo cuando las partes no hayan podido probar un determinado hecho, el juez deberá dar por ocurrido lo que la norma de presunción le indique, y en ese sentido, las presunciones le sirven de mecanismo al juez para resolver aquellos casos en que existe cierta incertidumbre acerca de si se ha producido o no determinadas circunstancias.

Hasta el momento, hemos aceptado la existencia de presunciones pues éstas por un lado se justifican en consideraciones probabilísticas (es más menos frecuente que si ocurre “p” también ocurra “q”), y por otro, en que si logramos demostrar que este efecto no ocurre en la circunstancia en particular, vamos a preferir siempre la verdad empírica, pues las presunciones como vimos, son derrotables.

Pero además, existe un tercer tipo de razones según las cuales es conveniente que existan presunciones en nuestro ordenamiento, y éstas apuntan ya no a consideraciones probabilísticas, sino a que por medio de ellas, conseguir otros tipos de valores, -distintos a la búsqueda de la verdad-, como lo es por ejemplo la protección del orden familiar en el caso de la presunción de “paternidad matrimonial”.

Lo cierto en conclusión, es “que tiene pleno sentido dictar normas de presunción aun cuando en su justificación no subyazca un “es presumible”¹¹³, pues como diría la profesora Marina Gascón “la función de las presunciones *iuris tantum* no es describir la verdad, ni siquiera como verdad hipotética, sino que se enderezan directamente a garantizar ciertos valores distribuyendo la carga de la prueba”¹¹⁴.

¹¹³ AGUILÓ REGLA, Josep, “Presunciones, verdad y normas procesales”, en, Isegoría, Revista de Filosofía moral y política N° 35, julio-diciembre 2006, p.19.

¹¹⁴ GASCÓN ABELLÁN, Marina, “Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba”, Editorial Marcial Pons, 2 edición, Barcelona 2004, p.141.

En conclusión, las presunciones son medios técnicos para garantizar ciertos valores en situación específica, creer que las presunciones son siempre una descripción de la realidad, es un error, pero es un error nuestro, por no tener claro que si no ha habido prueba en contrario, empíricamente sólo puede constatarse la duda, y no que la presunción sea cierta.

Y así en consecuencia, tal como sostuvimos que la verdad como correspondencia alcanzable en un proceso es sólo relativa y contextual, lo mismo debemos sostener de las presunciones, y no pretender que éstas si nos otorgarán una certeza absoluta. Lo contrario, no sería sino dar un paso atrás y volver a creer en las presunciones como prueba reina de un sistema de prueba legal o tasada.

2.3.2 PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y VALOR EPISTEMOLÓGICO

En el apartado anterior concluíamos que las presunciones claramente no son un instrumento epistemológico, no están destinadas a ayudar en la búsqueda de la verdad, sin embargo, no por eso debemos intentar excluirlas del ordenamiento jurídico.

En este apartado en todo caso, queremos referirnos a una presunción en particular, como es la presunción de inocencia, que es hoy por hoy, un presupuesto básico de todo Estado democrático de Derecho, y tratar de responder a la siguiente pregunta: ¿Es la presunción de inocencia una garantía dirigida a la búsqueda de la verdad?

El catedrático italiano Luigi Ferrajoli y el magistrado español Perfecto Andrés Ibáñez nos responderían sin lugar a dudas que sí. En efecto, para el primero la presunción de inocencia es fruto de una opción garantista y se encuentra dentro de las reglas jurídicas expresamente epistemológicas, pues señala que “cuando la inocencia de los ciudadanos no está asegurada, tampoco lo está su libertad. En consecuencia, (...) la presunción de inocencia no es sólo una garantía de libertad y verdad”¹¹⁵.

¹¹⁵ FERRAJOLI, Luigi, “Derecho y Razón”, Editorial Trotta, 5ª Edición, Madrid, 2001, p.549. El énfasis es nuestro.

El segundo por su parte, afirma que el principio de presunción de inocencia juega un papel central en la epistemología judicial, “en la que no se limita a operar como regla de juicio, sino como verdadero eje de sistema”¹¹⁶. Todavía más, agrega que “la *búsqueda de la verdad* ha de ser ajena a otro interés que no sea precisamente ése. Hablo en este caso de interés como *interés epistemológico* que tiene la expresión legal en el principio de presunción de inocencia”¹¹⁷. Vale decir, el fin del proceso es la búsqueda de la verdad, y dentro de ese fin, la presunción de inocencia tiene un rol fundamental. Finalmente, siguiendo a Ferrajoli, también señala que las garantías penales y procesales, además de garantías de libertad, son garantías de verdad, lo que les daría a estas garantías – pensando principalmente en la presunción de inocencia- un sentido también epistemológico¹¹⁸.

Asimismo, -siguiendo a Copi¹¹⁹- asimila la presunción de inocencia con la falacia del *argumentum ad ignorantiam* (o denominada simplemente falacia *ad ignorantiam*) “que se comete cuando se sostiene que una proposición es verdadera simplemente sobre la base que no se ha probado su falsedad (...) y que es falaz en todos los contextos excepto en uno: la corte de justicia”¹²⁰.

Ahora bien, no estamos de acuerdo ni con (i) que la presunción de inocencia, sea un caso de falacia del *ad ignorantiam*; ni con (ii) que la presunción de inocencia sea una garantía de verdad.

(i) En relación a lo primero, dijimos que esta falacia¹²¹ se comete cuando se sostiene que algo es verdadero, simplemente porque no se ha probado su falsedad. Así por ejemplo sería verdadero que vivimos rodeado de duendes, sólo porque usted no me puede probar lo contrario. En efecto, este tipo de falacias, encuentra un terreno fértil en las situaciones en que es imposible confirmar o refutar una afirmación, como son aquellos

¹¹⁶ IBÁÑEZ, Perfecto Andrés, “Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal”, publicado en DOXA, Cuadernos de Filosofía, N° 12-1992, p.274.

¹¹⁷ IBÁÑEZ, Perfecto Andrés, “Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal”, publicado en DOXA, Cuadernos de Filosofía, N° 12-1992, p.266.

¹¹⁸ IBÁÑEZ, Perfecto Andrés, “Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal”, publicado en DOXA, Cuadernos de Filosofía, N° 12-1992, p.284.

¹¹⁹ COPI I.M. “Introducción a la lógica”, Eudeba, 1969, p.65.

¹²⁰ IBÁÑEZ, Perfecto, Andrés, “Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal”, publicado en DOXA, Cuadernos de Filosofía, N° 12-1992, p. 273-274.

¹²¹ Sobre esta falacia, ver www.usoderazon.com

relacionados con dios, la reencarnación, o los espíritus entre otros. En síntesis, se supone algo como cierto porque es imposible probar su falsedad.

En todo caso, en lo que a nuestro trabajo respecta, la importancia de esta falacia tiene que ver con el hecho que nos encontramos ante situaciones de inversión de la carga de la prueba, pues en lugar de aportar argumentos en virtud de nuestra pretensión, ésta la reafirmamos únicamente porque no se ha probado lo contrario, como si la prueba le incumbiera a quien negara la pretensión. Claramente quien tiene una pretensión, debe entregar argumentos para ello, y bajo esa lógica por ejemplo, existe el artículo 1698 del Código Civil, el cual expresamente dispone que “Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta”.

Y si en materia civil es así, más lo es todavía en materia penal, en donde el estándar de prueba es más exigente, pues no basta una prueba prevaleciente sino que se requiere que la prueba genere en los jueces una convicción *más allá de toda duda razonable*.

Por su parte, a quien rechaza una acusación –esto es, a la defensa del imputado-, ¿le corresponde probar su teoría del caso? Compartimos con Ricardo García que “quien la rechaza no precisa probar nada, porque se le presume inocente. Le basta con refutar los argumentos de la acusación”¹²².

Ahora bien, ¿constituye esta presunción de inocencia una falacia *ad ignorantiam*,? Podría pensarse que sí, pues “*El acusado es inocente porque usted no puede demostrar lo contrario*”. Al menos en ese sentido se encuentra el ya citado magistrado español.

Sin embargo, no estamos de acuerdo con ello por las siguientes razones:

- (a) No estamos ante una falacia porque la presunción de inocencia no prueba ni pretende probar la inocencia. Puede muy bien darse el caso de un culpable cuyo delito no se logre demostrar. Estamos ante una [regla prudencial](#) que, para evitar

¹²² www.usodelarazon.com

el castigo injusto de los inocentes, aconseja considerar a todos los acusados *como si fueran* inocentes mientras no se demuestre lo contrario¹²³.

- (b) Nos parece completamente acertada la crítica a esta asimilación que realiza el profesor Manuel Atienza, al señalar que “lo que hace que la presunción de inocencia no sea un caso de la falacia del *argumentum ad ignorantiam*: al utilizar ese principio, el juez no argumenta en el sentido de pasar de “no está suficientemente probado que Fulano haya cometido el delito X” a “es *verdad* que Fulano no ha cometido el delito”, sino que de la primera proposición se pasa a “Fulano *debe ser* absuelto del delito X”, es decir, la conclusión es un enunciado práctico, no teórico”¹²⁴.

En suma, no porque tanto la inocencia del imputado, como la imposibilidad de probar su culpabilidad produzcan ambos el mismo efecto práctico (absolver al imputado), debemos concluir que producen el mismo efecto teórico, pues sólo en el primer caso se probó su inocencia. En cambio en el segundo, no sabemos si es culpable o inocente, sólo sabemos que una norma nos hace presumirlo inocente mientras no se demuestre lo contrario, lo que claramente tiene un carácter práctico: evitar que pueda tener lugar un resultado indeseable, como la condena de inocentes¹²⁵.

- (ii) También señalamos por otro lado, que no creíamos que la presunción de inocencia fuese una garantía de verdad.

Acertada nos parece nuevamente la crítica que dirige a esta tesis el profesor Atienza, al señalar “lo que no parece es que la presunción de inocencia cumpla aquí un papel epistemológico. Su función no es la de servir para mejor conocer unos hechos (quien se propone simplemente conocer, como el historiador o el detective, no opera justamente con ese principio), sino la de evitar que pueda tener lugar un resultado indeseable (la condena de

¹²³ En este sentido se pronuncia el autor del diccionario de las falacias, Ricardo García (www.usodelarazon.com).

¹²⁴ ATIENZA, Manuel “Sobre la argumentación en materia de hechos. Comentario crítico a las tesis de Perfecto Andrés Ibáñez”, p.84.

¹²⁵ En este sentido encontramos a Atienza (ATIENZA, Manuel “Sobre la argumentación en materia de hechos. Comentario crítico a las tesis de Perfecto Andrés Ibáñez”, p.84.) y Marina Gascón quien entiende que al cumplir este fin práctico, la presunción tendría un fin ideológico (GASCÓN ABELLÁN, Marina, “Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba”, Editorial Marcial Pons, 2 edición, Barcelona 2004, p.142).

inocente), para lo cual se está dispuesto a asumir el riesgo de un resultado que tampoco se desea (la absolución de culpables), pero que se considera menos malo que el otro. En definitiva, la institución no responde a un interés de tipo cognoscitivo o teórico, sino de carácter práctico¹²⁶.

Frente a esta crítica Perfecto Andrés Ibáñez, quien sigue sosteniendo que esta presunción cumple un papel epistemológicos y no práctico, ha respondido que “la presunción de inocencia hasta prueba en contrario es, como sostiene Ferrajoli, *una garantía de verdad: la garantía contra la aceptación como verdaderas de hipótesis acusatorias inciertas*. La circunstancia de que se considere error judicial únicamente la condena del inocente y no la absolución del culpable es por demás elocuente¹²⁷.”

Una postura ecléctica o intermedia, la encontramos en Marina Gascón Abellán, quien cree que esta oposición no es irreductible y sostiene en cambio que desde la perspectiva epistemológica, la presunción de inocencia tiene dos vertientes. Es por un lado, una garantía de verdad de la tesis fáctica en que se funda la decisión de condena, pero de otro lado, este principio no garantiza que las decisiones absolutorias hayan satisfecho ni siquiera exigencias epistemológicas mínimas¹²⁸. Concluye la autora señalando “que sin conocimiento suficiente no puede haber condena; y en este sentido puede entenderse como una garantía epistemológica¹²⁹.”

En lo personal, y por las razones ya expuestas nos parece que en caso alguno pueda decirse que la presunción de inocencia sea una garantía de verdad¹³⁰ para los casos de

¹²⁶ ATIENZA, Manuel “Sobre la argumentación en materia de hechos. Comentario crítico a las tesis de Perfecto Andrés Ibáñez”, p.84.

¹²⁷ IBÁÑEZ, Perfecto Andrés., “De nuevo sobre la motivación de los hechos. Respuesta a Manuel Atienza” p. 88.

¹²⁸ GASCÓN ABELLÁN, Marina, “Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba”, Editorial Marcial Pons, 2 edición, Barcelona 2004, p.142

¹²⁹ GASCÓN ABELLÁN, Marina, “Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba”, Editorial Marcial Pons, 2 edición, Barcelona 2004, p.142

¹³⁰ Nos parece que la existencia de la presunción de inocencia, y el marcado carácter práctico que tiene, refuerza la tesis que sostuvimos al comienzo respecto al proceso penal, en orden a señalar que si efectivamente el fin del proceso fuese la búsqueda de la verdad, el juez ante la falta de antecedentes para fallar debiese poder solicitar prueba de oficio, pero en este caso el ordenamiento jurídico le dice al juez que, presuma la inocencia aún cuando no tenga nada para corroborarla. Lo anterior es de toda lógica, pero no por el contenido epistémico de dicha norma, sino por ser una garantía de libertad, con lo que nuevamente se confirma la tesis por nosotros sostenida, que el proceso penal garantista prefiere la libertad por sobre la verdad, y por lo mismo la principal función del juez es garantizar el cumplimiento del principio de legalidad más que la averiguación de la verdad.

absolución porque no se ha podido probar la culpabilidad. Ello lo único que conduce a la falacia del *argumentum ad ignorantiam*. Debemos tener claro que “no culpable” e “inocente”, no es lo mismo, y la presunción de inocencia al permitir que se absuelva a un “no culpable” está permitiendo que el proceso penal termine sin la verdad de los hechos, operando por tanto como una garantía (no epistemológica) de libertad¹³¹.

Por otro lado, decir que la presunción de inocencia respecto de las sentencias condenatorias es –además– una garantía de verdad, nos parece exagerado. En aquellos casos, en que el juez a partir de las pruebas presentadas llega a la convicción más allá de toda duda razonable, de que el imputado fue verdaderamente el autor del delito, no se requiere a la presunción de inocencia como garantía de verdad. En estos casos, la verdad viene dada por las exigencias epistemológicas y racionales que debe tener un proceso penal, y no por la particularidad de esta presunción.

En el mismo sentido por nosotros propuestos, encontramos a Cortés Domínguez quien sobre la conexión entre la falta de prueba y la presunción de inocencia expresa: “cuando los hechos no están probados hay que absolver, sí; pero desde el punto de vista lógico no se absuelve en esos casos porque exista la presunción de inocencia, se absuelve porque no están fijados históricamente los hechos....sólo la falta de sensibilidad y educación social y política¹³² ha determinado la necesidad formal de que se configure como derecho constitucional (art. 24.2) algo cuya lógica es esencial para evitar así condenas penales sin fundamento histórico-probatorio alguno”¹³³.

2.4 LIMITACIONES PROBATORIAS EN SENTIDO ESTRICTO

¹³¹ En este sentido se pronuncia también la profesora Marina Gascón, en GASCÓN ABELLÁN, Marina, “Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba”, Editorial Marcial Pons, 2 edición, Barcelona 2004, p.144.

¹³² Aquello es bastante cierto, pues no es menor que desgraciadamente en la historia la presunción de inocencia se transforma en presunción de culpabilidad, obligando al acusado a probar su inocencia. Ello ocurre generalmente cuando existe una preocupación social surgida por delitos graves como violaciones, narcotráfico, abuso sexual a las mujeres, etcétera. Bajo esta presunción, la sociedad parece aceptar el riesgo de castigar inocente, y a este error responde por ejemplo la falacia mencionada por Ricardo García (autor del diccionario de falacias, www.usoderazon.com), llamada Falacia McCarthy que popularizó un senador estadounidense de ese mismo apellido, quien ante la amenaza comunista señaló: “no tengo mucha información sobre las actividades de este sujeto, excepto la constancia que no hay nada en los archivos del FBI que niegue sus conexiones comunistas”.

¹³³ Vid. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V, en V. Gimeno y otros, Derecho Procesal, vol. II, Proceso Penal, p.466.

El objetivo de este apartado, es determinar en primer lugar si las reglas que establecen las determinadas limitaciones probatorias, tienen una naturaleza “epistemológica”, o bien “contra-epistemológica”, esto es, si ayudan a conseguir el fin de averiguar la verdad de lo sucedido o no.

Además, en el caso de las limitaciones que no ayuden a la búsqueda de la verdad, y que por tanto tengan un carácter “contra-epistemológico”, debemos responder una segunda pregunta que tienda a averiguar si estas reglas responden a algún otro fin o valor y por tanto su existencia se justifica en el ordenamiento jurídico, o bien, si por el contrario, no tienen ninguna razón de ser, y en consecuencia podrían ser perfectamente derogadas.

La profesora Ana María Gascón establece de partida que ciertas reglas institucionales entorpecen la averiguación de la verdad, y les atribuye por tanto, una naturaleza contra-epistemológica¹³⁴. Específicamente, se trata por un lado de aquellas que instan a una más o menos rápida resolución del conflicto (como las señaladas en el número uno y dos precedente), y por otro a las formas de justicia negociada (comentadas en el número tres precedente).

Nos interesa empero, referirnos a las limitaciones relativas a las formas de justicia negociada que afloran cada día más en el ámbito del derecho procesal penal, y a su respecto compartimos plenamente la afirmación del profesor Ferrajoli, en cuanto perturban por completo el interés epistemológico del proceso¹³⁵, con la agravante de no tener una justificación seria, pues nos parece que más que ofrecer una pronta satisfacción a la víctima “oculta razones más profundas: se intenta sustituir el principio de legalidad por el de oportunidad”¹³⁶.

Nos parece prudente, para saber si una regla es realmente una limitación a la posibilidad de conocer o averiguar la verdad, contar con algún criterio o regla epistemológica que sirva de barómetro. Así las cosas, y dado que por ahora el fin del proceso, es la averiguación de la verdad, nos parece que *cualquier elemento que permita*

¹³⁴ Véase, GASCÓN ABELLÁN, Marina, “Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba”, Editorial Marcial Pons, 2 edición, Barcelona 2004, p.126 y ss.

¹³⁵ FERRAJOLI, Luigi, “Derecho y Razón”, Editorial Trotta, 5ª Edición, Madrid, 2001, p.61.

¹³⁶ GASCÓN ABELLÁN, Marina, “Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba”, Editorial Marcial Pons, 2 edición, Barcelona 2004, p.128. En este mismo sentido, RUSCONI, M. A., “Pincipio de Inocencia e *in dubio pro reo*”, en Jueces para la democracia, núm. 33, noviembre 1998, p. 53.

aportar información relevante sobre los hechos que se juzgan debe poder usarse, y por consiguiente cualquier norma que impida que se aporte cierta información, será una norma contra-epistemológica.

Empero, sabemos que la averiguación de la verdad no puede funcionar de modo completamente libre, pues la verdad no es el único fin del proceso. La libertad, la seguridad y la dignidad, son al menos otros valores ideológicos que deben estar presentes en la regulación procesal, y por ello nos parece correcto aseverar que la institucionalización del proceso incorpora o puede incorporar importantes limitaciones a la regla epistemológica antes referida¹³⁷.

En suma, -y relacionado además con la segunda pregunta planteada anteriormente- nos corresponde ahora al analizar ciertas limitaciones, si es que éstas son o no justificables desde la perspectiva de estos otros valores ideológicos que deben estar presente en el proceso. Valores que por cierto, representan la impronta *garantista* que se le debe dar al proceso.

La primera limitación que nos parece importante estudiar, es aquella establecida en el artículo 341 del CPC¹³⁸ en orden a establecer taxativamente los medios¹³⁹ de prueba.

Esta norma al regular los medios de prueba admisibles en juicio, señala en principio un *numerus clausus*, lo que significa finalmente, darle validez única y exclusivamente a los medios de prueba señalados en el propio artículo, y desconocer cualquier aptitud gnoseológica que pudiesen tener otros medios probatorios distintos a los allí señalados.

¹³⁷ En este sentido se pronuncia la profesora Marina Gascón, quien establece que tales excepciones se pueden incorporar tanto sobre los medios de prueba, como sobre los elementos de prueba, y al respecto, siguiendo al profesor Montero Aroca, entiende “que por “fuente” de prueba se designa todo aquello con lo que se verifican las afirmaciones vertidas en el proceso, a diferencia de “medio”, que sería el tipo de actividad con que la fuente se introduce en el proceso: así en la prueba testifical, la fuente es el testigo y su conocimiento; el medio es el testimonio”, GASCÓN ABELLÁN, Marina, “Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba”, Editorial Marcial Pons, 2 edición, Barcelona 2004, p.129.

¹³⁸ Art. 341: Los medios de prueba de que puede hacerse uso en juicio son: (i) Instrumentos; (ii) Testigos; (iii) Confesión de parte; (iv) Inspección personal del tribunal; (v) Informes de peritos; y (vi) Presunciones.

¹³⁹ Preferimos usar el término “medios de prueba” pues éste es el que emplea el Código. No obstante, si siguiéramos la distinción planteada por el profesor Montero Aroca deberíamos decir que algunos de ellos, se corresponden más bien a “fuentes” de prueba.

Justamente, en esto último, es donde radica el déficit o limitación de esta norma, pues “entorpece la incorporación de los nuevos avances probatorios, que no tendrían cabida en una interpretación restrictiva de la norma”¹⁴⁰. En todo caso, no es menos cierto que en los sistemas legales que adoptan este tipo de normas, tanto la doctrina como la jurisprudencia tienden a hacer una interpretación extensiva de los medios, por lo que no aparecen mayores problemas.

Sin embargo, nos parece que las limitaciones probatorias más importantes, y de las que más hay que *temer* que existan en nuestro ordenamiento, son aquellas que se refieren ya no a los medios de prueba admisibles, sino a establecer que no se podrán probar ciertos hechos más que con determinados medios de prueba prefijados en la ley.

Ejemplo obligado de lo anterior, lo encontramos en los artículos 1708 y 1709 de nuestro Código Civil, los cuales disponen respectivamente que “(Art. 1708) No se admitirá prueba de testigos respecto de una obligación que haya debido consignarse por escrito” y que “(Art. 1709) Deberán constar por escrito los actos o contratos que contienen la entrega o promesa de una cosa que valga más de dos unidades tributarias”

En síntesis, estos artículos establecen como sanción una grave limitación probatoria. Si lo que se quiso con estas normas fue darle seguridad jurídica a los actos o contratos que contengan obligaciones superiores a cierto valor, podríamos decir parafraseando un clásico refrán popular que “*el remedio fue peor que la enfermedad*”, toda vez que se impide sin excepción ni racionalidad alguna, aportar *información relevante sobre los hechos que se juzgan*.

Finalmente respecto de este tipo de limitaciones, podemos concluir sin mayores contendores –supongo–, que no se justifican en caso alguno. Se trata simplemente de reglas que van contra el fin epistemológico que apunta a la averiguación de la verdad, y no defienden ningún valor. Se trata simplemente de resquicios de épocas pasadas que hoy más conviene eliminarlos que mantenerlos, y en consecuencia, nos parece que las

¹⁴⁰ GASCÓN ABELLÁN, Marina, “Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba”, Editorial Marcial Pons, 2 edición, Barcelona 2004, p. 129

normas que limitan ya sea los medios probatorios o bien que obligan a probar un tipo de hecho por determinados medios de prueba, se deben simplemente derogar.

Existe además otro tipo de limitaciones a las que no hicimos referencia al inicio, pero que claramente se encuentran presente en nuestro ordenamiento procesal-civil. Se trata de “limitaciones de prueba que coadyuvan a la averiguación de la verdad rechazando o minusvalorando pruebas con bajo valor gnoseológico”¹⁴¹

Se refieren el fondo de normas que, tal como el artículo 383 del CPC¹⁴² están orientadas a evitar la presencia de pruebas que debido a su debilidad epistemológica, puedan influir en la obtención de una verdad “torcida”.

El escrito anónimo, el testimonio de oídas, y principalmente la tortura son ejemplos representativos de este tipo de limitaciones, que tienen por fin señalarle al juez que en lo posible haga caso omiso de ellas, pues siguiendo la idea J.P. Forner en su discurso sobre la tortura, son medios de prueba que no cabe más que un grado de probabilidad, y éste es tan bajo, que siempre es inferior al menos de los indicios¹⁴³.

La exclusión de este tipo de pruebas, nos parece en conclusión completamente acertada pues se justifica -no sólo en los ideales del humanismo respecto de la tortura- sino también en asignarle un importante valor a la verdad como correspondencia. En todo caso, hacemos presente que no nos parece necesario que deba existir una norma que le señale al juez el valor exacto que debe tener este tipo de pruebas, sino que creemos firmemente que un juez en su *sana crítica* va a saber el bajo valor epistemológico que este tipo de pruebas le puede aportar.

¹⁴¹ GASCÓN ABELLÁN, Marina, “Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba”, Editorial Marcial Pons, 2 edición, Barcelona 2004, p.131

¹⁴² Este artículo es un claro ejemplo, más que de una limitación probatoria propiamente tal, de una limitación a la forma en que se debe valorar la prueba, al establecer que “Los testimonios de oídas, esto es, de testigos que relatan hechos que no han percibidos por sus propios sentidos y que sólo conocen por el dicho de otras personas, únicamente podrán estimarse como base de una presunción judicial”.

¹⁴³ Vid. FORNER, J. P, en “Discurso sobre la tortura”: “En el tormento no hay ni cabe más que un grado de probabilidad y éste es tan débil, tan frágil, que siempre es inferior al menos de los indicios intrínsecos, y es igual, cuando más, al menos de los indicios extrínsecos, es decir, a un testigo no idóneo”.

Por último, no quisiésemos terminar este apartado sin hacer ciertas referencias a la prueba ilícita¹⁴⁴. Claramente, este tema da para escribir una obra completa, pero valgan al menos ciertos comentarios –obviadas quizás- sobre la justificación de las normas que, como el artículo 276 del Código Procesal Penal¹⁴⁵, excluyen la posibilidad de presentar en la audiencia de juicio oral, la denominada prueba ilícita.

Esta prohibición es algo bastante asumido para todos quienes nos formamos estudiando un proceso penal garantista, pero claro está que es un límite importante a la búsqueda de la verdad, por lo que vale la pena preguntarse, siguiendo a Jordi Nieva ¿es legítimo que el ordenamiento jurídico aparte a la visión del juez de ciertos medios de prueba, máxime cuando estos podrían llevar auténticamente a la averiguación de la verdad?¹⁴⁶

La respuesta a la pregunta es sin lugar a dudas que es legítimo dicha privación y limitación, y los fundamentos son variados, pero encontramos entre ellos por ejemplo: (i) se pretende con esta limitación que la actividad policial no degenera en una labor llevada a cabo por justicieros para los cuales no hay límites; (ii) por sobre todo, se persigue que efectivamente los derechos fundamentales sean una garantía de los ciudadanos, puesto que de qué servirían dichos derechos fundamentales si en cualquier proceso pudiesen ser vulnerados¹⁴⁷; y además (iii) como corolario de lo anterior, se entiende que una excesiva libertad de los cuerpos de seguridad, traería como consecuencia que la presencia de pruebas falsas sea muchísimo más fácil¹⁴⁸.

¹⁴⁴ Referencias además menores, puesto que en el estado actual de los ordenamientos la prueba ilícita es más bien una limitación en los procesos penales, y como lo hemos señalado anteriormente, el fin de este trabajo es desentrañar los fines de un proceso civil.

¹⁴⁵ Artículo 276 CPP, inciso 3: Exclusión de pruebas para el juicio oral: “Del mismo modo, el juez excluirá las pruebas que provinieren de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas y aquellas que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales”.

¹⁴⁶ El profesor Nieva Fenoll, se hace una pregunta similar, toda vez que entiende a la prueba ilícita como limitación a la libre valoración de la prueba. Además agrega que “la cuestión es sociológicamente muy polémica, porque la ciudadanía acostumbra a no entender los “peros” jurídicos a la valoración de ciertas pruebas que, todo hay que decirlo, han podido llevar auténticamente a la averiguación de la realidad de los hechos”, NIEVA FENOLL, Jordi, “La Valoración de la Prueba”, editorial Marcial Pons 2010, p.190.

¹⁴⁷ En este sentido, veáse , NIEVA FENOLL, Jordi, “La Valoración de la Prueba”, editorial Marcial Pons 2010, p.191; y también GASCÓN ABELLÁN, Marina, “Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba”, Editorial Marcial Pons, 2 edición, Barcelona 2004, p.133.

¹⁴⁸ NIEVA FENOLL, Jordi, “La Valoración de la Prueba”, editorial Marcial Pons 2010, p.191

En suma, si bien la existencia de esta institución impide en ciertos casos la obtención de los hechos que en realidad ocurrieron, no es menos cierto que (i) se evita en tantos otros la obtención de pruebas de bajo valor epistémico; e (ii) impide el salvajismo que existía antaño en las investigaciones.

Así las cosas, las normas que impiden la presentación de prueba ilícita no obstante su marcado carácter “contra-epistemológico”, son justificadas en un ordenamiento, puesto que como diría la destacada profesora Marina Gascón “estamos así ante una garantía (contraepistemológica) de libertad, y en ningún caso ante una garantía epistemológica de verdad. Es más la prueba ilícitamente obtenida plantea siempre el dilema de tener que optar por la averiguación de la verdad o por la garantía de la libertad; y desde luego su desestimación (o su prohibición) supone la opción por la protección de la libertad en detrimento de la averiguación sin restricciones de la verdad: la verdad no puede ser investigada a cualquier precio”¹⁴⁹.

2.5 CONCLUSIÓN.

Al inicio del capítulo, partimos citando la tesis de Bentham para quien la única “regla” probatoria, debiese ser la inclusión de todos los elementos que puedan ayudar a descubrir la verdad, impidiendo la exclusión de cualquier prueba relevante, pero luego, estudiamos que en realidad los sistemas jurídicos en general y el chileno en particular¹⁵⁰, tienen una serie de normas que excluyen pruebas relevantes, sacrificando la averiguación de la verdad y fundamentado en que ésta, si bien es un fin, no es en absoluto el único.

¹⁴⁹ GASCÓN ABELLÁN, Marina, “Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba”, Editorial Marcial Pons, 2 edición, Barcelona 2004, p.133.

He aquí un tercer argumentos (además del que impide al juez realizar prueba de oficio en los procesos penales y la presunción de inocencia), para sostener que en realidad el fin máximo del proceso penal no es tanto la averiguación de la verdad, como lo es la efectiva aplicación de garantías, puesto que –sin ánimo de criticar– las garantías de libertad son más importantes que las de verdad.

¹⁵⁰ Si bien hicimos un análisis de la actual legislación chilena, valga la pena señalar que la gran mayoría de las instituciones señaladas son comunes a todos los ordenamientos jurídicos, sea que pertenezcan al sistema continental o al *common law*. De hecho en estos sistemas, todas las reglas probatorias que existen son de exclusión, pues por el sistema propio de jurados con que cuentan, no existen mayores reglas de valoración. En efecto, Twining señala que las tesis abolicionistas propuestas por Bentham han tenido éxito en lo que a reglas de valoración se refiere, por ser éstas inexistentes, pero no lo han tenido tanto respecto de las reglas de exclusión, las que por cierto existen, generando un basto conjunto de normas sobre admisibilidad y exclusión de la prueba. (Véase, FERRER BELTRÁN, Jordi, “La prueba es libertad pero no tanto. Una teoría de la prueba cuasi-benthamiana”, publicado en “Formación y valoración de la prueba en el proceso penal”, ACCATINO, DANIELA (coordinadora), Abeledo Perrot (LegalPublishing), 2010, p.40,41).

Al respecto dos comentarios. Tener claro por un lado que el aceptar limitaciones probatorias no significa renunciar a la verdad, ni creer como los partidarios de la denominada por Taruffo “*imposibilidad práctica*” que dadas las limitaciones debamos renunciar a la búsqueda de la verdad en el proceso. No creemos tampoco que, por el hecho de existir reglas procesales relativas a la prueba y más precisamente al proceso de fijación de los hechos, la prueba judicial o jurídica se aparte de la noción general de prueba, como sí lo cree Carnelutti¹⁵¹.

En efecto, dicho autor lleva al extremo las consecuencias de limitar la libertad de prueba al afirmar que “la verdad es como el agua: o es pura o no es verdad. Cuando la búsqueda de la verdad material está limitada en el sentido de que ésta no puede ser conocida en todo caso y mediante cualquier medio, con independencia de si el límite es más o menos riguroso, el resultado es siempre el mismo: no se trata ya de una búsqueda de la verdad material, sino de un proceso de fijación formal de los hechos”¹⁵².

Ahora bien, nosotros por el contrario, creemos con el profesor Ferrer que “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, serán también más bajas”¹⁵³.

Así las cosas –y esto es lo segundo que quisiera señalar- el verdadero problema entre la libertad probatoria y la existencia de limitaciones a la misma, no es la renuncia a la búsqueda de la verdad como fin del proceso y la prueba, sino analizar y juzgar si la regla de exclusión está justificada y si existen otros medios para alcanzar el fin protegido por esa norma, que no sea precisamente la exclusión.

¹⁵¹ Carnelutti sostiene que “de forma general, probar significa, en efecto, demostrar la verdad de una proposición afirmada. En cambio, en el ámbito jurídico, el control de los hechos controvertidos por parte del juez puede no realizarse mediante la búsqueda de su verdad, sino mediante los procedimientos de fijación formal... Si la ley da cuenta de esos procesos bajo el nombre de prueba, esto supone que el contenido propio del vocablo en el lenguaje jurídico se altera y deforma. Probar, en efecto, ya no significará demostrar la verdad de los hechos controvertidos, sino determinar o fijar formalmente los hechos mediante determinados procedimientos”, CARNELUTTI, Francesco, “La prueba civil”, 2º ed., Edición del Ateneo, p.55.

¹⁵² CARNELUTTI, Francesco, “La prueba civil”, 2º ed., Edición del Ateneo, p. 33, 34.

¹⁵³ FERRER BELTRÁN, Jordi, “La prueba es libertad pero no tanto. Una teoría de la prueba cuasi-benthamiana”, publicado en “Formación y valoración de la prueba en el proceso penal”, ACCATINO, DANIELA (coordinadora), Abeledo Perrot (LegalPublishing), 2010, p.11.

En este orden de cosas, para evaluar si las reglas de exclusión están justificadas, tendremos que recurrir por un lado a su finalidad teleológica, como también a una cuestión valorativa.

La búsqueda de la verdad, la protección de los derechos fundamentales, la inviolabilidad del domicilio y la correspondencia, la celeridad en la función judicial, son todos valores¹⁵⁴ o principios que se pueden encontrar en contraposición en más de alguna oportunidad con la búsqueda de la verdad, y la decisión sobre qué valor primará no es una decisión epistemológica (pues si lo fuera, se preferiría siempre la averiguación de la verdad), sino política y moral.

La conclusión anterior no es ligera, pues significa sostener que el derecho probatorio no es una cuestión eminentemente epistemológica como lo pretendían las tesis racionalistas estudiadas anteriormente, y esto por dos razones.

Primero, porque la epistemología –como nos diría Stein-, “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 aceptar como verdadera la hipótesis. Es decir, la epistemología no puede determinar los estándares de prueba”¹⁵⁵.

Segundo, porque –tal como lo venimos señalando- los conflictos que se producen no son entre la epistemología (entendida como actividad neutral desde el punto de vista valorativo) y ciertos valores morales, sino entre distintos valores y por tanto requiere de una decisión política por parte del legislador para que la resuelva.

Se trata en consecuencia de un conflicto entre principios, el cual debe resolverse ponderándolos. En efecto, la averiguación de la verdad no es una norma que obligue de forma imperativa a hacer algo, sino que es un principio, esto es, una “norma que ordena

¹⁵⁴ Jordi Ferrer también comparte la idea que son todos valores. Sin embargo, para él la averiguación de la verdad no tiene estructuralmente la misma posición de los demás. Véase ““La valoración racional de la prueba”, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 29-40.

¹⁵⁵ Vid. STEIN, A., “Foundations of Evidence Law”, Oxford University Press, Oxford, 2005, p.121-122.

que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible”¹⁵⁶. Son “mandatos de optimización” nos diría Robert Alexy, y como tal, se caracteriza porque pueden ser cumplidos en distintos grados, dependiendo de las posibilidades fácticas y jurídicas, las que se determinan en importante medida, mediante los principios que juegan en sentido contrario¹⁵⁷.

Concluimos este apartado con una frase de los profesores Alchourron y Bulygin que creemos refleja con una claridad envidiable el pensamiento que aquí hemos tratado de exponer al señalar que “el que el procedimiento tendiente a determinar los hechos termine en una decisión del juez, basada en la prueba producida en un lapso limitado, no altera el hecho de que este procedimiento pretende determinar la verdad y que el juez está obligado de buscar la verdad. Un fracaso en la determinación de la verdad –mientras sea ocasional- no invalida la decisión del juez, que es considerada válida y produce por ende todos sus efectos jurídicos. Este es el precio que el derecho está dispuesto a pagar en aras de la seguridad y de la paz social, esto es, por poder resolver los conflictos sociales dentro de ciertos límites temporales”¹⁵⁸.

¹⁵⁶ ALEXY, Robert, “Teoría de la argumentación jurídica”, Palestra Editores, Lima, 2007, p.458

¹⁵⁷ En este sentido véase ALEXY, Robert, “Teoría de la argumentación jurídica”, Palestra Editores, Lima, 2007, especialmente p.458-459, y en general todo el capítulo.

¹⁵⁸ ALCHOURRON, Carlos y BULYGIN, Eugenio, “Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico”, en “Análisis lógico del Derecho”, Centro de estudios Constitucionales, Madrid, p.313. El énfasis es nuestro.

CAPÍTULO 3: LA PRUEBA¹⁵⁹

La prueba ha de ser quizás, la fase más importante de un proceso judicial, pues no en vano parece ser cierto el aforismo que reza que *“un juicio se gana o pierde en la prueba”*¹⁶⁰, pues la prueba es el instrumento que utilizan las partes para incorporar al juicio elementos que afirmen la veracidad de sus enunciados.

Para los efectos de esta memoria, no pretendemos desarrollar todos los puntos a los que se refiere una Teoría General de la Prueba, y que tiende a responder las preguntas de: ¿qué se prueba?; ¿cómo se prueba?; y la valoración que debe hacer el juez de esa prueba¹⁶¹.

Por el contrario, en lo sucesivo, pretendemos más que responder qué se prueba, hacer (i) una precisión acerca de lo que se prueba, y (ii) hacer un análisis sobre las diferentes funciones que puede tener la prueba, señalando en cada caso la epistemología y concepto de verdad que propugna cada función, para así concluir, determinando cuál de estas funciones es más acorde al *proceso epistemológico* que tiene por fin averiguar la verdad que proponemos.

3.1 QUÉ SE PRUEBA

¹⁵⁹ Nos parece que al hablar de la prueba, no es necesario como lo hicimos con el proceso de distinguir entre proceso civil y penal en razón de las especialidades particularidades que tiene cada uno, sino que por el contrario, siguiendo a Jordi Ferrer, nos parece que no existen diferencias conceptuales entre la prueba, civil, penal, administrativa, laboral, (Véase, FERRER BELTRÁN, Jordi, “Prueba y verdad en el derecho”, Editorial Marcial Pons 2º edición 2005, p, 17).

Asimismo, nos hace pleno sentido la frase de Sentís Melendo quien señala que “el estudio de la prueba hay que plantearlo sin la preocupación de si la prueba es la civil o la penal, porque creo que se incurre en el mayor de los errores al distinguir entre ellas: la prueba es la misma en la justicia civil que en la justicia penal, en la del trabajo que en la administrativa; y hasta puede decirse que es la misma en la actividad judicial que fuera de ella”. (SENTÍS MELENDO, V., “La prueba”, Ed. Ejea, Buenos Aires, p.10).

En este mismo sentido se inclina también el autor argentino Osvaldo Gozaíni, para quien “la diferencia entre la prueba civil y la penal, no existe, porque la producción es la misma y rige en ambos casos el principio de adquisición, según el cual la prueba que llega al proceso es de él y no de las partes. La distancia puede estar en el sistema de apreciación, y en los grados de certeza que se exigen”, Gozaíni, Osvaldo Alfredo, “Obtención y valoración de la prueba ilícita”, en “Proceso Civil: Hacia una nueva justicia Civil”, de la Oliva, Andrés y Palomo V, Diego I, coord., 1 Editorial Jurídica, 1 edición, 2007, p.340 (nota 4).

¹⁶⁰ En efecto, Taruffo, siguiendo a Twining, establece que “los hechos tienen que ser “tomados en serio”; muchos casos se ganan o pierden “en los hechos”, dependiendo de si el demandante tuvo éxito en probar los hechos en que se fundamenta su demanda, TARUFFO, MICHELE, “Narrativas Judiciales”, en Revista de Derecho, Vol. XX, N°1 Julio 2007, p. 239.

¹⁶¹ Para esos efectos, recomendamos el texto sobre prueba parte general del profesor Taruffo, denominado “La Prueba”, Ed. Marcial Pons, 2008.

Hemos querido destacar este tema, no porque pretendamos hacer una extensa explicación sobre lo que se prueba, sino únicamente para hacer una prevención sobre lo que hoy se entiende qué se prueba.

Lo anterior, en virtud que tradicionalmente se ha señalado que lo que se prueba en juicio son los hechos, hoy la doctrina está conteste en que no son los hechos en sí mismos los que se prueba.

En efecto, los hechos no pueden ser probados en sí mismos. Como dice el profesor Serra Domínguez, “no puede probarse una mesa ni un contrato ni una obligación. Lo único que puede probarse es el enunciado que afirma la existencia de una mesa en mi despacho, no la mesa misma. Del mismo modo, puede probarse el enunciado que afirma (o niega) la firma de un contrato, etcétera”¹⁶².

Así las cosas, lo correcto es señalar que en el proceso lo que se prueba, no son los hechos, sino las proposiciones o enunciados que se hagan sobre los hechos formulados¹⁶³.

3.2 CONSIDERACIONES PRELIMINARES¹⁶⁴

Como bien hemos revisado recientemente, los procesos pueden orientarse o bien, a la pronta y rápida solución de conflictos, o bien, a la búsqueda de la verdad. Es, en este segundo caso, dónde la prueba adquiere una mayor importancia pues por medio de éstas, se entrega al juez elementos que ayudan a confirmar la veracidad de los enunciados fácticos que en el caso han ocurrido.

¹⁶² Vid. SERRA DOMÍNGUEZ, “Contribución al estudio de la prueba”, en Estudios de Derecho Procesal, Ed. Ariel, Barcelona, 1969, p.359.

¹⁶³ Dicha conclusión es bastante pacífica hoy en la doctrina, pues además del citado profesor Serra Domínguez, se inclinan en este sentido los profesores Jordi Ferrer, Marina Gascón Abellán, Michele Taruffo, entre otros.

¹⁶⁴ Estas consideraciones preliminares, se basan principalmente en el primer apartado (Enunciados fácticos) del artículo de Michelle Taruffo denominado “Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad”. Dado que en el desarrollo de este punto, tal parte del texto, se encuentra bien presente, es que además de las correspondientes citas, he preferido hacer esta nota a pie, “*Excusatio non petita*” pero necesaria.

Ahora bien, tomemos como ejemplo algunos enunciados elegidos al azar, entre los infinitos posibles:

- (1) En el mes de mayo, la inflación subió en Chile en un 4%.
- (2) Pedro y María, contrajeron matrimonio con fecha 5 de julio de 2008.
- (3) En el día de ayer, a las cinco de la tarde, Juan disparó una bala que le llegó a Diego, produciéndole la muerte.

Todos los enunciados anteriores parecen *a priori* tener importancia, pero ello en realidad no es así. Está claro que el fenómeno de la inflación es importante y preocupante para los habitantes de un país, como asimismo, el hecho que dos personas contraigan matrimonio, no sólo tiene una importancia social, sino también legal. Y por último, si realmente se produjera la situación enumerada en el número (3) precedente, sería necesario considerar las eventuales sanciones penales que repriman el hecho.

Ahora bien, tal como señalamos puede que éstos hechos no tengan relevancia alguna, dado que para que en realidad sean relevantes y se produzcan las consecuencias de ellos –ya sean económicas, sociales y por cierto jurídicas-, es necesario un paso previo. Que éstas sean verdaderas. Sólo en la medida que estos enunciados sean verdaderos van a poder producir consecuencias.

Asimismo, podemos decir que todas las proposiciones que hemos señalado, se caracterizan además, por ser proposiciones declarativas, en que los enunciados pueden ser verdaderos o falsos, lo que dependerá de si el hecho objeto del enunciado, ocurre o no en la realidad.

En síntesis –como diría el profesor Taruffo- “establecer la verdad o falsedad de estos enunciados es un problema que puede plantearse, y puede ser resuelto, en cualquier ámbito de la experiencia humana, incluso en el del proceso”¹⁶⁵.

Pues bien, como hemos visto a lo largo de esta memoria el significado o veracidad de los enunciados, sólo puede ser determinado de manera contextual, y en este sentido,

¹⁶⁵ TARUFFO, Michele, “Algunas consideraciones sobre la relación entre verdad y prueba”, publicado en DOXA, Cuadernos de Filosofía, N° 3-2003, p.15

el proceso aparece llamado como el contexto más importante en el cuál se pueda determinar la veracidad sobre aquellos enunciados en que las partes no puedan ponerse de acuerdo sobre lo ocurrido, y esto, no porque el proceso se descubra de manera infalible la verdad –lo que desde luego no ocurre-, sino por las consecuencias que acompañan a su decisión, como la cosa juzgada y la eventual posibilidad de ejecución manifestada por la facultad de imperio de la que están dotados los Tribunales de Justicia.

Como sabemos, “en el ámbito del proceso la relevancia de los hechos (y, por lo tanto, de los enunciados a ellos referidos) se determinan en primer lugar, en función de las consecuencias jurídicas que les puedan ser atribuidas”¹⁶⁶.

Un hecho es jurídicamente relevante, en la medida que produzca consecuencias jurídicas. Así por ejemplo, el mero hecho de determinar la inflación de un mes, no produce consecuencias jurídicas, salvo por ejemplo que en algún contrato de operaciones de crédito, se haya establecido que el deudor deberá restituir el dinero, más el reajuste determinado por la inflación producida en ese mes.

En tal caso, la determinación de la inflación pasa a ser un hecho *jurídicamente relevante*, pues de él, se van a seguir consecuencias jurídicas.

Pero no basta que del hecho se sigan consecuencias jurídicas directas para que sea importante en juicio, pues si así fuera, serían infinitos los hechos jurídicamente relevantes que las partes tratarían de acreditar en juicio. Por ello es que en el ámbito civil por ejemplo, sólo asumen relevancia los hechos que las partes plantean como objeto en sus demandas y contestaciones, quedando determinado de esta forma, el objeto del proceso, y sobre qué en consecuencia, deberán versar las pruebas.

Además, existe otro tipo de hechos que también adquieren relevancia en el ámbito del proceso, cuales son los hechos que resultan *lógicamente relevantes*, esto es, “no se les vincula directamente consecuencia jurídica alguna, pero de ellos se pueden extraer

¹⁶⁶ TARUFFO, Michele, “Algunas consideraciones sobre la relación entre verdad y prueba”, publicado en DOXA, Cuadernos de Filosofía, N° 3-2003, p.23

inferencias lógicas que pueden producir conclusiones respecto a la verdad o falsedad de los enunciados relativos a hechos jurídicamente relevantes”¹⁶⁷.

3.3 PROCESO Y PRUEBA

El proceso existe –como hemos dicho- para resolver una controversia, y para poder resolver la incertidumbre que existe respecto de esa controversia, es necesario saber los hechos que la produjeron, esto es, los denominados *hechos de la causa*, y es por medio de la prueba la forma como se conocen tales hechos. En suma, “la función de la prueba, es la de ofrecer al juez elementos para establecer si un determinado enunciado, relativo a un hecho, es verdadero o falso”¹⁶⁸.

Existe en consecuencia entre proceso y prueba una relación instrumental. La prueba es instrumental al proceso, o mejor dicho aún, los fines de la prueba deben ser instrumentales a los fines del proceso, y en consecuencia según sean los fines del proceso, van a ser los fines de la prueba.

Recapitulando entonces, nos interesa en este apartado revisar primera y autónomamente, cuáles son teóricamente los fines que podría tener la prueba, para luego determinar cuál de ellos se encuadra mejor con la concepción de proceso que tenemos, pues “en la medida en que la prueba judicial se endereza a comprobar la verdad o falsedad de afirmaciones sobre hechos relevantes para la causa, la concepción que se mantenga, se vincula al modo en que se entiendan la naturaleza, posibilidades y límites del conocimiento empírico, es decir la epistemología que se adopte”¹⁶⁹

En líneas generales podemos decir que existen dos grandes corrientes de cómo concebir la prueba, conforme a la epistemología que se adopte sobre las posibilidades del

¹⁶⁷ TARUFFO, Michele, “Algunas consideraciones sobre la relación entre verdad y prueba”, publicado en DOXA, Cuadernos de Filosofía, N° 3-2003, p.24.

¹⁶⁸ Véase, TARUFFO, Michele, “Algunas consideraciones sobre la relación entre verdad y prueba”, publicado en DOXA, Cuadernos de Filosofía, N° 3-2003, p..30-31.

¹⁶⁹ GASCÓN ABELLÁN, MARINA, “Concepciones de la prueba. Observaciones a propósito de Algunas consideraciones sobre relación entre prueba y verdad de Michelle Taruffo”, en DOXA, Cuadernos de Filosofía, Discusiones N° 3-2003, p. 43.

conocimiento; o bien como un instrumento de conocimiento, o bien como un instrumento de persuasión¹⁷⁰.

3.4 CONCEPCIÓN PERSUASIVA DE LA PRUEBA. FUNCIÓN NARRATIVA.

El punto de partida de esta concepción, es que la prueba no sería más que un instrumento de persuasión, y como tal, no tendría que ver nada con el conocimiento de los hechos, y por tanto si creemos como lo hemos dicho, que la función de la prueba es ofrecer al juez elementos para que pueda decidir acerca de la verdad o falsedad de una proposición fáctica, debemos descartar por de pronto y desde ya, esta concepción o manera de entender la prueba judicial.

No obstante lo anterior, y establecido ya que ésta no es la concepción de la prueba que defenderemos, nos parece necesario realizar al menos una breve explicación de ella, para así demostrar más latamente como esta concepción es contraria a los fines epistemológicos que le hemos atribuido al proceso, y además –siguiendo al profesor Taruffo- para demostrar que no obstante se tenga en cuenta los aspectos “narrativos” que existen en el proceso, existe la necesidad de que los enunciados sobre los hechos sean sometidos a un juicio de verdad / falsedad por parte del juez¹⁷¹.

El punto de partida de esta concepción persuasiva, está en la epistemología constructivista¹⁷², la que entiende que la objetividad del conocimiento deriva de nuestros esquemas de pensamiento y juicios de valor, y que en consecuencia la verdad no sólo está vinculada al contexto, sino aún más, es completamente relativa, y se dicen que “no cabe hablar de un “conocimiento objetivo”, o –si se quiere- la verdad, entendida como correspondencia, carece de sentido”¹⁷³.

¹⁷⁰ Véase TARUFFO, Michele, “Algunas consideraciones sobre la relación entre verdad y prueba”, publicado en DOXA, Cuadernos de Filosofía, N° 3-2003, p.31 y 32.

¹⁷¹ Esta es la tesis principal que expone el autor en su artículo “Narrativas Judiciales” publicado en la Revista de Derecho, Vol. XX N°1-Junio 2007, p.231-270.

¹⁷² Véase GASCÓN ABELLÁN, MARINA, “Concepciones de la prueba. Observaciones a propósito de Algunas consideraciones sobre relación entre prueba y verdad de Michelle Taruffo”, en DOXA, Cuadernos de Filosofía, Discusiones N° 3-2003, explicando esta tesis Doxa, p.45.

¹⁷³ GASCÓN ABELLÁN, MARINA, “Concepciones de la prueba. Observaciones a propósito de Algunas consideraciones sobre relación entre prueba y verdad de Michelle Taruffo”, en DOXA, Cuadernos de Filosofía, Discusiones N° 3-2003, p. 45

Hemos afirmado que la prueba es instrumental a los fines que se tengan del proceso, y esta forma, función y fin de concebir la prueba, responde justamente a los procesos que postergan la averiguación de la verdad, a favor de otras finalidades del proceso. Responde en el fondo, a aquellas concepciones que tratamos al inicio de este trabajo, que son aquellas que ya sea porque *ideológica* o *prácticamente* no consideran a la verdad como un fin del procedimiento, sino que lo conciben como un instrumento para la resolución de conflictos. El *adversary system* es un ejemplo representativo de ellos.

Así, “estas propuestas alimentan una concepción *persuasiva* de la prueba que entiende que la finalidad de ésta es sólo persuadir con el objetivo de obtener una resolución favorable”¹⁷⁴. No se trata ya, de una actividad destinada a demostrarle al juez la verdad de su aseveración, sino únicamente de convencerlo por medio de narraciones coherentes, de *storys*, como si el juez fuese parte de un jurado literario que debe elegir la mejor historia.

Respecto de estas *storys*, William Twining¹⁷⁵, ha puesto de relieve que las “historias” son a la vez necesarias y peligrosas. Necesarias, porque son los medios principales por los cuales piezas de sucesos pueden ser combinados y presentados como un conjunto de hechos coherentes. Proveen, como complementarían Taruffo, una “heurística”, esto es, un método para descubrir lo que realmente ocurrió¹⁷⁶.

Y por otro lado, son peligrosas puesto que abren la puerta a la manipulación de los hechos, a qué se presenten las historias diseñadas para los intereses de quién las presenta, y no las más verídicas conforme a la correspondencia con lo sucedido. Peligroso claro, porque de aceptarse estas historias, se abre un camino sin regreso respecto de la averiguación de la verdad.

Concluyente y tajante es el pensamiento del profesor Taruffo, que señala que bajo esta concepción, la prueba “no tendría nada que ver con el conocimiento de los hechos. La prueba no serviría, pues, para establecer la verdad o falsedad de enunciado alguno, y

¹⁷⁴ GASCÓN ABELLÁN, MARINA, “Concepciones de la prueba. Observaciones a propósito de Algunas consideraciones sobre relación entre prueba y verdad de Michelle Taruffo”, en DOXA, Cuadernos de Filosofía, Discusiones N° 3-2003, p.45.

¹⁷⁵ Vid. “Law’s Stories, Narrative and Rhetoric in the law” ed. By P. Brook & P. Gewirtz, New Haven-London, 1996. p.283, 336, 445.

¹⁷⁶ TARUFFO, Michele, “Narrativas Judiciales”, en Revista de Derecho, Vol. XX, N°1 Julio 2007, p p.235

por tanto, tampoco para proporcionar conocimiento acerca de nada, sino que serviría sólo para persuadir al juez, para convencerlo de lo fundado e infundado de un enunciado fáctico¹⁷⁷. Por consiguiente, si lo que esperábamos de la prueba fuesen elementos destinados a comprobar la verdad o falsedad de los enunciados fácticos, la prueba se transformaría en un sin sentido o *non sense*¹⁷⁸.

Pero para llegar a esta conclusión de que la prueba es un sin sentido, estaríamos partiendo de un supuesto que no es el propio de estas concepciones, como es que la prueba tiene un fin de comprobación. Claro está que una concepción racional de la prueba, al menos eso exige, pero quién dijo que ésta, era una concepción racional.

Nada más irracional –nos parece- que pretender que el juicio se decida únicamente por el convencimiento que pueda tener el juez acerca de lo sucedido.

En realidad, que el juez esté convencido de la decisión, no nos parece nada malo, sino lo malo es cómo se produce ese convencimiento, pues en vez de llegar por medio de las pruebas presentadas por las partes como corresponde, se produce en cambio, a partir de las técnicas de persuasión de las partes y que influyen en la formación de un estado psicológico en el juez.

En el fondo de las cosas, debemos respondernos qué preferimos: una buena historia, o una historia verídica.

La respuesta obviamente va a venir dada por lo que queramos del proceso. Si únicamente queremos resolver la controversia, nos va a bastar con un buen relato. En realidad, lo que vamos a buscar es precisamente un relato coherente, consistente, creíble, y por sobre todo, persuasivo.

En cambio, si creemos que el proceso es un ámbito de conocimiento y descubrimiento, no nos bastará un buen relato, en realidad, nos dará lo mismo si la

¹⁷⁷ TARUFFO, Michele, “Algunas consideraciones sobre la relación entre verdad y prueba”, publicado en DOXA, Cuadernos de Filosofía, N° 3-2003, p.32

¹⁷⁸ En este sentido, GASCÓN ABELLÁN, MARINA, “Concepciones de la prueba. Observaciones a propósito de Algunas consideraciones sobre relación entre prueba y verdad de Michelle Taruffo”, en DOXA, Cuadernos de Filosofía, Discusiones N° 3, p.45

historia es buena o mala, con tal que sea verdadera. Lo que nos interesa, es la verdad como correspondencia, y no, la verdad como coherencia¹⁷⁹. Creemos firmemente, que “el contexto judicial, es un contexto en que la verdad empírica es necesaria”¹⁸⁰.

Lo anterior, constituye entonces, la primera gran crítica que tenemos contra esta concepción de la prueba. Crítica que podemos resumir como la naturaleza anti-epistémica de esta concepción.

El fin de la prueba es para nosotros aportar elementos de juicio que ayuden a confirmar la verdad o falsedad de una determinada proposición, pero “dado que la persuasión de un sujeto respecto a cualquier cosa es de hecho un estado psicológico y nada más, la prueba puede ser cualquier cosa que hubiese influido en la formación de ese estado psicológico y tiene valor en la medida en que haya producido ese efecto, no por otras razones.”¹⁸¹. En efecto, las persuasiones, no son ni verdaderas ni falsas, ni correctas o equivocadas, simplemente existen o no en la mente del juez¹⁸².

En suma, podemos colegir que esta naturaleza contra-epistemológica de la concepción persuasiva, degenera la función que tiene la prueba en relación al *onus probandi*¹⁸³, para pasar a convertir su función, en una meramente retórica.

Asimismo, una tercera característica contra-epistemológica de las que adolece esta concepción, es que las historias que se narran, sólo pretenden ser verdaderas como conjunto coherente de hechos, pero no persiguen demostrar una verdad empírica. En efecto, estas historias perfectamente pueden contener hechos infundados, máxime “si,

¹⁷⁹ Coincide en este sentido Taruffo que el problema de fondo, más que el tipo de proceso que tenemos, “dice relación con el concepto de verdad” y con el contexto al que pertenece. TARUFFO, Michele, “Narrativas Judiciales”, en Revista de Derecho, Vol. XX, N°1 Julio 2007, p.237.

¹⁸⁰ TARUFFO, Michele, “Narrativas Judiciales”, en Revista de Derecho, Vol. XX, N°1 Julio 2007, p. 238. (el subrayado es nuestro)

¹⁸¹ TARUFFO, Michele, “Algunas consideraciones sobre la relación entre verdad y prueba”, publicado en DOXA, Cuadernos de Filosofía, N° 3-2003, p.32

¹⁸² TARUFFO, Michele, “Algunas consideraciones sobre la relación entre verdad y prueba”, publicado en DOXA, Cuadernos de Filosofía, N° 3-2003, p. 33

¹⁸³ Un aspecto importante de las *storys* (demanda y contestación principalmente) es que quien la presente, debe hacerse cargo de lo dicho. En el fondo, se trata de las reglas acerca de la carga de la prueba, que exigen por regla general que quien alegue determinados hechos, los acredite. No en vano la máxima al respecto es el *onus probandi incumbit ei qui dicit*: (quien afirma que un hecho es verdadero, tiene la carga de probar la verdad de sus afirmaciones. Importante es que tiene la carga de probar la verdad de sus afirmaciones, y no de convencer retóricamente acerca de ellas).

como se afirma, las funciones básicas de las *stories* consisten en *llenar los vacíos* dejados por la prueba incompleta o insuficiente acerca de los hechos relevantes¹⁸⁴.

Finalmente, debemos recordar siempre que lo que busca esta concepción son buenas narraciones, en cambio lo que nosotros buscamos son narraciones verdaderas, en cuanto hayan sido racional y suficientemente confirmadas por los elementos de prueba presentados al tribunal, y no que sea coherente o persuasiva, pues las teorías de la verdad que se basan en la coherencia del texto, se enfrentan a una objeción infranqueable y destructible: “las narraciones coherentes y persuasivas pueden ser completamente falsas”¹⁸⁵.

Ahora bien, además de estas críticas por la naturaleza contra-epistemológica que tiene esta concepción de la prueba, creemos asimismo, que es criticable esta concepción también desde un punto de vista ético.

Como acertadamente se señala, esta concepción no es del todo incorrecta, pues se corresponde típicamente con el punto de vista del abogado, “quien usa las pruebas no con el fin de conocer o comunicar conocimiento, sino con el fin de convencer al juez sobre la credibilidad de *su* versión de los hechos”¹⁸⁶. Así, se dice que, el objetivo del abogado no es el de descubrir la verdad, sino el de ganar el caso, y “por lo tanto la historia que cuenta está construida con el fin de persuadir a quien juzga los hechos de que su cliente merece ganar”¹⁸⁷.

En síntesis, las narraciones de los abogados tienden a incluir una manipulación de los hechos, orientada a poder ganar el caso. Ahora bien, al respecto, nos parece que surgen a lo menos dos preguntas: ¿es legal tal manipulación de los hechos?; ¿es ética tal manipulación de los hechos?

¹⁸⁴ TARUFFO, Michele, “Narrativas Judiciales”, en Revista de Derecho, Vol. XX, N°1 Julio 2007, p. 263.

En este mismo sentido se inclina Neil McCormick cuando dice que la coherencia narrativa es útil para determinar la verdad o la probabilidad de un hecho cuando no hay disponible una prueba directa” (Vid. McCORNICK, Neil, “Coherente in Legal Justification” (p.263, Taruffo).

¹⁸⁵ TARUFFO, Michele, “Narrativas Judiciales”, en Revista de Derecho, Vol. XX, N°1 Julio 2007, p.265

¹⁸⁶ TARUFFO, Michele, “Algunas consideraciones sobre la relación entre verdad y prueba”, publicado en DOXA, Cuadernos de Filosofía, N° 3-2003, p.33

¹⁸⁷ TARUFFO, Michele, “Narrativas Judiciales”, en Revista de Derecho, Vol. XX, N°1 Julio 2007, p.246

La primera pregunta, nos hace tener que determinar los alcances que tiene la obligación de decir la verdad respecto de los discursos (narraciones) presentados por los abogados ante los tribunales de justicia.

Una observación que nos parece del todo pertinente, es que debemos tener claro que decir la verdad, no nos exige que nuestras proposiciones sean verdaderas, sino que basta con que las proposiciones que realicemos, sean consistentes con aquello que consideramos *como si fuera verdadero*¹⁸⁸. En el fondo, se trata de un reproche a la mentira, más no a una proposición que se pretende verdadera pero que finalmente no fue probada.

Esto se condice además, con que los abogados no tienen ninguna obligación de presentar todas las pruebas (en efecto, nunca se ve que presenten pruebas que no favorezcan a su cliente), sino que el único límite al comportamiento de los abogados, es que no pueden presentar pruebas cuya falsedad conocen¹⁸⁹.

En suma, mientras el abogado al crear su narración no presente hechos que sabe falsos, no se incumple ningún límite legal al respecto, pero sí nos parece que esta manera de entender los límites al comportamiento de los abogados, pueden traer aparejados comportamientos poco éticos de los abogados.

Creemos firmemente –siguiendo “Los Mandamientos del Abogado”¹⁹⁰- que la abogacía es arte, política, ética y acción, y en cuanto ética “la abogacía es un constante ejercicio de la virtud. La tentación pasa siete veces cada día por delante del abogado. Éste puede hacer de su cometido, se ha dicho, la más noble de todas las profesiones o el más vil de todos los oficios”¹⁹¹.

¹⁸⁸ En este sentido se inclina COLOMA CORREA, para quien ante el fracaso de la distinción entre la verdad material y formar, sostiene que “una buena decisión judicial será, entonces, aquella que se sustenta sobre una historia probada que al momento de ser formulada pudiere ser calificada *como si fuere verdadera*”, esto es, que se adecúe a un cuerpo de conocimientos asentado que determina aquello que debe ser aceptado, COLOMA CORREA, Rodrigo, “Vamos a contar mentiras, tralará...”, o de los límites a los dichos de los abogados”, en Revista de Derecho, Vol. XIX N°2-Diciembre 2006, p.33 y 34.

¹⁸⁹ Así por ejemplo, el artículo 207 del Código Penal, sanciona al que a sabiendas presentare testigos, peritos o intérpretes que faltaren a la verdad u otros medios de prueba falsos o adulterados.

¹⁹⁰ COUTURE, Eduardo, “Los Mandamiento del Abogado”, Ed. Lexis Nexis, decimocuarta edición.

¹⁹¹ COUTURE, Eduardo, “Los Mandamiento del Abogado”, Ed. Lexis Nexis, decimocuarta edición, p. 17

En este orden de cosas, y dentro del catálogo de mandamientos, queremos rescatar el quinto mandamiento, el cual dispone: SÉ LEAL: “Leal para con tu cliente, al que no debes abandonar hasta que comprendas que es indigno de ti. Leal para con el adversario, aun cuando él sea desleal contigo. Leal para con el juez, que ignora los hechos y debe confiar en lo que tú le dices; y que en cuanto al derecho, alguna que otra vez, debe confiar en el que tú le invocas”¹⁹².

En consecuencia, ¿es leal el abogado que cuenta historias manipuladas? Nos parece que el estándar ético va más allá de no decir mentiras. No se trata ya únicamente de no presentar pruebas falsas, sino de un deber positivo de actuar siendo leal no sólo con su cliente, sino también con el adversario y el juez, quien respecto de los hechos, está indefenso del abogado, pues al ignorarlos “forzosamente debe creer de buena fe en lo que el abogado le dice”¹⁹³.

Finalmente, si queremos un abogado que pueda cumplir con todas estas lealtades, será fundamental por sobre todo, que crea en la verdad de los hechos por él narrados, sin que tenga que haber manipulación de por medio. Sólo así, esto es, sólo un abogado realmente convencido de su razón va a poder luchar con verdades por la justicia. De lo contrario, nada podríamos reprochar a Vaz Ferreira cuando afirma “que la profesión de abogado es intrínsecamente inmoral, por cuanto impone la defensas de tesis no totalmente ciertas o de hechos no totalmente conocidos”¹⁹⁴.

Sólo un espíritu racional, escéptico a que todo lo dicho por nuestro cliente sea verdad, y sobre todo investigativo, nos puede librar del ejercicio persuasivo-retórico de la abogacía, en que ésta deja de ser un arte para pasar a convertirse en una retórica sofística en que la distinción entre lo verdadero y lo falso, es completamente indiferente.

En síntesis, hemos visto cómo incluso las propias funciones que le podamos adjudicar a las pruebas, pueden repercutir, no sólo en los objetivos del procedimiento –lo

¹⁹² COUTURE, Eduardo, “Los Mandamiento del Abogado”, Ed. Lexis Nexis, decimocuarta edición, p.11 (el énfasis, es nuestro)

¹⁹³ COUTURE, Eduardo, “Los Mandamiento del Abogado”, Ed. Lexis Nexis, decimocuarta edición, p.42

¹⁹⁴ Vid. Vaz Ferreira, “Moral para intelectuales”, p.40.

que es lógico, dada la relación existente entre ellos-, sino también en elemento éticos del proceso y del ejercicio de la profesión.

Es así, como hemos podido configurar dos tipos de abogados. El que a partir de la función narrativa de los discursos judiciales, hace primar el interés de que su cliente gane el caso, y por otro lado, el que a partir de una concepción ética de la abogacía, parte del presupuesto de la lealtad, para rechazar todas aquellas manipulaciones que se pudiesen hacer a los hechos, para presentarlos de una manera que favorezcan sólo a una de las partes, particularmente, a su cliente.

Una distinción similar de estos dos tipos de abogados, la encontramos en un texto del profesor Rodrigo Coloma Correa¹⁹⁵ quien también presenta esta dualidad de abogados, pero construye esta distinción desde un punto de partida diferente. Pasaremos a revisar esta tesis, para ver sus similitudes y divergencias con la planteada por nosotros.

Nuevamente partiendo del hecho que los abogados son los principales responsables de construir historias, se pregunta qué debe entenderse por ello, y se responde que hay que distinguir según el modelo de proceso existente, siguiendo principalmente la distinción planteada por Damaska –y que analizamos al inicio de este trabajo- entre el modelo del Estado activista, o bien del Estado reactivo.

El modelo de proceso del Estado activista, como vimos, es aquel que privilegia la implementación de políticas públicas, y consecuentemente, la política pública asociada a la judicatura, es el esclarecimiento del caso individual, por medio de la verdad de los hechos. En este sentido se dice, que “sería esperable que las historias acogidas por los jueces sean lo más próximas –dentro de lo posible- a aquello que ha ocurrido”¹⁹⁶.

Por el contrario, la meta del Estado reactivo (o del *laissez faire*) es la resolución de los conflictos (no en vano, su ejemplo más patente el es *adversary system*). Este sistema,

¹⁹⁵ COLOMA CORREA, Rodrigo, “Vamos a contar mentira, tralará..., o de límites a los dichos de los abogados”, publicado en Revista de Derecho, Vol. XIX-Nº 2-Diciembre 2006, p.27-52. Ver especialmente, Cap. IV: “La fábrica de historias”, p.41-46.

¹⁹⁶ COLOMA CORREA, Rodrigo, “Vamos a contar mentiras, tralará..., o de los límites a los dichos de los abogados”, en Revista de Derecho, Vol. XIX N°2-Diciembre 2006, p. 43.

al poner su principal énfasis en la resolución de los conflictos, hace que no importe tanto el esclarecimiento de lo sucedido, como la *pacificación*¹⁹⁷.

Así las cosas, cada sistema plantea un tipo de abogado. En el primer modelo, se trataría de un abogado funcionario, pues tiene un rol claramente de colaborador de la justicia. El abogado del segundo modelo en cambio, está amarrado a la meta que tiene su cliente en el proceso, cual es quedar satisfecho, y en consecuencia, el modificar la historia para ganar el caso, no le generaría ningún problema, siempre que no incumpla los límites legales establecidos al efecto.

El abogado de este segundo modelo, “no estaría dispuesto a variar su punto de llegada, aun en el caso en que su opción no se le presentare como la más razonable. Exagerando un poco las cosas, se podría decir que su meta es construida independientemente de *cualquiera haya sido el mundo* en el cual ocurrió la experiencia que pretende ser vinculada con determinada norma jurídica. La idea de verdad que se manejaría en este contexto sería más débil que en el otro modelo”¹⁹⁸.

Presentado entonces estos modelos, el autor -al igual como llegamos nosotros luego de explicar las funciones narrativas- da cuenta del dilema que presenta un abogado del modelo de este segundo tipo, acerca de si podemos o no transformar u ocultar la información disponible o potencialmente disponible sin dar cuenta transparente de ello¹⁹⁹.

Finalmente el autor, a modo de conclusión expone que desde un punto de vista de *lege lata*, esto es desde el punto de vista del derecho nacional vigente, la obligación de decir la verdad es bastante más débil que la imperante en otros contextos que se cuenta con pretensiones teóricas²⁰⁰.

¹⁹⁷ Véase, DAMASKA Mirjan, “Las caras de la Justicia y el poder del Estado”, Editorial Jurídica de Chile, 2008, p. 212-213.

¹⁹⁸ COLOMA CORREA, Rodrigo, “Vamos a contar mentiras, tralará...”, o de los límites a los dichos de los abogados”, en Revista de Derecho, Vol. XIX N°2-Diciembre 2006, p.43.

¹⁹⁹ COLOMA CORREA, Rodrigo, “Vamos a contar mentiras, tralará...”, o de los límites a los dichos de los abogados”, en Revista de Derecho, Vol. XIX N°2-Diciembre 2006, p.44.

²⁰⁰ Así se ve por ejemplo, en el propio resumen (Abstract) del texto (COLOMA CORREA, Rodrigo, “Vamos a contar mentiras, tralará...”, o de los límites a los dichos de los abogados”, en Revista de Derecho, Vol. XIX N°2-Diciembre 2006), como particularmente en las p.45 y siguientes.

Si bien compartimos tal tesis, lo que nos genera problema es el punto de vista de *lege ferenda*, esto es, de cómo debiesen ser las cosas, puesto que al autor no le genera reparos –ni siquiera éticos- esta concepción de los discursos de los abogados. Ello principalmente, por dos razones.

La primera –siguiendo a Jerome Bruner²⁰¹- es que “si la obligación de decir la verdad en el contexto de un proceso fuere igual de fuerte que en otros contextos, como lo podría ser una discusión científica, una confesión ante un sacerdote, o una entrevista a publicar en un medio de difusión masiva, habría muchas historias relevantes para la comunidad que quedarían al margen y, tal vez, la reconstrucción de historias terminase de manera demasiado simplificada”²⁰².

La segunda, es que sólo respecto de los hechos primarios²⁰³ existe una obligación legal de desempeñarse lealmente²⁰⁴. En cambio, para hacer las conexiones entre tales hechos primarios y los enunciados fácticos, no habrían restricciones para crear historias, lo que no sería problemático ya que por un lado, “los jueces tomarán las decisiones sometiéndose a una serie de reglas que delimitan lo que *debe* y lo que *no debe* ser aceptado”²⁰⁵ y por otro, los abogados privilegiarían “sólo aquellas historias que puedan llegar a ser consideradas *como si fueran verdaderas* y se abstengan de las que aparezcan como disparatadas, pues éstas definitivamente no favorecerán a sus clientes”²⁰⁶.

No es difícil aventurar por lo dicho hasta el momento en el texto, que no compartimos estas conclusiones. No nos parece que sea adecuado para un modelo epistemológico del proceso, permitir tanta libertad en la creación de historias, puesto que

²⁰¹ BRUNER, J. “La fábrica de historias”, 1 ed. Fondo de Cultura Económica de Argentina, Buenos Aires, 2002, p.66

²⁰² COLOMA CORREA, Rodrigo, “Vamos a contar mentiras, tralará..., o de los límites a los dichos de los abogados”, en Revista de Derecho, Vol. XIX N°2-Diciembre 2006, p. 48

²⁰³ Por hecho primario, el autor entiende siguiendo a Searle, tanto los hechos brutos, como los hechos institucionales.

²⁰⁴ La razón sería “pues de no hacerlo podría significar abusar de una posición asimétrica respecto de la contraparte a quien será difícil falsar lo sostenido”, COLOMA CORREA, Rodrigo, “Vamos a contar mentiras, tralará..., o de los límites a los dichos de los abogados”, en Revista de Derecho, Vol. XIX N°2-Diciembre 2006, p.50.

²⁰⁵ COLOMA CORREA, Rodrigo, “Vamos a contar mentiras, tralará..., o de los límites a los dichos de los abogados”, en Revista de Derecho, Vol. XIX N°2-Diciembre 2006, p.50

²⁰⁶ COLOMA CORREA, Rodrigo, “Vamos a contar mentiras, tralará..., o de los límites a los dichos de los abogados”, en Revista de Derecho, Vol. XIX N°2-Diciembre 2006, p.50.

–siguiendo la nomenclatura y lógica ocupada por el autor- la importancia de los hechos primarios, no radica en que sobre ellos exista una prohibición de presentar hechos falsos, sino en que estos sean contados en su verdadero contexto.

Al hablar sobre qué se debe probar, dijimos que son proposiciones, enunciados fácticos, pero no hechos propiamente tales. La importancia de tales proposiciones fácticas, es que estas sólo son verdaderas dado el contexto en el que se practicaron, y por ello entendemos que la verdad judicial, es meramente relativa y *context ladem*²⁰⁷. En este sentido, no podemos menos que creer que si finalmente a partir de estos enunciados existe total libertad para crear historias con ellas, el deber y la obligación de decir la verdad, quedan reducidos casi a la nada, pues nuevamente sólo se exigiría coherencia para establecer la verdad, y ya hemos dicho –casi hasta el cansancio- que lo que queremos son historias verdaderas y no buenas historias.

Es importante remarcar que esta concepción de abogado leal que estamos planteando, no se refiere al abogado colaborador de la administración de justicia que propone Coloma. Se trata únicamente de un abogado que habiendo investigado la veracidad de los hechos contados por el cliente, se dispone a realizar todo aquello que esté dentro de sus posibilidades para poder ganar el caso, y manipular las narraciones no está dentro de sus posibilidades, sería –como se diría en términos civilistas-, una obligación moralmente imposible, y como dice el conocido adagio, “*Ad impossibilia nemo tenetur*”

²⁰⁷ “El proceso –señala Taruffo-, no es un contexto donde se alcancen verdades absolutas e incontrovertibles (como quizás sucede en la teología y en la metafísica), mucho menos si se pretende que estas verdades se funden en estados de conciencia del juez personales e irracionales. Por el contrario, el proceso es un ámbito en el cual, en el mejor de los casos, se obtienen verdades relativas, contextuales, aproximadas, aunque derivadas racionalmente de las pruebas que están a disposición en cada caso particular”, TARUFFO, Michele, “Algunos comentarios, sobre la valoración de la prueba”, publicado en DOXA, Cuadernos de Filosofía, N° 3-2003, p. 86; “El argumento, usado a menudo de que en el proceso no se puede establecer la verdad “plena” de los hechos debido a los límites legales (esto es: normas que excluyen pruebas relevantes) o prácticos (estos es: límites de tiempo y de recursos) que caracterizan la determinación judicial de los hechos, no prueba en absoluto lo contrario de lo que he dicho, sino que más bien lo confirma. Sólo prueba lo que es obvio y nadie discute, esto es, que el proceso es un contexto de búsqueda y aproximación a la verdad que tiene reglas y límites propios. En definitiva, este argumento no dice nada distinto de lo que se dice cuando se observa que la verdad (como prueba de los hechos) que se puede conseguir en el proceso es relativa y contextual, y por tanto no puede ser otra que una aproximación mejor o peor a la realidad empírica de los hechos que son determinados”, TARUFFO, Michele, “Algunos comentarios, sobre la valoración de la prueba”, publicado en DOXA, Cuadernos de Filosofía, N° 3-2003, p.87.

esto es, “a lo imposible nadie está obligado”. Es en el fondo, un verdadero abogado defensor²⁰⁸.

En conclusión, podemos decir sin mayores dudas que, la concepción persuasiva de la prueba no se corresponde con las garantías epistemológicas que deben existir en el proceso, para que éste pueda realmente cumplir su rol de averiguar la verdad, y en consecuencia, debemos pasar revista a la otra gran concepción que existe sobre la prueba, cual es la denominada concepción cognoscitiva de la prueba.

3.5 EPISTEMOLOGÍA OBJETIVISTA CRÍTICA Y CONCEPCIÓN COGNOSCITIVA DE LA PRUEBA.

Como dijimos al empezar el capítulo, la concepción que se mantenga de la prueba, se vincula a la epistemología que adoptemos, y así, si la concepción persuasiva de la prueba, respondía a una epistemología constructivista²⁰⁹, la concepción cognoscitiva de la prueba, responde a una epistemología objetivista.

En términos amplios, podemos decir que el objetivismo es un sistema filosófico que no sólo presenta posturas para la epistemología, sino que también repercute en otras áreas como la metafísica, ética, política y estética.

El punto de partida de esta corriente, es sostener que existe un mundo independiente de la mente del hombre. En este sentido, la profesora Marina Gascón explica que es correcto denominar a esta epistemología como “objetivismo crítico”: “*objetivismo* porque entiende que la objetividad del conocimiento radica en su

²⁰⁸ En este sentido también se inclina el profesor Couture en sus mandamientos quien señala que el abogado una vez investigado los hechos y estudiado el derecho, si acepta la causa se transforma de abogado en defensor, y agrega que esto, no ocurre por inmoralidad, sino por necesidad de la defensa., y concluye señalando que “antes de la aceptación de la causa, el abogado tiene la libertad para decidir. Dice que sí y entonces su ley ya no es más la de la libertad, sino la de la lealtad”. (COUTURE, Eduardo, “Los Mandamientos del Abogado”, Ed. Lexis Nexis, decimocuarta edición, p.40-41. El subrayado es nuestro).

²⁰⁹ Recordemos que “La epistemología constructivista entiende que la objetividad del conocimiento deriva de nuestros esquemas de pensamiento y juicios de valor; es decir, la verdad de los enunciados está muy vinculada al contexto. En sentido estricto, no cabe hablar de un “conocimiento objetivo”, o –si se quiere- la verdad, entendida como correspondencia, carece de sentido” GASCÓN ABELLÁN, MARINA, “Concepciones de la prueba. Observaciones a propósito de Algunas consideraciones sobre relación entre prueba y verdad de Michelle Taruffo”, en DOXA, Cuadernos de Filosofía, Discusiones N° 3-2003, p.45.

correspondencia o adecuación a un mundo independiente; *crítico* porque toma en serio la tesis sobre las limitaciones del conocimiento”²¹⁰.

Esta epistemología se corresponde entonces con lo planteado anteriormente acerca de la verdad que se puede alcanzar en un proceso, por cuanto entiende que si bien podemos conocer estos hechos independientes, el conocimiento alcanzado es sólo probable, relativo, y por ello es tan importante esta calificación de objetivismo crítico²¹¹.

La concepción de la prueba que deriva de esta epistemología es la *cognoscitiva*, la que –en palabras de Taruffo- es un *instrumento de conocimiento* que da información respecto del contenido de un enunciado²¹².

Además, esta concepción hace aplicable a la prueba, las mismas limitaciones que vimos respecto del proceso en términos genéricos, en cuanto a que el conocimiento que produce, es relativo al contexto. Ahora bien, ello no tiene mayor importancia pues, como hemos sostenido, “nadie duda de que en el ámbito del proceso no se establecen verdades absolutas”²¹³, y por tanto, malamente podríamos exigir al juez que extraiga certezas absolutas del procedimiento probatorio. Por el contrario, debemos tener claro que desde esta perspectiva, la declaración de hechos probados puede ser falsa²¹⁴.

Así las cosas, no obstante estas limitaciones intrínsecas de la prueba judicial, podemos sostener efectivamente que éstas igualmente ayudan a determinar la verdad o falsedad de los enunciados, según estos se adecuen o no al mundo real e independiente del cual se presentan pruebas.

²¹⁰ GASCÓN ABELLÁN, MARINA, “Concepciones de la prueba. Observaciones a propósito de Algunas consideraciones sobre relación entre prueba y verdad de Michelle Taruffo”, en DOXA, Cuadernos de Filosofía, Discusiones N° 3-2003, p. 44

²¹¹ Un objetivismo crítico, se diferencia de uno acrítico, pues éste olvida que los conocimientos son sólo probables, creyendo por el contrario que, es posible obtener resultados incuestionables, lo que trae grandes perjuicios en la forma como se entiende debe ser la valoración de la prueba.

²¹² TARUFFO, Michele, “Algunas consideraciones sobre la relación entre verdad y prueba”, publicado en DOXA, Cuadernos de Filosofía, N° 3-2003, p.31

²¹³ TARUFFO, Michele, “Algunas consideraciones sobre la relación entre verdad y prueba”, publicado en DOXA, Cuadernos de Filosofía, N° 3-2003, p.32

²¹⁴ En este sentido también se pronuncia la profesora Marina Gascón, GASCÓN ABELLÁN, MARINA, “Concepciones de la prueba. Observaciones a propósito de Algunas consideraciones sobre relación entre prueba y verdad de Michelle Taruffo”, en DOXA, Cuadernos de Filosofía, Discusiones N° 3-2003, p.44. Volveremos en todo caso sobre este tema, en el capítulo denominado “Prueba y Verdad”.

En suma, según sea la concepción que adoptemos podemos concebir a la prueba como un instrumento de persuasión o bien, como un instrumento de conocimiento.

Al respecto, planteamos como tesis, que sólo a partir de una concepción epistemológica de la denominada “objetivista crítica”, la prueba puede cumplir su fin instrumental al procedimiento, cual es, el ser un instrumento de conocimiento. Todavía más, planteamos que partiendo desde esta concepción, podemos incluso sostener que la prueba cumple una función demostrativa.

Si bien, una primera aproximación a la tesis recién planteada pudiese no generar mayores inconvenientes, no nos parece que ello sea tan así, puesto que a partir de lo planteado, se deben seguir dos importantes consecuencias:

Por un lado veremos, que sólo el modelo de valoración de la sana crítica se ajusta al estándar de la epistemología “objetivista crítica” y de una concepción cognoscitiva de la prueba, y por otro lado sostendremos, que éste es el único modo que no rebaja las exigencias a la hora de motivar la sentencia²¹⁵.

Pasaremos a revisar cada una de estas implicaciones en los apartados y capítulos siguientes.

3.6 HACIA UNA REDEFINICIÓN DE LA FUNCIÓN DEMOSTRATIVA DE LA PRUEBA.

Señalamos recientemente que a partir de una concepción objetivista crítica sobre la prueba, podríamos llegar a plantear que ésta cumple incluso, una función demostrativa. Ahora bien, ¿en qué consiste la función demostrativa?

Para Perelman²¹⁶, la función demostrativa tiene lugar únicamente cuando se trata de demostraciones matemáticas y científicas, en que la conclusión se impone de manera necesaria por medio de un silogismo.

²¹⁵ Volveremos sobre este tema en las conclusiones de este trabajo, donde remarcaremos la importancia de entender la relación entre proceso, prueba y verdad en los términos aquí planteados en consideración a la importancia y contenido del deber de motivar las sentencias.

²¹⁶ Vid. PERELMAN, “*La specificité de la preuve juridique*”, en *La Preuve. Rec. Soc. J. Bodin*, xix, Bruxelles, 1963, p.5.

La prueba judicial por su parte, al no contar con la naturaleza de una demostración axiomática-deductiva, lleva a Perelman a concluir –de manera silogística por supuesto-, que la prueba no tiene una función demostrativa, y únicamente puede entrar en las argumentaciones retóricas o persuasivas.

Taruffo²¹⁷ comparte la idea que la prueba no puede ser interpretada como una demostración en el sentido riguroso del término, pero critica a Perelman por utilizar una acepción demasiado restrictiva del concepto, agregando que el esquema probatorio es perfectamente reducible a esquemas racionales “y por tanto pueden entrar en un concepto más amplio y epistemológicamente actualizado”²¹⁸.

El punto de partida de Taruffo para argumentar a favor de la función demostrativa de la prueba dice relación con el hecho que no porque se trate de un razonamiento inductivo, éste debe ser colocado exclusivamente en la argumentación retórica-persuasiva, sino que por el contrario, es necesario “elaborar esquemas racionales idóneos para actuar como modelos de descubrimiento, de control y de justificación de las valoraciones y de las inferencias que el juez realiza a fin de establecer si una hipótesis sobre un hecho es confirmada por los datos probatorios disponibles”²¹⁹.

En este orden de cosas, y sabiendo que no se trata de deducir silogísticamente verdades ciertas de premisas generales, sino que únicamente la narración más conforme a lo que sucedió en el caso particular, el problema radica en establecer los criterios racionales para efectuar la elección.

Para la solución de ese problema Taruffo propone - previa crítica por cierto a aquella tendencia generalizada, según él, de inclinarse a considerar la congruencia (teorías narrativas) como criterio racional- distinguir dos dimensiones del razonamiento para escoger la versión más ajustada a la realidad.

²¹⁷ La tesis que desarrollaremos del profesor Taruffo, se encuentra en, *Funciones de la prueba: La función Demostrativa* en “Sobre las Fronteras. Escritos sobre la justicia civil”, editorial Temis, Bogotá, 2006, p.279-302.

²¹⁸ TARUFFO, Michele, *Funciones de la prueba: La función Demostrativa* en “Sobre las Fronteras. Escritos sobre la justicia civil”, editorial Temis, Bogotá, 2006, p.281

²¹⁹ TARUFFO, Michele, *Funciones de la prueba: La función Demostrativa* en “Sobre las Fronteras. Escritos sobre la justicia civil”, editorial Temis, Bogotá, 2006, p.283.

La primera de estas dimensiones, también llamada dimensión analítica, señala que “toda hipótesis sobre todo hecho debe estar fundamentada en una base probatoria suficiente, y en una inferencia o cadena de inferencias que haya alcanzado un *safe anchoring*”²²⁰.

Por su parte, la segunda de estas dimensiones, o dimensión sintética u holística, tiene relación con la historia global, vale decir, con el relato como un todo, y el juez debe escoger no por cual le parezca más bella o interesante, sino la que tenga un mayor grado de confiabilidad.

Así las cosas, la escogencia racional de la historia, si bien no es un proceso deductivo ni silogístico, queda sujeta a una serie de pasos inferenciales, donde cada hipótesis es sometida a confirmación y confrontación, para que de esta forma “la historia del caso, presente el grado relativamente más elevado de coherencia y de congruencia”²²¹.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, concluye Taruffo expresando que “parece posible redefinir lo que se puede entender como función demostrativa de la prueba. La prueba judicial desempeña una función demostrativa en cuanto provee un fundamento cognoscitivo y racional para la escogencia que el juez realiza determinando una versión confiable y verídica de los hechos relevantes de la causa y justificando racionalmente tal escogencia”²²². En suma la prueba cumple así una función demostrativa que el razonamiento se hace según criterios racionales que sean idóneos para asegurar la validez y confiabilidad del resultado, teniendo en cuenta las particularidades del procedimiento en que se utiliza.

²²⁰ TARUFFO, Michele, Funciones de la prueba: La función Demostrativa” en “Sobre las Fronteras. Escritos sobre la justicia civil”, editorial Temis, Bogotá, 2006, p.294.

²²¹ TARUFFO, Michele, Funciones de la prueba: La función Demostrativa” en “Sobre las Fronteras. Escritos sobre la justicia civil”, editorial Temis, Bogotá, 2006, p.295.

²²² TARUFFO, Michele, Funciones de la prueba: La función Demostrativa” en “Sobre las Fronteras. Escritos sobre la justicia civil”, editorial Temis, Bogotá, 2006, p.300-301.

CAPÍTULO 4: PRUEBA Y VERDAD

Hasta el momento hemos estudiado ya, lo que se entiende que un hecho sea verdadero conforme a la tesis de la verdad como correspondencia, y también hemos estudiado el tema de las pruebas, haciendo especial hincapié a sus funciones, limitaciones y a los resultados que podemos obtener por medio de ella.

Es en este sentido que, queremos en este capítulo responder a la pregunta ¿Qué relación existe entre lo probado y lo verdadero? ¿Es lo probado verdadero? En el fondo, queremos dar un repaso final a la relación entre prueba y verdad.

Nos interesa partir este capítulo con una interesante frase del profesor Neil MacCormik, cuyo análisis conformará el desarrollo de este capítulo.

Señala el citado profesor: “el ámbito jurídico se preocupa con especial cuidado del problema de la determinación de la verdad. Donde hace falta determinar los hechos en cualquier proceso de aplicación del derecho, los sistemas jurídicos suelen conferir a determinados individuos una autoridad especial para determinar los hechos. Sea que la tarea de determinar los hechos esté a cargo de un jurado, un juez, un ministro o algún tribunal especial, existen normalmente algunas disposiciones jurídicas que otorgan a algún individuo o grupo de individuos el poder determinar los hechos en forma concluyente....

Para ciertos propósitos, aquello que un determinador autorizado determina o certifica como verdadero, ha de ser considerado como verdadero o aceptado como verdad definitiva. A los fines jurídicos, el valor “verdad” es atribuido a aquello que ha sido certificado por la autoridad como tal”²²³.

Conforme al pensamiento de este autor entonces, en los contextos jurídicos la decisión dada por quién la autoridad haya llamado a resolver el conflicto es verdadera. Así las cosas, para MacCormick, sería lo mismo hablar de probado que de verdadero y en

²²³ Vid. MacCORMIK, Neil, “*Limits of logic and Legal Reasoning*”, publicado en MARTINO, A.A., “*III International Conference on Logica Informatica*”, Florencia, 1989, Traducción Eugenio Bulygin, p. 11.

consecuencia el enunciado probatorio²²⁴ “está probado que p ”, significaría “es verdad que p ”, significando en último término que no habría diferencia entre las nociones de prueba y verdad.

El pensamiento de este autor está fundado además en el hecho que, dado que el proceso judicial debe resolverse por medio de un acto de autoridad que tenga la fuerza de cosa juzgada (vale decir, para el juez no es facultativo fallar sino que es una obligación, tiene el deber de hacerlo en virtud del principio de inexcusabilidad y por el concepto mismo de jurisdicción), la decisión del juez es final en el sentido de impedir que se siga discutiendo la verdad al interior del proceso (por lo que en este sentido lo probado, sería lo verdadero), pero como excelentemente acotan los profesores Alchourron y Buligin “¡Pero poner punto final a la discusión de la verdad no hace verdadero el enunciado!”²²⁵.

Claramente estamos en desacuerdo, y para nosotros verdad y prueba son dos conceptos distintos, donde la verdad -como ya señalamos- depende por un lado de las reglas semánticas del lenguaje usado²²⁶, y por otro de que efectivamente los hechos hayan ocurrido en el mundo con independencia del proceso; y lo probado, que MacCormick confunde con “verdad”, es lo certificado por la autoridad.

Lo anterior, se corresponde con el planteamiento que hicimos de la verdad como correspondencia en los términos de Aristóteles y Tarski, en cuanto la verdad de un enunciado empírico “no depende de lo que el juez u otros funcionarios dicen. Depende tan sólo de las reglas semánticas del lenguaje usado y de los hechos denotados por el enunciado”²²⁷.

Así, si bien puede ocurrir que las nociones de verdadero y probado se puedan corresponder, dicha relación no es, ni está cerca de ser necesaria. De hecho la relación entre estas dos nociones nos parece más bien de orden teleológico en el sentido que la

²²⁴ Entiéndase enunciado probatorio, a los enunciados que declaran probadas ciertas proposiciones sobre los hechos.

²²⁵ ALCHOURRON, Carlos y BULYGIN, Eugenio, “Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico”, en “Análisis lógico del Derecho”, Centro de estudios Constitucionales, Madrid, p.311.

²²⁶ Como dirían los profesores Alchourrón y Buligin, “ninguna oración es verdadera con independencia de las convenciones lingüísticas”, en “Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico”, en “Análisis lógico del Derecho”, Centro de estudios Constitucionales, Madrid, p.311.

²²⁷ ALCHOURRON, Carlos y BULYGIN, Eugenio, “Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico”, en “Análisis lógico del Derecho”, Centro de estudios Constitucionales, Madrid, p.310.

averiguación de la verdad sobre la ocurrencia de determinados hechos, es el fin de la prueba²²⁸.

Acreditado entonces que el enunciado “está probado que p ” no significa “es verdad que p ”, vale la pena preguntarse entonces, cuál es su significado.

Creemos siguiendo la tesis del profesor Jordi Ferrer que, “está probado que p ” es sinónimo de “existen elementos de juicio suficientes a favor de p ”²²⁹, esto es, que existen suficientes elementos de juicio disponibles para corroborar la hipótesis y así un enunciado será verdadero cuando existan suficientes antecedentes a favor de ello y no lo será si no existen dichos antecedentes, pero todo ello con independencia de la verdad o falsedad de la proposición.

Esta postura tiene la virtud de (i) no confundir los términos prueba y verdad; (ii) entender que la verdad o falsedad de una proposición es independiente de lo probado en un juicio; (iii) de ser concordante además con una finalidad teleológica de la prueba, pues justamente el fin es que lo probado se corresponda con lo verdadero; y (iv) de permitir reconducir el problema de prueba y verdad a enunciados del tipo “ser verdadero” y “ser tenido por verdadero”, cuyas fortalezas trataremos luego.

Recapitulando entonces, descartada la tesis de MacCormick en orden a señalar que las nociones de prueba y verdad son sinónimos, debemos todavía señalar qué

²²⁸ En este sentido también se pronuncia Jordi Ferrer, quien al preguntarse retóricamente si teleológicamente el fin de la prueba es la averiguación de la verdad, responde de forma afirmativa. FERRER BELTRÁN, Jordi, “Prueba y verdad en el derecho”, Editorial Marcial Pons 2º edición 2005, p. 31.

²²⁹ Vale la pena subrayar en todo caso que en doctrina además de esta alternativa, está la de considerar que, está probado que p ” como sinónimo de “el juez ha establecido que p ”. Conforme a esta tesis decir que una proposición ha sido probada significa únicamente que ha sido incorporada al razonamiento decisorio del juez como premisa fáctica” (Jordi Ferrer explicando el pensamiento de estos autores, en “Prueba y verdad en el derecho”, Editorial Marcial Pons 2º edición 2005, p. 33).

Así el resultado por medio del cual “el juez ha establecido que p ”, puede ser perfectamente discordante de lo que en realidad haya ocurrido, pero eso no importante, sino que lo que importa es que se haya cumplido con el procedimiento específico fijado para determinar los hechos.

Se suele criticar esta postura por cuanto termina al tener una concepción escéptica de la verdad, termina demostrando un carácter irracional al no permitir un control racional del resultado probatorio, toda vez que a final de cuentas, decir que un hecho está probado significa que el juez ha llegado a la convicción de que ésta es verdadera, y si la finalidad entonces es la de alcanzar la convicción judicial, y alcanzada ya dicha convicción, no parecen posibles mayores controles. (Véase en este sentido, FERRER BELTRÁN, Jordi, “Prueba y verdad en el derecho”, Editorial Marcial Pons 2º edición 2005, p.33-34).

relación existe entre prueba y verdad, o más aún, (i) si es que existe alguna relación entre ellas, y en caso que la respuesta sea afirmativa, si (ii) la verdad es condición necesaria para que una proposición esté probada, o es el fin de la actividad.

Analicemos el primero de estos puntos (i), esto es, si es que existe o no una verdadera relación entre estas dos nociones.

Parte de la doctrina fundada en el hecho que dadas las limitaciones procesales (e incluso las limitaciones extra procesales), que impiden al proceso poder conocer lo que verdaderamente ocurrió (por una u otra razón, son escépticos de la posibilidad que en el proceso se alcance la verdad), decidió escapar del dilema que presenta la relación entre prueba y verdad, para postular la existencia de dos verdades, una material y otra formal²³⁰.

Así, verdad material es aquella que se habla fuera del proceso. Es lo que efectivamente ocurrió, con independencia de lo que se haya podido probar, y por lo mismo es que también se le conoce como verdad objetiva o *tout court*. Se trata en el fondo de lo que nosotros hemos hablado como verdad como correspondencia, esto es, aquella que la verdad del enunciado va a estar determinada por su correspondencia con el mundo. Esta verdad, sería inalcanzable dentro del proceso.

La verdad formal por su parte, sería aquella que se obtiene al interior del proceso como resultado de la actividad probatoria, la cual puede coincidir o no con la objetiva, pero que siempre va a gozar de autoridad jurídica por ser la decisión que pone fin a la controversia (recordemos por cierto que, poner fin a la discusión, no hace verdadero el enunciado).

²³⁰ A ciencia cierta, la razón por la cual la doctrina alemana de finales del siglo XIX crea esta distinción es como reacción a los excesos que estaba provocando la prueba legal o tasada. En efecto, aunque cueste creerlo, explica el profesor Jordi Nieva Fenoll que como reacción a la situación que estaba provocando la valoración legal de la prueba “surge un movimiento a favor de la recuperación de la búsqueda de la verdad, cuyos exponentes más destacados –aunque no eran originales- finalmente fueron la *intime conviction* en Francia, y la discusión sobre verdad formal y verdad material en Alemania al hilo de la *freie Beweiswürdigung*”, en NIEVA FENOLL, Jordi, “La Valoración de la Prueba”, editorial Marcial Pons 2010, p.69. Además para un estudio en mayor profundidad de la distinción entre verdad material y formal, recomendamos la lectura del capítulo respectivo, p.78-85.

Así las cosas, esta distinción plantea en el fondo que la relación entre prueba y verdad no sería necesaria, puesto que el concepto de verdad como correspondencia sería plenamente prescindible para el proceso, al que le bastaría con la verdad alcanzada por medio de la actividad probatoria.

La profesora Marina Gascón, señala dos virtudes que tendría esta distinción: primero, pone de relieve las inevitables limitaciones que el procedimiento probatorio padece a la hora de averiguar lo que efectivamente ha sucedido, demostrando que no obstante el carácter autorizado que tenga la sentencia sobre la declaración de hechos, ésta es falible; y segundo, que esta distinción –por lo mismo, pone de manifiesto la necesidad de establecer garantías para hacer que la declaración de hechos obtenida en el proceso se aproxime lo más posible a la verdad²³¹.

Para nosotros, independiente de las bondades que se le pueda señalar a esta distinción, propugnamos por su rechazo²³², pues creemos *a contrario sensu* que entre prueba y verdad, sí existe relación.

Dicho lo anterior, nos corresponde entonces revisar el punto (ii) precedente, esto es, en qué consiste la relación entre prueba y verdad, “si la verdad de una proposición es condición necesaria, pero no suficiente, para que pueda decirse que esa proposición está probada²³³...o que la relación existente entre prueba y verdad es más bien teleológica; esto es, no adjudica a la verdad ningún papel definitorio de la prueba, sino que la considera el objetivo último de la actividad probatoria”²³⁴.

Nos parece que, si en su minuto concluimos que (i) si la verdad es relativa y adecuada a un determinado contexto, (ii) el conocimiento que se puede alcanzar en un proceso es falible, y que por tanto (iii) lo que se declare probado en un procedimiento

²³¹ Véase en este sentido, GASCÓN ABELLÁN, MARINA, “La prueba judicial. Valoración racional y motivación”, publicado en Universidad Castilla-La Mancha, p.3.

²³² No nos parece necesaria la existencia de esta distinción para entender que en el proceso no se pueden obtener verdades absolutas. Basta tener una epistemología objetivista crítica para ello, y aplicando dicha epistemología además, no necesitamos recurrir a creer que existen dos verdades distintas.

²³³ Tesis conceptual de la prueba, que sostiene como vemos que para que una proposición esté probada requiere por un lado de la verdad de lo ocurrido y por otro que existan suficientes elementos a su favor (Bentham era partidario de esta tesis).

²³⁴ FERRER BELTRÁN, Jordi, “Prueba y verdad en el derecho”, Editorial Marcial Pons 2º edición 2005, p. 55-56.

puede perfectamente no ser verdadero (máxime habida consideración de las limitaciones probatorias)²³⁵, nos es forzoso concluir, que debemos rechazar la relación entre prueba y verdad en un sentido conceptualista, debiendo entonces aceptar que la relación entre estas nociones, es teleológica.

Entender la relación de esta manera en todo caso, no nos soluciona el problema del cual recluía la distinción entre verdad formal y material, cual es, la posibilidad que los hechos que se declaren probados no coincidan con los realmente ocurridos.

La correcta solución a ese problema nos parece, es nuevamente la tesis del profesor Ferrer, para quien “el embrollo de la relación entre prueba y verdad de una proposición es la distinción entre “ser verdadera” y “ser tenida por verdadera”²³⁶.

Dicha distinción consiste en que lo que el juez decide, o mejor dicho -recurriendo a los términos utilizados en este capítulo y para cerrar de manera correcta el círculo-, “está probado que p ”, significa por un lado que, existen suficientes elementos para considerar que p se encuentra probado, y por otro que, esa decisión p va a ser tenida por verdadera y podrá producir todos sus efectos jurídicos con independencia de si efectivamente esos hechos que se tienen por verdaderos, lo son o no.

Concluye Ferrer que “la distinción entre “ser verdadero” y “ser tenida por verdadero”, permite dar cuenta de los problemas que llevaron a la distinción entre verdad material y verdad formal, sin presentar los inconvenientes que suscita esta última y, especialmente, sin multiplicar las nociones de verdad”²³⁷.

De todo lo expuesto en este capítulo, podemos concluir entonces que las nociones prueba y verdad sí están relacionadas, y que la declaración de hechos probados perfectamente puede ser tenida por verdadera toda vez que existen elementos suficientes

²³⁵ “Es más –como diría Jordi Ferrer- en algunas ocasiones, aunque conozcamos la falsedad de la proposición en cuestión es perfectamente posible sostener que la proposición está probada si, teniendo en cuenta únicamente los elementos de juicio presentes en el expediente, se considera que éstos no son suficientes para aceptarla como verdadera o el derecho obliga a ello, en “Prueba y verdad en el derecho”, Editorial Marcial Pons 2º edición 2005, p.69.

²³⁶ FERRER BELTRÁN, Jordi, “Prueba y verdad en el derecho”, Editorial Marcial Pons 2º edición 2005, p.73.

²³⁷ FERRER BELTRÁN, Jordi, “Prueba y verdad en el derecho”, Editorial Marcial Pons 2º edición 2005, p.75 y 76.

para ello, no obstante reconozcamos siempre la fiabilidad de dichos enunciados probatorios, lo que en todo caso, no significa que existan dos verdades distintas.

**II PARTE CONSIDERACIONES PRÁCTICAS SOBRE LA RELACIÓN
ENTRE PROCESO, PRUEBA Y VERDAD.**

CAPÍTULO 5: CONSIDERACIONES PRÁCTICAS: UNA DECISIÓN IDEOLÓGICA.

No hemos querido terminar este trabajo, sin demostrar la importancia práctica que tiene el tema elegido. Pudiese parecer *a priori* que determinar los fines del proceso, de la prueba y las distintas concepciones de la verdad, sea un tema meramente teórico, pero la realidad dista mucho de ello, pues a final de cuenta el fin del proceso que se opte, va a ser la piedra angular sobre la cual se erija el procedimiento aplicable.

Dicho está que las distintas concepciones y funciones de la prueba que hemos analizado, van a depender en último término del modelo o función asignada al proceso, por tanto, ver este tema como únicamente de importancia teórica, sería un despropósito.

Por ello es que en lo sucesivo de este capítulo, mostraremos las diversas manifestaciones prácticas que pueden derivar de la función asignada al proceso.

En suma, lo que nos importa es que se trata de reconocer que un proceso viene determinado por la función ideológica-política que se le quiera dar. De hecho, en términos similares, el destacado profesor español Montero Aroca, así también lo había expresado un cuarto de siglo atrás al señalar que *“hay que reconocer que el proceso refleja la ideología sociopolítica dominante en un país determinado”*²³⁸. Vale decir, lo que nos corresponde –señalaría el profesor Tavolari-, es definir nuestro propio ideal de “proceso justo”²³⁹.

Hasta el momento, mucho hemos expresado sobre lo que nos parece una “decisión justa” como fin del proceso, pero hablaremos ahora de los elementos que debe tener un “proceso justo” para poder desde el ámbito procesal formal, ayudar o ser consecuente con el fin de que el proceso pueda producir decisiones justas, donde la búsqueda de la verdad haya sido necesariamente un presupuesto –no suficiente pero sí necesario-, de la resolución.

²³⁸ Vid. MONTERO AROCA, Juan, “Los principios informadores del proceso civil en el marco de la Constitución”, Justicia 82, N° IV, p.7.

²³⁹ TAVOLARI OLIVEROS, Raúl, “Bases y criterios para el nuevo proceso civil chileno”, en Proceso Civil: Hacia una nueva Justicia Civil, de la Oliva Santos, Andrés y Palomo Vélez, Diego Iván coordinadores, Ed. Jurídica de Chile, 2007, p.40

Determinar qué es un proceso justo, significa preguntarse por cómo debe desarrollarse el procedimiento, pregunta que hoy resulta de mayor relevancia que nunca, dada la inminente reforma del proceso civil²⁴⁰.

Un cambio de modelo procesal civil, debe adoptar algunas definiciones referidas al rol que esperamos del proceso, señala el profesor Tavorari, y en consecuencia debe preguntarse –agrega- sobre i) el rol del juez; ii) el procedimiento y la actividad cautelar; iii) la prueba; y iv) el sistema recursivo²⁴¹. La función que se le dé a estos cuatro grandes ítemes, va a venir determinada por los principios formativos del procedimiento a que se le dé preeminencia, y ello a su vez, será determinado por el fin del proceso, lo que demuestra nuevamente la importancia práctica que tiene el tema.

Dado que se podría hacer una memoria sobre cada uno de los temas propuestos por el Profesor Tavorari, en este trabajo y habida consideración de los temas tratados en la primera parte, es que hemos decidido desarrollar principalmente la función del juez en lo que respecta a la prueba.

Así las cosas, el objeto principal de esta segunda parte es determinar si el juez debe o no tener facultades probatorias de oficio. Para ello nos valdremos de una serie de consideraciones teóricas que nos ayuden a tomar una decisión en la práctica, y dedicaremos además un capítulo para saber el estado actual del problema en las últimas modificaciones legislativas que se hayan realizado en Chile sobre el tema, como también otro capítulo para abordar el derecho comparado y saber si dichas legislaciones otorgan o no, tales facultades a los jueces.

5.1 ROL DEL JUEZ EN EL PROCESO CIVIL. GENERALIDADES

²⁴⁰ Sobre la reforma al proceso civil, la entendemos como un hecho notorio y público, que no requiere en consecuencia explicación sobre las comisiones y proyectos que se han elaborado hasta el momento.

²⁴¹ TAVORARI OLIVEROS, Raúl, “Bases y criterios para el nuevo proceso civil chileno”, en Proceso Civil: Hacia una nueva Justicia Civil, de la Oliva Santos, Andrés y Palomo Vélez, Diego Iván coordinadores, Ed. Jurídica de Chile, 2007, p.41-48.

Sobre el particular, parece interesante comenzar con la pregunta que hace el profesor Diego Palomo Vélez, sobre ¿Qué modelo de juez requiere un proceso civil oral?²⁴².

Esta pregunta, la podemos responder desde dos puntos de vistas. Uno negativo, señalando aquello que tenemos claro que no debe tener un juez modelo, y otro positivo, recalcando aquellos elementos que por el contrario, sí nos parecen necesario. Nos parece que sobre la primera respuesta existe cierto consenso sobre lo que todos estamos de acuerdo que no debe tener un juez. En cambio, sobre las funciones y poderes nos parece que es un tema más conflictivo y por ello es que lo trataremos en segundo lugar.

La situación del proceso civil chileno y del modelo de juez que creó, no dista mucho de lo ocurrido en España una década atrás, que llevó a la necesaria reforma de su ya antiquísima para aquel entonces Ley de Enjuiciamiento Civil²⁴³. En pocas palabras, el proceso civil vigente, creó en Chile un modelo de juez lector y sentenciador²⁴⁴, y no mucho más.

Así, señala el profesor Palomo que “el carácter profundamente escrito del procedimiento civil criollo, su innegable disgregación y desconcentración y su excesiva duración han generado el fenómeno de la “desaparición del juez durante el curso del mismo, salvo en lo que se relaciona con la dictación de las resoluciones”.

Así es como hoy, tenemos un juez que sentado en su despacho, se dedica principalmente a fallar causas que conoce a fondo únicamente en ese momento. De

²⁴² PALOMO VÉLEZ, DIEGO, “Proceso civil Oral: ¿Qué modelo de juez requiere?”, en Revista de Derecho, Vol. XVIII, N°1, Julio 2005.

Este texto también se encuentra en el libro “Proceso Civil: Hacia una nueva Justicia Civil, de la Oliva Santos, Andrés y Palomo Vélez, Diego Iván coordinadores, Ed. Jurídica de Chile, 2007, p.227.254.. Hemos preferido de todas maneras seguir acá la publicación hecha en la Revista de Derecho, ya que ella al encontrarse en Internet permite su consulta de manera más fácil y gratuita.

²⁴³ Señala el catedrático español Jaime Vega Torres, que “en 1996 la necesidad de una reforma global de la vieja Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 era un sentimiento ampliamente compartido en todos los sectores del mundo jurídico relacionados con la justicia civil” (“La reforma procesal civil española. Criterios inspiradores y principales innovaciones de la ley de enjuiciamiento civil de 2000”, en Proceso Civil: Hacia una nueva Justicia Civil, de la Oliva Santos, Andrés y Palomo Vélez, Diego Iván coordinadores, Ed. Jurídica de Chile, 2007, p.598). Señala en este sentido que las principales críticas venían principalmente por la tardía o nula eficacia en la respuesta de los tribunales, lo que se atribuía principalmente a lo innecesariamente largo y complejos que eran los procesos contemplados por la ley de enjuiciamiento vigente hasta antes de la reforma.

²⁴⁴ PALOMO VÉLEZ, DIEGO, “Proceso civil Oral: ¿Qué modelo de juez requiere?”, en Revista de Derecho, Vol. XVIII, N°1, Julio 2005, p.2

hecho, ni siquiera en la etapa probatoria del juicio –etapa más importante sin lugar a dudas- ha participado. Ello en todo caso, no es culpa de los jueces, sino del sistema, pues un sistema escrito claramente no incentiva la presencia del juez en la práctica probatoria²⁴⁵. Por lo demás, tampoco tendría mucho sentido, pues dado el tiempo que transcurre entre la rendición de prueba y la dictación del fallo, es prácticamente imposible que el juez igualmente pudiese tener algún recuerdo sobre la prueba rendida.

Así, lo que nos urge cambiar es el sistema procesal civil, y sobre ello existe conciencia generalizada. También existe este acuerdo sobre las fallas del actual sistema que podemos simplificar y resumir –siguiendo el texto del profesor Palomo- en dos. Por un lado, el esquema de un juez acostumbrado a fallar sólo leyendo el expediente que se pone a su disposición, generando el paradigma de *juez lector*; y por otro lado, en que el hecho que el juez –tal como señalábamos anteriormente- constriña su actividad prácticamente en la de dictar sentencias y resoluciones, da lugar al paradigma del *juez sentenciador*. Todo ello, perjudicado además por la excesiva presencia práctica del brocardo “*quod non es in actis est in mundo*” que no quiere decir otra cosa que lo que no está en el expediente, no está en el mundo, olvidando por completo que el expediente o el proceso no puede ser un mundo independiente o paralelo a la realidad, sino que por el contrario, debe necesariamente hacer lo posible por ajustarse a ésta, puesto que de tal manera, es la única que podríamos hablar de verdad como correspondencia.

Las soluciones, al menos las más urgentes, a estos problemas no debiesen ser mayormente difíciles.

El paradigma de juez lector y sentenciador puede ser fácilmente reversible por medio de la imposición de los principios formativos de la oralidad y la inmediación. Sobre ello, estamos todos de acuerdo y si bien pudiésemos hacer un trabajo entero exaltando los beneficios y méritos de estos principios, nos permitiremos darlos por acogidos²⁴⁶, señalando únicamente que al ser orales las actuaciones procesales, la inmediación resulta prácticamente insoslayable, debiendo los miembros del tribunal estar presentes e

²⁴⁵ PALOMO VÉLEZ, DIEGO, “Proceso civil Oral: ¿Qué modelo de juez requiere?”, en Revista de Derecho, Vol. XVIII, N°1, Julio 2005, p.3.

²⁴⁶ Recomendamos en todo caso, IBÁÑEZ, Perfecto Andrés, “Sobre el valor de la inmediación”, en Revista Jueces para la democracia, N° 46, 2003, p.57 y ss. como textos importantes sobre la materia que grafican la necesidad de estos ppios.

intervenir personalmente en la práctica de las pruebas²⁴⁷. De esta forma, concluye el profesor Palomo, “la asunción efectiva de un proceso civil oral debe aparejar un verdadero nuevo modelo de juez civil”, agregando que dicho juez debe asumir “una posición mucho más cercana con la causa, las partes y muy especialmente con la práctica de las pruebas”, y donde finalmente el juez “abandone el tradicional rol de juez lector para transformarse en un juez visible, director, presente y partícipe”²⁴⁸.

Ahora bien, más complejo resulta la solución para nosotros de la mala praxis proveniente del ya citado brocardo “*quod non es in actis est in mundo*”, y nos parece de más difícil o compleja solución, pues claramente un sector importante de la doctrina no encuentra que este sea un problema. Todos quienes piensan o mantienen una epistemología cercana al proceso como lugar para resolver controversias, no les importa aquello que no esté en el proceso, pues los hechos, su verdad y realidad, poco importa para fallar.

En cambio para quienes sí creemos que esta pseudo máxima es un problema para nuestro ideal de obtener una decisión justa por medio del proceso, se nos hace imperioso proponer su reforma, y nos parece que la mejor manera para ella es otorgándole poderes al juez para que este pueda tener las facultades necesarias de agregar al expediente (proceso) todo cuanto crea importante tener en consideración y conocimiento al momento de fallar, haya sido o no aportado previamente por las partes.

Lo anterior, no es sino reconocer la facultad que pretendemos darle al juez para que de oficio pueda solicitar prueba.

5.2 ROL DEL JUEZ Y FACULTADES PROBATORIAS DE OFICIO. IDEOLOGÍAS Y ACTITUDES SOBRE EL TEMA.

Este tema, nos parece sin duda, el más importante y discutible sobre el rol que debe tener el juez en este nuevo sistema procesal.

²⁴⁷ De la OLIVA, A., DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., “Derecho Procesal Civil. El procedo de declaración”, Ed. Centro de estudios Ramón Areces, Madrid, 2º Ed., 2003, p.82.

²⁴⁸ PALOMO VÉLEZ, DIEGO, “Proceso civil Oral: ¿Qué modelo de juez requiere?”, en Revista de Derecho, Vol. XVIII, N°1, Julio 2005, p.6.

Es importante tener claro desde ya, que la respuesta a esta pregunta viene dada por la ideología que se tenga del procedimiento, razón por lo cual no es banal seguir una u otra tesis sobre los fines del procedimiento. En efecto, la postura que se tenga sobre ello, determinará la respuesta sobre los poderes o facultades probatorias que se le otorguen a los jueces.

En efecto, señala Taruffo que “la decisión de si todos los poderes de iniciativa de instrucción tengan que ser otorgados exclusivamente a las partes, o si poderes más amplios de iniciativa instrucción puedan o tengan que también ser atribuidos al juez, deriva de una elección de carácter sustancialmente ideológico”²⁴⁹, agregando luego que dichas ideologías no se corresponden con el contraste entre ideologías liberales y autoritarias, sino con aquellas que “están ubicadas en un contexto ideológico bastante confuso, que atañe específicamente a las ideologías de la función del proceso civil y la decisión que lo concluye”²⁵⁰.

Así las cosas, existe un importante sector en la doctrina extranjera como nacional, que se inclinan por el rechazo categórico de la posibilidad que el juez pueda contar con poderes en el proceso que se refieran a la aportación de hechos y particularmente de medios probatorios²⁵¹.

Este sector de la doctrina, se inscribe –señala el profesor Bordalí²⁵²- en la doctrina comparada llamada “revisionistas”²⁵³ que consiste principalmente en alejarse de los

²⁴⁹ TARUFFO, Michele, “Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa”, ponencia presentada en la XXV Convención Nacional de la Asociación italiana de estudiosos del proceso civil, llevada a cabo en Cagliari, el 7 y 8 de octubre del 2005 p.17. El subrayado es nuestro.

²⁵⁰ ²⁵⁰ TARUFFO, Michele, “Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa”, ponencia presentada en la XXV Convención Nacional de la Asociación italiana de estudiosos del proceso civil, llevada a cabo en Cagliari, el 7 y 8 de octubre del 2005 p.17. El subrayado es nuestro.

²⁵¹ Entre otros encontramos por ejemplo en España a Montero Aroca o a De la Oliva; a , Alvarado Velloso en Argentina; y en Chile por ejemplo a Palomo.

²⁵² BORDALÍ SALAMANCA, ANDRÉS, “Los poderes del juez civil”, en Proceso Civil: Hacia una nueva Justicia Civil, de la Oliva Santos, Andrés y Palomo Vélez, Diego Iván coordinadores, Ed. Jurídica de Chile, 2007, p. 179.

²⁵³ Este sector de la doctrina se llama revisionista, dado el mea culpa que han hecho por haber abrazado durante mucho tiempo una concepción activa del juez. En efecto el propio profesor Montero Aroca –el primero de los revisionistas (Bordalí, p.179)-, ha señalado que “en buena medida todos hemos seguido ese camino, en alguna publicación, que hoy debe calificarse de pecado de juventud....algunos hemos empezado a recapacitar sobre el modelo de juez que está implícito en algunas ideologías y sobre lo que ese modelo significa de supervivencia de concepciones autoritarias, y estamos procurando poner distancia ideológica e intelectual de por medio”. MONTERO AROCA, JUAN, “Los principios políticos de la nueva Ley de

postulados propuestos por los procesalistas Franz Klein (que se manifiestan en la Ordenanza Procesal Austríaca de 1895) y Giuseppe Chiovenda, en orden a dar a los jueces mayores poderes de dirección del proceso, así como la posibilidad de aportar pruebas al mismo.

Los revisionistas, agrega Bordalí, “postulan que un juez civil con poderes materiales se transforma necesariamente en un juez autoritario, cuando no fascista o totalitario”²⁵⁴, rompiendo de esa forma el esquema típicamente liberal que según ellos debiese tener el procedimiento civil, fundado en la importancia del principio dispositivo. En todo caso, lo que implícitamente están señalando con esta intención de un procedimiento liberal²⁵⁵, entendiendo liberal como *laizzes faire*, es la importancia de tener un procedimiento que no contenga u otorgue mayores poderes de dirección al juez y dónde éste y el proceso, no tenga otra función que la de resolver conflictos.

Para este sector de la doctrina –y particularmente para el profesor Montero Aroca, ya que es la forma como lo trata en sus textos- el fenómeno de la publicización del proceso y la entrega de mayores poderes y atribuciones al juez generan procesos que deben calificarse de antiliberales y autoritarios, en vez de liberal y garantista²⁵⁶.

Respecto de los principios relativos a la prueba, esta parte de la doctrina se corresponde con quienes creen que la búsqueda de la verdad no debe ser buscada en el procedimiento civil (lo que Taruffo llamaría una imposibilidad ideológica)²⁵⁷. En efecto para ellos la pretendida búsqueda de la verdad es un mito que es necesario renunciar.

Señalan que la búsqueda de la verdad, no puede ser la función de la prueba civil y argumentan que “si los hechos controvertidos pueden ser sólo los afirmados por las partes, si los medios de prueba a practicar han de ser únicamente los propuestos por las

Enjuiciamiento Civil”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, Sección Tercera “Los principios del nuevo proceso civil español”, p., p.14 y 15.

²⁵⁴ BORDALÍ SALAMANCA, ANDRÉS, “Los poderes del juez civil”, en Proceso Civil: Hacia una nueva Justicia Civil, de la Oliva Santos, Andrés y Palomo Vélez, Diego Iván coordinadores, Ed. Jurídica de Chile, 2007, p. 180.

²⁵⁵ Luego también volveremos sobre qué se entiende que un procedimiento sea liberal, pues a veces, más parece un slogan cargado de contenido que un verdadero contenido en sí mismo.

²⁵⁶ MONTERO AROCA, JUAN, “Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, Sección Tercera “Los principios del nuevo proceso civil español”, p.3.

²⁵⁷ TARUFFO, Michelle, “La Prueba de los Hechos”, Editorial Trotta 2º Edición 2005, p.47.

partes y si todo se reduce a que mediante éstos se trata de verificar aquellos, no hace falta más para convencernos de que la verdad está fuera del alcance de la prueba procesal²⁵⁸, la que debe tener como fin, reconducir a la certeza respecto de las afirmaciones de hechos de las partes.

Agregan que, sin desconocer la existencia de procesos civiles en los que ha de salvaguardarse algún interés público, ello no puede ser fundamento para aumentar los poderes del juez, “quien debe seguir siendo un tercero imparcial entre partes parciales, aunque una de las partes pretendiera la defensa de un interés público”²⁵⁹.

En suma, podemos resumir la línea argumentativa de este sector doctrinario, de la siguiente manera:

- i) Ante todo, dado que están por la limitación de los poderes jurisdiccionales, se autodenominan “liberales” o “garantistas”, para oponerse de esa forma a aquellos que están por la amplitud de dichos poderes y que serían “socialdemócratas”, “publicistas” o incluso partidarios de doctrinas autoritarias o totalitarias.
- ii) Esta visión liberal, entiende por regla general que el proceso sólo es cosa de partes y que ellas tienen el control del proceso.
- iii) La prueba en este esquema, “persigue que el juzgador adquiera la convicción o el convencimiento sobre la verdad de un hecho afirmado por alguna de las partes”²⁶⁰, siendo en consecuencia una actividad verificadora y no investigadora
- iv) Es lógico por lo mismo que sean las partes a quienes les corresponda el ejercicio de la práctica probatoria, y no sería razonable ni asequible que fuesen los jueces quienes tuviesen que comprobar la certeza de las afirmaciones de

²⁵⁸ MONTERO AROCA, JUAN, “Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, Sección Tercera “Los principios del nuevo proceso civil español”, p.11.

²⁵⁹ MONTERO AROCA, JUAN, “Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, Sección Tercera “Los principios del nuevo proceso civil español”, p.22.

²⁶⁰ PALOMO VÉLEZ, DIEGO, “Proceso civil Oral: ¿Qué modelo de juez requiere?”, en Revista de Derecho, Vol. XVIII, N°1, Julio 2005, p.18.

los hechos introducidos por las partes²⁶¹. Además, nadie mejor que las partes para defender sus propios intereses.

- v) Por último cualquier intervención que pudiese dar al juez un mayor activismo en materia probatoria, llegaría a juicio de esta parte a alterar de manera considerable el rol que al juez le corresponde e infringiendo por sobre todo, el principio de imparcialidad y afectando la igualdad de las partes²⁶².

Así las cosas, la verdad no hay que buscarla porque no se puede y la finalidad de la prueba no será entonces aportar elemento para averiguar la verdad o falsedad de las afirmaciones sobre los hechos, sino únicamente para generar la convicción del juez²⁶³, por lo que no tendría sentido darle a éstos mayores facultades materia probatoria, pues de esa forma, poco se podría obtener y mucho se perdería al afectar valores tan importantes como la igualdad de las partes y la imparcialidad del juez. El principio dispositivo así lo manda, y esta sería la única forma de poder obtener un procedimiento verdaderamente liberal y garantista.

Como puede suponerse, no estamos en lo más mínimo de acuerdo con esta postura que deja al juez casi como un espectador impotente sin posibilidad de reacción. Para nosotros, la ideología del proceso como búsqueda de la verdad, obliga darle mayores facultades jurisdiccionales y con la defensa de esta tesis es que nos proponemos rebatir los argumentos recién señalados.

De partida podemos señalar que hasta el momento hemos pretendido hablar de cada una de las posturas por su nombre, señalando que una visualiza al proceso como resolución de conflictos y la otra –que defendemos nosotros- como búsqueda de la verdad, sin querer calificarlos de otra manera. Resulta empero que, los partidarios del proceso como solución de conflicto y de la reducción de facultades jurisdiccionales a los jueces, optan por señalar que su procedimiento es “liberal y garantista” a diferencia de

²⁶¹ PALOMO VÉLEZ, DIEGO, “Proceso civil Oral: ¿Qué modelo de juez requiere?”, en Revista de Derecho, Vol. XVIII, N°1, Julio 2005, p. 20.

²⁶² En este sentido, ver PALOMO VÉLEZ, DIEGO, “Proceso civil Oral: ¿Qué modelo de juez requiere?”, en Revista de Derecho, Vol. XVIII, N°1, Julio 2005, p. 20.

²⁶³ Carnelutti, tras reconocer la imposibilidad que tiene el proceso de arribar a la verdad, se resignó al señalar que “es necesario que los hombres pierdan la ilusión de que se pueda obtener por la fuerza la justicia en este mundo”, en CARNELUTTI, Francesco, “Cómo se hace un proceso”, Ed. Temis, Bogotá, 2° Ed, 2004, p.164.

aquel que sí le entrega mayores poderes de dirección a los jueces, los cuales son por el contrario “autoritarios o totalitarios”²⁶⁴, hijo de un principio inquisitivo.

Vale decir, al sólo ocupar estas palabras como calificativos adjetivos del proceso, muestran indirectamente su desprecio por el mismo, pero con argumentos bastante bajos, pues como demostraremos este proceso no es ni autoritario, ni inquisitivo en el sentido que pretenden ilustrarlo²⁶⁵.

En síntesis, veremos que el proceso que defiende los sectores revisionistas, no es “liberal”, como tampoco es efectivo que aquel proceso que postula otorgarle mayores atribuciones al juez, sea “inquisitivo”.

Lo primero que debemos hacer en este sentido, es determinar qué se entenderá por cada uno de estos términos.

Para ellos que un proceso sea “liberal” y “garantista”, significa básicamente que: i) el proceso civil es un objeto privado que sólo corresponde a las partes en conflicto; ii) el juez debe ser un mero árbitro limitado a la libre aportación de las partes; iii) el juez no puede delimitar el objeto de la controversia; iv) la prueba sólo puede referirse a los hechos aportados por las partes; v) los jueces no deben tener iniciativa probatoria; vi) los jueces deben admitir a trámite todas las demandas, sin poder realizar un control previo; entre otras.

²⁶⁴ Curioso por decirlo menos, resulta que el profesor Montero Aroca cada vez que explica en sus textos la postura de quienes pretenden otorgarle mayores poderes a los jueces, lo inicia con una cita del 16 de octubre de 1939 del Ministro de Justicia italiano Grandi, quien expresó lo siguiente: “El juez es el órgano al que el Estado confía la función esencial de aplicar la ley por medio del procedimiento. En el fondo de la cuestión está el renovado concepto de la dignidad y de la autoridad del Estado fascista y de sus órganos, para los cuales no sería concebible que el juez asista, espectador impasible y, alguna vez, impotente, como si fuese un árbitro en un campo de deporte que se limita a contar los puntos y a controlar que sean observadas las reglas de juego, a una lucha que afecta, por el contrario, directamente a la celosa y a la más alta función y responsabilidad del Estado. Es necesario, por tanto, que el juez tenga una precisa dirección del proceso, una posición preeminente y reguladora”. MONTERO AROCA, Juan en: i) “Los Poderes de juez en el proceso civil. Las ideologías totalitarias y la pérdida de sentido de la realidad”, en Revista urugaya de derecho procesal N°3 2001, p.274 y 275; ii) “Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, Sección Tercera “Los principios del nuevo proceso civil español”, p.13

²⁶⁵ Todo esto además, de las falacias que contiene su argumentación y a las que ya hicimos referencia en la primera parte de esta memoria.

Vale decir, se trata de una “visión liberal” que asume que el proceso es sólo cosa de partes, y que éstas tienen el control absoluto y total del mismo.

Ante esto, nos preguntamos siguiendo al profesor peruano Adrián Simons²⁶⁶, ¿es que el proceso civil, en sí mismo no tiene ninguna trascendencia social?, ¿acaso al Estado o a la sociedad en su conjunto no le interesa cómo se resuelven los conflictos privados?, ¿es que la ideología liberal sigue pensando que los temas privados sólo incumben a los privados y a nadie más?²⁶⁷.

Nos parece en primer lugar, que como efectivamente señala el profesor Monroy Gálvez, “lo más importante en el proceso no es que los particulares resolvieran sus conflictos, sino que a través de él, el derecho objetivo –creado por el propio Estado- se tornara eficaz y respetado, y asimismo, a través de la exigencia judicial del cumplimiento del derecho objetivo, se logrará la paz social en justicia”²⁶⁸. El proceso entendido de esa forma, agrega, ha pasado a ser una actividad pública, donde a su interior se discuten derechos privados.

En segundo lugar, tampoco nos parece que este sistema sea verdaderamente liberal²⁶⁹, bajo el prisma actual del neo-liberalismo. Como bien concluye el profesor Simons – siguiendo a Hayek²⁷⁰- aquellos que se adscriben a una posición garantista del proceso, se acercan más a una filosofía conservadora que a una liberal, pues “un

²⁶⁶ SIMONS PINO, Adrián, “Poderes jurisdiccionales. El dilema entre el juez activo y el juez autoritario”, en *Proceso Civil: Hacia una nueva Justicia Civil*, de la Oliva Santos, Andrés y Palomo Vélez, Diego Iván coordinadores, Ed. Jurídica de Chile, 2007, p. 205-226.

²⁶⁷ SIMONS PINO, Adrián, “Poderes jurisdiccionales. El dilema entre el juez activo y el juez autoritario”, en *Proceso Civil: Hacia una nueva Justicia Civil*, de la Oliva Santos, Andrés y Palomo Vélez, Diego Iván coordinadores, Ed. Jurídica de Chile, 2007, p. 207

²⁶⁸ Vid. MONROY GÁLVEZ, Juan, “La teoría del proceso y de los sistemas procesales”, Ed. Temis, Bogotá, p.70-71.

²⁶⁹ Sólo si entendemos el liberalismo de la misma forma cómo se hacía clásicamente, podemos señalar que dicha afirmación es cierta, pero claro, eso era siglos atrás, hoy pareciera existir un nuevo pensamiento liberal sobre el rol del Estado en la sociedad.

²⁷⁰ Hayek: “el conservadurismo implica una legítima, seguramente necesaria y desde luego bien difundida actitud de oposición a todo cambio súbdito y drástico. Nacido tal movimiento como reacción frente a la revolución francesa, ha desempeñado, durante siglo y medio, un importante papel en Europa. Lo contrario del conservadurismo, hasta el auge del socialismo, fue el liberalismo”; “la filosofía conservadora, por su propia condición, jamás nos ofrece alternativa ni nos brinda novedad alguna. Tal mentalidad, interesante cuando se trata de impedir el desarrollo de procesos perjudiciales, de nada nos sirve si lo que pretendemos es modificar y mejorar la situación presente”; “lo típico del conservador...es el temor a la mutación, el miedo a lo nuevo simplemente por ser nuevo; la postura liberal, por el contrario, es abierta y confiada, atrayéndole, en principio, todo lo que se libre transformación y evolución, aún constándole que a veces, se produce un poco a ciegas”. Vid, HAYEK, Friedrich, “Los fundamentos de la libertad”, Unión Editorial, 6º edición, p. 189.

verdadero liberal jamás rechazaría una propuesta de cambio o mutación del proceso hacia una sociedad moderna urgida de respuesta rápida a sus necesidades diarias²⁷¹, puesto que si queremos ser fieles a una moderna concepción liberal, tenemos que sentirnos atraídos por todo lo que sea libre transformación y evolución.

Por otro lado, tampoco es cierto que un proceso que otorgue facultades probatorias de oficio sea inquisitivo.

Ante todo, el sólo hecho que se utilice el término “inquisitorio”, ya no es un hecho menor. Este término tan cargado de implicancias, lo convierte en uno confuso, cargado además de implicancias ideológicas y que lleva a una herrada utilización del mismo.

Por lo mismo, parece útil determinar primero que se entenderá por proceso inquisitorio, antes de hacer injuriosas calificaciones, afirmando por ejemplo que los sistemas que tienen una concepción activa del juez en el proceso civil, son coherentes con una ideología, fascista o antidemocrático²⁷². Nada más alejado de la realidad.

Lo que ocurre –enseña el profesor Taruffo- es que tradicionalmente –por cierto, también hoy- la definición entre el rol que le corresponde a las partes y al juez en un proceso, ha sido considerado mediante la conocida distinción entre un modelo de litigación civil adversarial y otro inquisitivo²⁷³.

Quienes prefieren un rol pasivo del juez, entienden que la presencia de un juez dotado de poderes de instrucción autónomos, sería uno de los indicadores del hecho de encontrarnos ante un sistema autoritario, y definen el modelo inquisitorio en consecuencia, como autoritario, totalitario y antiliberal²⁷⁴.

²⁷¹ SIMONS PINO, Adrián, “Poderes jurisdiccionales. El dilema entre el juez activo y el juez autoritario”, en *Proceso Civil: Hacia una nueva Justicia Civil*, de la Oliva Santos, Andrés y Palomo Vélez, Diego Iván coordinadores, Ed. Jurídica de Chile, 2007, p.213

²⁷² En este sentido, BORDALÍ SALAMANCA, Andrés, “Los poderes del juez civil”, en *Proceso Civil: Hacia una nueva Justicia Civil*, de la Oliva Santos, Andrés y Palomo Vélez, Diego Iván coordinadores, Ed. Jurídica de Chile, 2007, p.234.

²⁷³ TARUFFO, Michele, “Investigación judicial y producción de prueba por las partes”, ponencia presentada en una conferencia dictada en Beijing en noviembre del 2002 y traducida por el profesor Juan Andrés Varas Braun, p.2

²⁷⁴ En este sentido, puede ver Montero Aroca, “Los poderes del juez en el proceso civil. Las ideologías autoritarias y la pérdida de sentido de la realidad,” p.262.

Lo anterior en realidad se desprende del sentido histórico del término “inquisitivo”, el cual claro está, evoca a la Santa Inquisición –en cuyos procesos, el investigado no tuvo poder alguno de defensa, y no se vio enfrentado ni a tribunales imparciales ni juzgado por medio de un procedimiento racional y justo- y es confuso señala el profesor Taruffo “porque no ha existido nunca, y no existe hoy en ningún ordenamiento, un proceso civil que pueda considerarse verdaderamente inquisitorio: es decir, en el que las partes no tengan derechos o garantías y todo el proceso sea impulsado de oficio por el juez”²⁷⁵.

Así, si bien es cierto en términos históricos que los sistemas que se inspiraron en la ideología liberal clásica han producido ideologías procesales vinculadas a un juez pasivo y a un proceso cuyo fin principal es la resolución del conflicto (sistema adversarial), no es menos cierto que dichos poderes de instrucción también han sido introducidos en regímenes democráticos²⁷⁶.

En consecuencia, nos parece aconsejable abandonar el contraste entre sistema adversarial e inquisitivo, por ser, primero, más un arma ideológica que un medio de descripción²⁷⁷, y segundo, equívoco, pues “las ecuaciones de tipo “poderes de instrucción del juez = régimen autoritario” y “juez pasivo = régimen liberal”, son vagas y genéricas, y se reducen a slogans polémicos faltos de valor científico”.²⁷⁸

En razón de lo anterior, es que tal como lo hemos hecho hasta este momento, no utilizaremos tal distinción y seguiremos tratando –en lo posible- de llamar a las cosas por las que son, y no por lo que sus partidarios o detractores quieran hacer creer.

²⁷⁵ TARUFFO, Michele, “Investigación judicial y producción de prueba por las partes”, ponencia presentada en una conferencia dictada en Beijin en noviembre del 2002 y traducida por el profesor Juan Andrés Varas Braun, p.2.

²⁷⁶ Sobre esto volveremos en el último capítulo de la parte, al tratar es estado actual de la cuestión en el Derecho Comparado.

²⁷⁷ TARUFFO, Michele, “Investigación judicial y producción de prueba por las partes”, ponencia presentada en una conferencia dictada en Beijin en noviembre del 2002 y traducida por el profesor Juan Andrés Varas Braun, p.2

²⁷⁸ TARUFFO, Michele, “Investigación judicial y producción de prueba por las partes”, ponencia presentada en una conferencia dictada en Beijin en noviembre del 2002 y traducida por el profesor Juan Andrés Varas Braun, p.7.

En este mismo sentido, se inclina el profesor Simons Pino, en “Poderes jurisdiccionales. El dilema entre el juez activo y el juez autoritario”, en Proceso Civil: Hacia una nueva Justicia Civil, de la Oliva Santos, Andrés y Palomo Vélez, Diego Iván coordinadores, Ed. Jurídica de Chile, 2007, p 215.

En este orden de las cosas, y en resumen, nos parece haber podido demostrar que el pretendido aforismo del juez “garantista “liberal” versus el autoritario y totalitario”, es más un mito que otra cosa.

5.3 FACULTADES PROBATORIAS DE OFICIO POR EL JUEZ, VERSUS IMPARCIALIDAD Y DEBIDO PROCESO²⁷⁹.

Con todo, nos queda por solucionar el siguiente problema o réplica que harán los “revisionistas”. Si un proceso como el que hemos defendido nosotros, en que se le otorga facultades probatorias al juez, no demuestran acaso una inobservancia del principio dispositivo y una afectación al debido proceso²⁸⁰.

Se dice que, pierde la imparcialidad, pues al ejercer poderes probatorios, acaba – quiéralo o no- favoreciendo a alguna de las partes, y pierde también la independencia, porque acaba valorando de modo distinto las pruebas que él ha dispuesto agregar.

En lo sucesivo, -y siguiendo principalmente la tesis del profesor Bordalí-, intentaremos revertir lo anterior, demostrando las razones conforme a las cuales esta iniciativa probatoria no afecta el derecho a un tribunal independiente –orgánica, funcional y subjetivamente- e imparcial.

El punto de partida es nuevamente la búsqueda de la verdad como fin del proceso. Sostiene este autor, contrastando al profesor Palomo, que no puede compartir la tesis que sostiene que la finalidad de la prueba civil no radica en la verdad histórica o en la realidad material de los hechos. “El proceso –señala- no puede alejarse de la verdad histórica. El

²⁷⁹ Además de las referencias hechas en este apartado, volveremos sobre el particular al tratar las críticas y defensas que se le han hecho a las modificaciones procesales en materia de familia y laboral.

²⁸⁰ En términos similares se pregunta Bordalí si “los “revisionistas” y aquellos que adhieren a sus tesis podrán replicar señalando que aunque la regulación de mayores poderes probatorios en manos del juez civil en realidad no es propio de experiencias totalitarias ni autoritarias, sino inclusive de sistemas procesales de Estados organizados como democracias, esos mayores poderes probatorios significan necesariamente una conculcación del principio dispositivo y del derecho a un debido proceso”, BORDALÍ SALAMANCA, Andrés, “Los poderes del juez civil”, en *Proceso Civil: Hacia una nueva Justicia Civil*, de la Oliva Santos, Andrés y Palomo Vélez, Diego Iván coordinadores, Ed. Jurídica de Chile, 2007, p. 188.

juez debe buscar esa verdad. De lo contrario, no se entiende al Derecho como instrumento de regulación social”²⁸¹.

Así, en una posición muy similar a la defendida en los primeros capítulos de esta presentación, y en términos muy similares a los planteados por la profesora Marina Gascón Abellán, el profesor Bordalí asume una concepción epistemológica de la prueba²⁸², que es consistente con una teoría de la decisión justa²⁸³ y un enfoque hacia la búsqueda de la verdad²⁸⁴, donde el juez debe aparecer facultado por el legislador para aportar pruebas al proceso, sin por eso ser imparcial, sino únicamente cumpliendo con la labor que le corresponde²⁸⁵.

Otra cosa agrega, es que para no vulnerar el derecho de defensa de las partes, les deba dar oportunidad a éstas, para i) controvertir la pertinencia o relevancia de la prueba; ii) participar en su realización; iii) producir contra prueba; iv) discutir acerca de la eficacia de la prueba de oficio antes de la decisión²⁸⁶.

Por otro lado, creer que porque un juez solicite la rendición de un determinado medio de prueba, se va a convertir en un juez parcial y dependiente, es no tener confianza en los jueces. “Si se piensa en un “buen” juez, capaz de ejercer correctamente

²⁸¹ En este sentido, el profesor Bordalí señala además, citando a Giovanni Verde (“le ideologie del proceso in un recente saggio”, en Rivista di Diritto Processuale, año LVII, N°3 julio-septiembre 2002, p.680), que “la jurisdicción es algo más que vía de solución de conflictos. Es instrumento de “justicia”...expresión que debe ser comprendida, en el sentido que sólo cuando los jueces son capaces de acercarse al máximo a la verdad, sobre los hechos que circundan a las afirmaciones de las partes en el proceso, se hace posible que el mandato abstracto y general previo contenido en la ley se aplique a un caso concreto” (BORDALÍ SALAMANCA, Andrés, “Los poderes del juez civil”, en Proceso Civil: Hacia una nueva Justicia Civil, de la Oliva Santos, Andrés y Palomo Vélez, Diego Iván coordinadores, Ed. Jurídica de Chile, 2007, p. 188.).

²⁸² Ver capítulo 3 “La prueba” y las concepciones existentes respecto a ésta. Claramente la defendida por Bordalí es la objetivista crítica.

²⁸³ Nos remitimos a lo señalado en la introducción de este texto sobre los requisitos que debe tener una decisión justa.

²⁸⁴ Si bien Bordalí en ninguna parte de este texto aborda el problema de la verdad, nos parece consecuente con lo aquí sostenido, que tiene que referirse necesariamente a la verdad como correspondencia en los términos *tarskianos*.

²⁸⁵ BORDALÍ SALAMANCA, Andrés, “Los poderes del juez civil”, en Proceso Civil: Hacia una nueva Justicia Civil, de la Oliva Santos, Andrés y Palomo Vélez, Diego Iván coordinadores, Ed. Jurídica de Chile, 2007, p. 201-202.

²⁸⁶ BORDALÍ SALAMANCA, Andrés, “Los poderes del juez civil”, en Proceso Civil: Hacia una nueva Justicia Civil, de la Oliva Santos, Andrés y Palomo Vélez, Diego Iván coordinadores, Ed. Jurídica de Chile, 2007, p. 202.

y racionalmente sus poderes, no hay razón de temer que él se vuelva parcial, e incapaz de valorar las pruebas, por el sólo hecho de haber dispuesto o sugerido su adquisición²⁸⁷.

En este sentido, la concepción del proceso que promueve una función activa del juez, debe necesariamente tener una confianza en ellos. Más que “la boca de la ley”, debe ver en estos juzgadores personas dignas de recibir la confianza no sólo para aplicar por subsunción la ley al caso concreto, sino también para con capacidad suficiente desarrollar su función activa, sin perder por eso su imparcialidad e independencia, dos valores básicos de todo juicio, que se encuentran consagrados además en nuestra propia Constitución Política de la República.

En suma, la pregunta acerca de si un modelo procesal civil requiere un juez activo o no, no debe ser respondida por medio de una cada vez más intrascendente, confusa y peligrosa comparación de los sistemas adversarial versus inquisitivo, sino sobre el fin del proceso y la confianza que se tiene en los jueces²⁸⁸.

Creemos fuertemente que los jueces están capacitados para tener un rol activo en el procedimiento, y creemos más todavía, que esa es la única manera de tener un procedimiento racional que desemboque en una decisión justa.

²⁸⁷ TARUFFO, Michele, “Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa”, ponencia presentada en la XXV Convención Nacional de la Asociación italiana de estudiosos del proceso civil, llevada a cabo en Cagliari, el 7 y 8 de octubre del 2005, p.27

²⁸⁸ Más todavía, la confianza en los jueces no sólo repercute en la posibilidad de otorgarles facultades probatorias de oficio. En efecto, para el profesor Núñez Ojeda, una consecuencia práctica de las consideraciones teóricas que aquí estamos haciendo, también tendría repercusión en el sistema recursivo. En efecto, expresa este profesor a favor de su tesis: “Así, frente al establecimiento del recurso de apelación como medio de impugnación de las sentencias, se propone avanzar hacia el establecimiento de un recurso de nulidad que permita una revisión de los hechos y el derecho, pero de una manera funcional con los cambios que conlleva un proceso civil moderno, oral, concentrado y sometido al sistema de libre apreciación de la prueba.

Si adoptamos la posición que a través del proceso civil se busca la verdad como correspondencia, en los términos señalados en este trabajo (al respecto, vale la pena destacar que el profesor Núñez al igual que nosotros, sigue al profesor Ferrer respecto de la relación entre esas dos nociones), el reconocimiento de mayores poderes al juez civil es una necesaria consecuencia. Además, ese mayor protagonismo se entrega, precisamente, al juez de instancia o de base, en quien necesariamente debemos confiar.

Un sistema de impugnación en un Estado democrático deliberativo debe respetar este binomio. Si fortalecemos los poderes del juez de instancia y confiamos en los mismos, necesariamente debemos reducir el nivel de impugnación de las sentencias definitivas a niveles racionales. Impugnación que necesariamente pasa por respetar la función jurisdiccional y estructural del nuevo sistema procesal civil”.

NÚÑEZ OJEDA, Raúl, “El sistema de recursos procesales en el ámbito civil en un Estado democrático deliberativo”, en revista “Ius et Praxis”, año 14 N°1, p.223.

Compartimos con Bordalí, que un juez con tales poderes (decretar pruebas de oficio) “no tiene porqué ser considerado un juez autoritario o totalitario. Un juez con tales poderes puede encontrarse en posición de ejercer su actividad jurisdiccional de mejor modo que un juez que carece de los mismos. Hay ahí una buena razón para que el legislador otorgue poderes probatorios al juez civil”²⁸⁹.

Taruffo²⁹⁰ agrega otras dos razones más: Por una parte, sostiene que no se puede esperar que las partes jueguen un papel cooperativo dirigido al descubrimiento interesado y objetivo de la verdad²⁹¹, y por otra, existen a menudo partes que se encuentran en posiciones jurídicas más débiles (consumidor, trabajador, etcétera) que no están en las mismas condiciones de rendir toda la prueba relevante, imposibilitando al tribunal en consecuencia el descubrimiento de la verdad y permitiendo que se concrete el peligro “que la verdad sea determinada por el poder de una parte más fuerte, más que por la ponderación justa de toda la prueba relevante”²⁹².

A mayor abundamiento, el mismo profesor español Joan Pico i Junoy aboga también por la actuación probatoria de oficio por parte del juez, argumentando que “la atribución de cierta iniciativa probatoria al juez tampoco lo convierte en un juez autoritario o fascista, pues, bien delimitada dicha iniciativa se evita esa objeción. Así, entiendo que al juez se le puede atribuir iniciativa probatoria siempre que se limite a los hechos discutidos en el proceso por lo que se protege el principio dispositivo, a las fuentes probatorias que ya consten en la causa –impidiendo así una actuación inquisitoria, susceptible de vulnerar

²⁸⁹ BORDALÍ SALAMANCA, Andrés, “Los poderes del juez civil”, en *Proceso Civil: Hacia una nueva Justicia Civil*, de la Oliva Santos, Andrés y Palomo Vélez, Diego Iván coordinadores, Ed. Jurídica de Chile, 2007, p. 205.

²⁹⁰ TARUFFO, Michele, “Investigación judicial y producción de prueba por las partes”, ponencia presentada en una conferencia dictada en Beijing en noviembre del 2002 y traducida por el profesor Juan Andrés Varas Braun, p.5 y 6.

²⁹¹ Para las partes el proceso sería un juego de sumatoria cero, con el objeto de ganar a cualquier costo, incluso al de la verdad. (TARUFFO, Michele, “Investigación judicial y producción de prueba por las partes”, ponencia presentada en una conferencia dictada en Beijing en noviembre del 2002 y traducida por el profesor Juan Andrés Varas Braun, p.5).

²⁹² TARUFFO, Michele, “Investigación judicial y producción de prueba por las partes”, ponencia presentada en una conferencia dictada en Beijing en noviembre del 2002 y traducida por el profesor Juan Andrés Varas Braun, p.6

la debida imparcialidad judicial-, y se permita ejercer el derecho de defensa de los litigantes”²⁹³.

Para terminar señalar únicamente que nos parece que debe ser la ideología la que determine los principios y no al revés. En consecuencia, debe ser el principio dispositivo el que se ajuste a un procedimiento que tenga como fin la búsqueda de la verdad, y no éste fin el que deba limitarse por dicho principio, máxime cuando la búsqueda de la verdad, ya tiene sus límites propios. Así las cosas, el principio dispositivo -en lo que a aportación de hechos (no de pruebas) y objeto del proceso se refiere-, ha de ser el contrapeso natural de las atribuciones probatorias y de oficio que al juez se le otorgue.

Sólo así, tendremos un juez imparcial e independiente que por medio de un debido proceso se esmere en averiguar la verdad de las afirmaciones sobre los hechos, condición necesaria para una decisión justa.

²⁹³ Vid. PICO I JUNOY, Joan, “El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia. Un debate mal planteado”, ponencia presentada al “Congreso Internacional de Derecho Procesal” celebrado en Lima del 29 al 31 de octubre de 2003, y publicada en Derecho Procesal Civil.

CAPÍTULO 6: ESTADO ACTUAL DE LA CUESTIÓN EN CHILE.

6.1 REFORMAS AL PROCEDIMIENTO LABORAL Y DE FAMILIA. GENERALIDADES

Los últimos años han sido cuna fértil en Chile para la reforma de procedimientos de antigua data. Así ocurrió con la bullada reforma al proceso penal, pero este espíritu reformador no se quedó ahí, sino que siguió modernizando otros procedimientos. En este sentido, es que además de la ya citada reforma penal, también se han producido otras reformas importantes en el ámbito civil.

Dentro de los procedimientos civiles que han sido reformados, encontramos por un lado la reforma hecha al procedimiento de familia por medio de la Ley 19.968 que crea en nuestro país los Tribunales de Familia, como la reforma procesal laboral introducida por la Ley 20.087 de 3 de enero de 2006²⁹⁴. Lo anterior, sin perjuicio de la inminente reforma al procedimiento civil, a la que ya hemos hecho referencia.

Dado que en este trabajo, nos intentamos proponer una tesis acerca de cuál debe ser el fin del proceso civil, nos parece interesante revisar si las reformas realizadas a estos procedimientos civiles en Chile²⁹⁵, se ajustan o no, con los postulados aquí propuestos.

Particularmente, nos interesa revisar que rol ha de ocupar el juez en estos procedimientos, haciendo especial hincapié en la discusión sostenida en el capítulo anterior sobre si el juez debe o no contar con una actividad probatorio de oficio.

²⁹⁴ Dicha ley, sufrió ciertas modificaciones por la ley 20.260 de 29 de marzo de 2008.

²⁹⁵ Nos parece en este sentido que el término procedimiento civil debe ser entendido en un sentido amplio, como todo aquel procedimiento derivados del derecho privado y en consecuencia no sólo es procedimiento civil el regulado por el correspondiente Código de Procedimiento Civil, sino también los procedimientos de Derecho de Familia o Derecho del Trabajo, pues en ambos casos, no obstante la cantidad de normas de orden público existentes en su ordenamiento, se tratan sin dudas de Derechos Privados. En este mismo sentido, -y agregando otro argumento- se pronuncia el profesor de la Universidad Austral, Iván Hunter, para quien “el proceso de familia debemos situarlo dentro del rótulo “proceso civil”, ya que esta expresión debe entenderse en oposición al proceso penal, por lo mismo, es comprensivo de todo proceso donde se traten materias no ligadas al ejercicio del *ius puniendi* estatal. El proceso de familia, labora o administrativo forman parte, entonces, del proceso civil”. HUNTER AMPUERO, Iván, “Poderes del Juez Civil: Algunas consideraciones a propósito del juez de familia”, en Revista de Derecho, Vol. XX N°1-julio 2007, p.206, nota 1.

En lo sucesivo, revisaremos cada una de estas reformas, (i) enumerando primero las modificaciones procesales más importantes, (ii) para luego responder si tales reformas otorgan al juez facultad probatoria de oficio o no, y (iii) finalmente hacer una breve revisión de lo que la doctrina especializada ha dicho sobre dichas reformas.

Revisaremos primero las reformas al procedimiento de familia; y luego las realizadas al procedimiento laboral.

6.1.1 REFORMAS AL PROCEDIMIENTO DE FAMILIA²⁹⁶.

La ley de tribunales de familia, señala el profesor Hunter, “contempla un crisol no despreciable de potestades oficiosas, tanto formales como materiales”²⁹⁷, esto es, de potestades relativas tanto al manejo del proceso (formales), como algunas materiales o de fondo, las que como veremos se relacionan especialmente con el tema de la prueba.

Así, dentro de las potestades formales, se consagra principalmente la actuación de oficio del tribunal²⁹⁸, que significa permitir al tribunal una mejor dirección del proceso.

Por otro lado, se le consagran también una serie de potestades materiales o de fondo, en virtud de las cuales, “el juez puede ingresar prueba no contemplada por las partes, excluir otras tantas, y aún pasar por encima de la prueba rendida por ellas”²⁹⁹.

Dentro de estas, encontramos algunas como la de artículo 29 inciso primero³⁰⁰, el cual indirectamente le otorga potestades al juez, pues a final de cuentas, de él depende acceder a la producción de dichas pruebas.

²⁹⁶ Cada vez que dentro de este acápite hagamos referencia a un artículo, ésta se debe entender hecha a la Ley 19.968 que crea los Tribunales de Familia, a menos que expresamente se señale otro cuerpo legal.

²⁹⁷ HUNTER AMPUERO, Iván, “Poderes del Juez Civil: Algunas consideraciones a propósito del juez de familia”, en Revista de Derecho, Vol. XX N°1-julio 2007, p.210.

²⁹⁸ Artículo 13 de la ley de tribunales de familia: “Promovido el proceso y en cualquier estado del mismo, el juez deberá adoptar de oficio, todas las medidas necesarias para llevarlo a término con la mayor celeridad”.

²⁹⁹ HUNTER AMPUERO, Iván, “Poderes del Juez Civil: Algunas consideraciones a propósito del juez de familia”, en Revista de Derecho, Vol. XX N°1-julio 2007, p.211.

³⁰⁰ Artículo 29: “Las partes podrán, en consecuencia, ofrecer todos los medios de prueba de que dispongan, pudiendo solicitar al juez de familia que ordene, además, la generación de otros de que tengan conocimiento y que no dependan de ellas, sino de un órgano o servicio público o de terceras personas, tales como pericias, documentos, certificaciones u otros medios aptos para producir fe sobre un hecho determinado”.

De forma más directa, el inciso segundo de la misma norma, agrega que “el juez de oficio, puede ordenar que se acompañen todos aquellos medios de prueba de que tome conocimiento o que, a su juicio, resulte necesario producir en atención al conflicto familiar de que se trate”.

Asimismo, el artículo 45³⁰¹, es otra manifestación de estas potestades al permitir al juez aportar prueba al proceso.

En síntesis, no cabe duda que la reforma al procedimiento de familia se inclina a favor de entregarle facultades probatorias de oficio a los jueces, lo que se fundamenta en palabras del profesor Hunter en que “el proceso de familia no puede ignorar que de su objeto derivan graves consecuencias en el plano social, económico, jurídico y sobre todo moral, que inciden fuertemente en toda la comunidad, lo que hace exigible una magistratura altamente activista”³⁰².

Más todavía, agrega, que la solución de los conflictos de familia reclama un proceso que busque la verdad (lo que nuevamente fundamenta y justifica la existencia de poderes probatorios de oficio), “a fin de que la sentencia se apegue lo más posible a la realidad fáctica donde el juez está llamado a aplicar el derecho”.³⁰³

6.1.2 REFORMAS AL PROCEDIMIENTO LABORAL³⁰⁴.

³⁰¹. “Artículo 45.- Procedencia de la prueba pericial. Las partes podrán recabar informes elaborados por peritos de su confianza y solicitar que éstos sean citados a declarar a la audiencia de juicio, acompañando los antecedentes que acrediten la idoneidad profesional del perito.

Procederá la prueba pericial en los casos determinados por la ley y siempre que, para apreciar algún hecho o circunstancia relevante para la causa, fueren necesarios o convenientes conocimientos especiales de una ciencia, arte u oficio.

Los informes deberán emitirse con objetividad, ateniéndose a los principios de la ciencia o a las reglas del arte u oficio que profesare el perito.

Asimismo, el juez, de oficio o a petición de parte, podrá solicitar la elaboración de un informe de peritos a algún órgano público u organismo acreditado ante el Servicio Nacional de Menores que reciba aportes del Estado, cuando lo estime indispensable para la adecuada resolución del conflicto” (el énfasis es nuestro).

³⁰² HUNTER AMPUERO, Iván, “Poderes del Juez Civil: Algunas consideraciones a propósito del juez de familia”, en Revista de Derecho, Vol. XX N°1-julio 2007, p.215.

³⁰³ HUNTER AMPUERO, Iván, “Poderes del Juez Civil: Algunas consideraciones a propósito del juez de familia”, en Revista de Derecho, Vol. XX N°1-julio 2007, p.216.

³⁰⁴ Cada vez que dentro de este acápite hagamos referencia a un artículo, ésta se debe entender hecho al Código del Trabajo, a menos que expresamente se señala otro cuerpo legal.

Dentro de las reformas realizadas, y siguiendo la clasificación hecha al tratar las modificaciones al procedimiento de familia, también podemos distinguir entre modificaciones que dicen relación con potestades formales por un lado, y materiales o de fondo por otro.

Nuevamente también, al igual que en materia de procedimiento de familia, se le entregan al juez potestades formales relativas al *íter* procesal, consagrando el principio de “impulso procesal de oficio”³⁰⁵.

El juez laboral, en palabras del profesor Palavecino, “ha sido dotado de suficientes potestades formales para intitularlo con toda propiedad como juez “director” o “conductor” (y hasta legislador) del proceso laboral³⁰⁶.

Ahora bien, en relación al tema que más nos importa – el de la prueba-, podemos señalar que el legislador le otorga al juez poderes en relación³⁰⁷ (i) con la apertura del período probatorio³⁰⁸, (ii) con el objeto de la prueba y su incorporación al proceso³⁰⁹, (iii) con la admisión de los medios de prueba³¹⁰, (iv) con la facultad incluso de impedir la rendición de prueba previamente admitida³¹¹, y finalmente (v) para dictar prueba de oficio.

³⁰⁵ Este principio se encuentra recogido por ejemplo, en el artículo 429 que señala en su parte respectiva que “el tribunal de oficio, a petición de parte, proveerá lo que convenga para la prosecución del juicio, sin necesidad de certificado previo”.

³⁰⁶ PALAVECINO CÁCERES, Claudio, “El retorno del inquisidor: Las potestades judiciales en materia probatoria en el procedimiento laboral chileno”, publicado en Revista Laboral Chilena, N° 173, enero 2009, p.79 (el autor llega a esta conclusión, no sólo por normas como las de los artículos 425 o 429 inciso 1°, sino también por los incisos 2° y 3° del artículo 429 o la del 432.1)

³⁰⁷ La siguiente esquematización, está tomada de PALAVECINO CÁCERES, CLAUDIO, “El retorno del inquisidor: Las potestades judiciales en materia probatoria en el procedimiento laboral chileno”, publicado en Revista Laboral Chilena, N° 173, enero 2009, p.79-84.

³⁰⁸ El artículo 453 N°3 encomienda al juez decidir si se debe o no abrir el período probatorio.

³⁰⁹ El artículo 453 N°3, se diferencia del artículo 318 del CPC, en que “no contiene una norma que vincule de manera tan clara al juez respecto de los hechos que surgen de la actividad dialéctica que las partes despliegan durante la etapa del debate”. PALAVECINO CÁCERES, Claudio, “El retorno del inquisidor: Las potestades judiciales en materia probatoria en el procedimiento laboral chileno”, publicado en Revista Laboral Chilena, N° 173, enero 2009, p.9

³¹⁰ Conforme al artículo 453 N°4, la inadmisión de la prueba ofrecida, puede ser por impertinencia o por ilicitud de la misma, será decretada por el tribunal *motu proprio* o a petición de parte. (PALAVECINO CÁCERES, Claudio, “El retorno del inquisidor: Las potestades judiciales en materia probatoria en el procedimiento laboral chileno”, publicado en Revista Laboral Chilena, N° 173, enero 2009, p.13).

³¹¹ Ver el artículo 453 N°5. Esta norma, tendría como fundamento impedir el alargamiento inútil del proceso; es en ese sentido una norma de celeridad.

En efecto, en relación a este último punto, el artículo 429 del Código del Trabajo señala que, el tribunal “decretará las pruebas que estime necesarias, aun cuando no las hayan ofrecido las partes”.

Dicho artículo, sienta desde ya el principio de la actividad probatoria oficiosa del tribunal.

Así las cosas, y teniendo en consideración ambas reformas estudiadas, es dable concluir que nuestro legislador va en la dirección correcta a nuestro juicio, al fortalecer los poderes del juez, otorgándole no sólo facultades formales para convertirlo en juez director de los tiempos y momentos procesales, sino también, facultades materiales que le permiten buscar de mejor manera la verdad de lo ocurrido. Es claro en este sentido, la orientación que el legislador le da a estos procesos, en orden a ser instrumentos para la búsqueda de la verdad.

Esta decisión legislativa de otorgar facultades probatorias de oficio al tribunal en estos procedimientos, ha sido sin embargo, controvertido por parte importante de la doctrina. Nos interesa por consiguiente estudiar en el siguiente apartado las críticas que dentro de los sectores del Derecho de Familia o del Derecho del Trabajo, hayan podido recibir estas reformas.

6.2 DE NUEVO SOBRE LA POSIBILIDAD QUE EL JUEZ PUEDA DICTAR PRUEBA DE OFICIO. CRÍTICAS, DEFENSAS Y CONCLUSIONES.

Habíamos señalado anteriormente que la relación entre el fin del proceso y la prueba, tenía diversas repercusiones prácticas. Una de ellas dice relación con la función del juez y particularmente con la posibilidad de otorgarle potestades para que pueda dictar prueba de oficio. Señalamos asimismo, como una serie de consideraciones teóricas que se tenga, influenciaban la respuesta práctica que se le quiera dar al tema, y concluíamos que si verdaderamente creíamos que el fin del proceso era la búsqueda de la verdad, se le debía otorgar al juez dichas potestades.

Luego analizamos que en las reformas a los procedimientos de familia y laboral, así había sido. Nos interesa ahora, ver ciertas reacciones doctrinarias sobre esta decisión legislativa.

No es de extrañar que parte de la doctrina, siguiendo a Montero Aroca, era que no, expresen que la posibilidad de que el juez proponga prueba es incompatible con un proceso dispositivo, dado que el sentenciador asumiría el rol de parte. Así señalan que una cosa es que se otorgue mayores poderes procesales (o formales como lo hemos llamado hasta el momento) al juez, pero otra muy distinta es que se le otorguen potestades que permitan determinar el contenido material de la sentencia, como lo sería el poder señalar medios de prueba de oficio, pues en este segundo caso señalan, se está acabando con la imparcialidad. Agregan en efecto, que aquello rompería el principio de igualdad de las partes, sin respetar el derecho deber de un juez imparcial e independiente³¹².

Así las cosas, las principales críticas que se le hace a la decisión del legislador en orden a conceder iniciativa probatoria de oficio al juez, las podemos resumir por un lado, en que se afecta la imparcialidad del juez, y por otro, que afecta un debido proceso.

Particularmente crítico contra las reformas introducidas en materia procesal laboral, se encuentra el profesor Claudio Palavecino quien desde el inicio recurre a la falacia ya desvirtuada en este texto, de intentar identificar el proceso en que se le otorgan importantes facultades probatorias a los jueces, con un proceso inquisitivo, autoritario o totalitario.

Este autor, previa cita de normas constitucionales o de Tratados Internacionales³¹³, concluye que la imparcialidad tiene un alcance general a todos los procedimientos, e

³¹² Véase en este sentido HUNTER AMPUERO, Iván, “Poderes del Juez Civil: Algunas consideraciones a propósito del juez de familia”, en Revista de Derecho, Vol. XX N°1-julio 2007, p.208.

³¹³ A su juicio la Constitución lo reconocería implícitamente a través del derecho a ser juzgado por el tribunal previamente determinado en la ley, mientras que el Pacto de San José de Costa Rica lo reconoce expresamente en su artículo 8 N° 1 al señalar en su parte correspondiente que “toda persona tiene derecho a ser oída...por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial establecido con anterioridad por la ley...para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter” PALAVECINO CÁCERES, CLAUDIO, “El retorno del inquisidor: Las potestades judiciales en materia probatoria en el procedimiento laboral chileno”, publicado en Revista Laboral Chilena, N° 173, enero 2009, p.78. (El destacado es del texto del profesor Palavecino, no de la norma).

intenta demostrar como la posibilidad de otorgar al juez poderes probatorios de oficio, pondría fin a dicha imparcialidad.

Compartimos que la imparcialidad es un elemento necesario y esencial a cualquier procedimiento, pero no creemos que el otorgar facultades probatorias de oficio al juez, sea contrario a dicho principio fundamental.

Sostiene Palavecino –muy influenciado por las ideas tanto de Montero Aroca como de Alvarado Velloso- que sería contrario al sentido común e impresentable en cualquier proceso “ver al juez bajar de su estrado, tomar del brazo a uno de los abogados y escuchar que le susurra bondadosamente al oído: estimado colega, olvidó usted pedir la documental, la cual es vital para el interés de su defendido en este caso. Mas no se inquiete, pues la pediré yo en su lugar”³¹⁴. Esa actuación supletoria de la actuación de las partes, concluye, conspira contra la debida imparcialidad³¹⁵.

Pero no sólo se afectaría a la imparcialidad, sino que también a la garantía del debido proceso, sostiene basado en la incompatibilidad de funciones procesales entre instrucción y juzgamiento (imparcialidad del juzgador) y, por otro, en la necesaria ausencia de interés subjetivo del juez en la solución del litigio (imparcialidad del juzgador)³¹⁶.

Ahora bien, para nosotros tal como señalamos no nos parece que la producción de prueba de oficio afecte a la imparcialidad ni al debido proceso.

³¹⁴ PALAVECINO CÁCERES, CLAUDIO, “El retorno del inquisidor: Las potestades judiciales en materia probatoria en el procedimiento laboral chileno”, publicado en Revista Laboral Chilena, N° 173, enero 2009, p. 79.

³¹⁵ En este sentido, no sólo Palavecino, sino también en Chile, Alex Carocca.

³¹⁶ PALAVECINO CÁCERES, CLAUDIO, “El retorno del inquisidor: Las potestades judiciales en materia probatoria en el procedimiento laboral chileno”, publicado en Revista Laboral Chilena, N° 173, enero 2009, p.83 y 84.

Vale la pena señalar en este minuto, las palabras del profesor Alvarado Velloso, quien al explicar sobre la imparcialidad señala que la palabra imparcialidad significa varias cosas más que falta de interés, y así por ejemplo, exige una ausencia de prejuicios de todo tipo, independencia de cualquier opinión, tener oídos sordos ante sugerencia o persuasión de parte interesada, no identificación con alguna ideología, y por cierto, evitar toda participación en la investigación de los hechos o en la formación de los elementos de convicción. Concluye finalmente que “la imparcialidad del juzgador es lo que asegura la igualdad de los parciales, por ende, la idea expresada debe ser entendida como la sumatoria de tres cualidades esenciales: imparcialidad, imparcialidad e independencia”. ALVARADO VELLOSO, Adolfo, “La imparcialidad judicial y la función del juez en el proceso civil”, en en Proceso Civil: Hacia una nueva Justicia Civil, de la Oliva Santos, Andrés y Palomo Vélez, Diego Iván coordinadores, Ed. Jurídica de Chile, 2007, p.283-292.

Respecto de la imparcialidad, si bien el ejemplo del profesor Palavecino puede parecer gracioso, nos parece que es burdo respecto de la realidad, pues no se trata y nunca se ha pretendido que el juez dotado de estas facultades reemplace a la parte, ni mucho menos a su abogado, sino que el juez dudoso de la ocurrencia de cierto hecho o no, pueda hacer todo cuanto esté dentro de sus posibilidades para conocer la verdad de lo ocurrido.

Además, no es menos cierto que el juez *ex ante* no tiene como saber a quién favorecerá con la prueba ordenada. De hecho, siguiendo el ejemplo de Palavecino, sería como que el juez le dijera al abogado “estimado colega, usted señala en su demanda que conforme al contrato de trabajo la remuneración del empleador es de \$200.000 (doscientos mil pesos), pero olvidó acompañar dicho contrato, sólo lo reafirmó por testigos , razón por la cual y para ayudarlo, es que voy a solicitar la incorporación del contrato como prueba”. Finalmente agregado el contrato, éste señala que la remuneración del trabajador ascendía únicamente a \$180.000 (ciento ochenta mil pesos).

Comparto que este argumento también puede ser burdo, pero sirve al menos para probar la falsedad del argumento de Palavecino, y demostrar como con anterioridad a la rendición de la prueba, el juez no puede saber a quién va a beneficiar, y no puedo en consecuencia ser imparcial.

De manera notable, Hunter expresa que “la prueba aportada por el juez, lejos de buscar el beneficio de una de las partes, tiene un desinterés objetivo, no está destinada a convencerse sobre la factibilidad de la pretensión o resistencia, sino que alcanzar dentro de los términos en que las partes situaron el objeto del litigio, aquella verdad extraprocesal, a fin de importarla y convertirla en una verdad endoprocesal”³¹⁷.

En suma, el juez no pierde su imparcialidad al aportar prueba, pues puede ocurrir –como lo graficamos en el ejemplo- que una vez rendida la prueba, ésta termine

³¹⁷ HUNTER AMPUERO, Iván, “Poderes del Juez Civil: Algunas consideraciones a propósito del juez de familia”, en Revista de Derecho, Vol. XX N°1-julio 2007, p.217.

convenciéndolo del hecho contrario que quiere probar, como también y por sobre todo, porque el juez que aporta prueba no lo hace para beneficiar a alguna de las partes³¹⁸.

Acreditado entonces que, la facultad probatoria de oficio del juez no afecta la imparcialidad, es necesario agregar con Bordalí que para que dicha facultad no afecte el derecho a defensa ni vulnere consecuentemente el debido proceso, se hace imperioso otorgarle a las partes ciertas garantías de contradicción³¹⁹.

En efecto, esta potestad que se le otorga al juez debe ser limitada y controlada para que no se pueda abusar de ella. Se trata en el fondo de concretizar ciertas garantías³²⁰ necesarias que funcionen como contrapeso de la mayor libertad probatoria que se le da al juez. Bordalí resume lo anterior señalando que “a más facultades del juez, mayor bilateralidad y controles de parte”³²¹.

De esta forma, estableciendo límites basados principalmente en garantías que aseguren el contradictorio, se permite que el ejercicio por parte del juez de sus facultades probatorias, no sólo no afecten su imparcialidad, sino tampoco el debido proceso, y de esta forma los poderes probatorios del juez pueden fundadamente concebirse como legítimos al no afectar en caso alguno los derechos de los justiciables.

Así las cosas, y ya analizadas las reformas a los procedimientos de familia y laboral, nos parece que podemos concluir sin dudas, que nuestro legislador ha otorgado

³¹⁸ En este sentido se pronuncia también el profesor Pico i Junoy. (PICO I JUNOY, “Los principios del nuevo proceso civil español”, Editorial Comunitás, Perú, p.205.

³¹⁹ Véase Bordalí (BORDALÍ SALAMANCA, Andrés, “Los poderes del juez civil”, en Proceso Civil: Hacia una nueva Justicia Civil, de la Oliva Santos, Andrés y Palomo Vélez, Diego Iván coordinadores, Ed. Jurídica de Chile, 2007, p. 195), quien agrega que dentro de estas garantías se debe dar oportunidad a las partes para: a) controvertir la pertinencia o relevancia de la prueba que se está produciendo; b) participar en su realización; c) producir contra-prueba; d) discutir acerca de la eficacia de la prueba de oficio antes de la decisión.

³²⁰ Así por ejemplo Hunter, al igual que Bordalí, señala ciertas garantías o presupuestos para que la aportación de prueba por parte del juez de familia no afecten la imparcialidad ni el debido proceso. Las llama “contrapoderes probatorios” y son prácticamente las mismas señaladas por Bordalí, a saber: a) controvertir la pertinencia o relevancia de la prueba que se intenta producir ; b) participar en su realización, c) producir contra-prueba, d) discutir acerca de la eficacia de la prueba de oficio antes de la decisión; e) se limite a los hechos discutidos en el pleito; f) a las fuentes probatorias que ya consten en la causa; y g) se permita ejercer el derecho a defensa a los litigantes, ampliando sus pruebas inicialmente propuestas. HUNTER AMPUERO, Iván, “Poderes del Juez Civil: Algunas consideraciones a propósito del juez de familia”, en Revista de Derecho, Vol. XX N°1-julio 2007, p. 218-229.

³²¹ BORDALÍ SALAMANCA, Andrés, “Los poderes del juez civil”, en Proceso Civil: Hacia una nueva Justicia Civil, de la Oliva Santos, Andrés y Palomo Vélez, Diego Iván coordinadores, Ed. Jurídica de Chile, 2007, p. 195.

en ambas ocasiones, importantes potestades formales pero también materiales a los jueces, permitiéndole en ambos casos, poder aportar prueba al proceso.

Esta decisión legislativa tiene un fundamento inmediato distinto en cada caso, dada las particularidades propias de cada uno de estos ordenamientos, pero desde un punto de vista mediato, podemos sostener que tiene su fin en la concepción ideológica que el legislador tiene sobre el proceso civil, cual es, que éste debe estar orientado a la búsqueda de la verdad. De lo contrario, no se entendería para qué el legislador otorgaría tales potestades a los jueces.

Dadas todas las consideraciones anteriores, no es de extrañar que estamos de acuerdo y celebramos las reformas hechas en estos procedimientos, pues nos parece no sólo (i) que el fin del proceso debe ser la búsqueda de la verdad, sino también (ii) que para cumplir con dicho fin es necesario otorgarle al juez la posibilidad de solicitar prueba de oficio, puesto que (iii) si no se le entregan dichas facultades al juez, nos parece que malamente entonces podríamos decir que se trata de un proceso que busca la verdad (nos parece casi contradictorio señalar que en un proceso que tenga como fin la búsqueda de la verdad, no se le permita al juez tener iniciativa probatoria de oficio), o al menos no, la verdad entendida como correspondencia.

CAPÍTULO 7: ESTADO DE LA CUESTIÓN EN EL DERECHO COMPARADO.

Con el afán de demostrar la necesaria relación que habría de existir entre un juez al que se le otorga facultades probatorias de oficio y el carácter autoritario del mismo, Montero Aroca afirma que “hay un hecho innegable: todos los códigos o leyes de reforma dictados en el siglo XX en los que se ha aumentado fuertemente los poderes del juez han sido dictados –y no será por casualidad- por regímenes autoritarios cuando no totalitarios, regímenes en los que se ha limitado fuertemente o incluso suprimido la independencia judicial”³²².

Señalamos anteriormente que dicha relación más tiene de *slogan* que de realidad y adelantábamos que, en efecto, todas las reformas modernas van por un camino distinto al esbozado por el profesor Montero Aroca.

Para demostrar lo anterior, nos valdremos principalmente de dos textos en que el profesor Taruffo³²³ –sino el más importante procesalista de hoy, de seguro el comparatista más importante- expone como en casi todos los Códigos de Procedimiento Civil, tanto de países del *civil law* como del *common law* han otorgado en los últimos años cada vez más facultades de dirección y de prueba a los jueces, siendo que ninguno de los países en que se realizaron dichas reformas, eran autoritarios o totalitarios al momento de realizarlas. En efecto, veremos que los países citados, son todos democráticos.

En este sentido, es que señalaremos brevemente las reformas de países como España, Francia y Alemania (todos países que responden a la tradición del derecho continental) que dan cuenta del fenómeno de un juez más activo, para luego señalar las reformas que han habido en Estados Unidos e Inglaterra, las cuales no obstante enfocarse en una tradición del *common law* y particularmente en un sistema adversarial, igualmente han preferido por darle mayores poderes a los jueces.

³²² Vid. Montero Aroca “El proceso civil llamado “social” como instrumento de justicia autoritaria”, p. 141.

³²³ (i) TARUFFO, Michele, “Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa”, ponencia presentada en la XXV Convención Nacional de la Asociación italiana de estudiosos del proceso civil, llevada a cabo en Cagliari, el 7 y 8 de octubre del 2005; y (ii) TARUFFO, Michele, “Investigación judicial y producción de prueba por las partes”, ponencia presentada en una conferencia dictada en Beijing en noviembre del 2002 y traducida por el profesor Juan Andrés Varas Braun.

El peligro que la verdad sea determinada por el poder de una de las partes por sobre la otra, en vez de por la correspondencia con la realidad, ha llevado a proveer a los tribunales de rol más activo. “Actualmente –agrega Taruffo- casi todos los sistemas procesales han cambiado del sistema tradicional adversarial, con un tribunal pasivo que confía exclusivamente en la producción de prueba por las partes, a un modelo en el cual el tribunal es responsable de la consecución de decisiones verdaderas acerca de los hechos del caso. Consecuentemente, los tribunales son investidos con todas las facultades activas, necesarias para jugar este papel”³²⁴.

7.1 FRANCIA.

En el caso de este país, su Código de Procedimiento Civil, le otorga la facultad –no menor-, de poder ordenar de oficio todos los medios admisibles de prueba.

En efecto, el artículo 10 de este código señala que “*a le pouvoir d’ordonner d’office toutes les mesures d’instruction légalement admissibles*”³²⁵. Se trata, de un poder discrecional y no de un deber, de una facultad que se le otorga para ir más allá de lo probado por las partes.

Por otro lado, este poder que acentúa el papel activo del juez nada tiene que ver con una cuestión autoritaria. De hecho, “parece difícil pensar que Francia haya tenido en los últimos treinta años – o sea a partir de la entrada en vigencia del *code de procédure civile*- un régimen autoritario”³²⁶.

Ahora bien, esta norma del artículo 10, debe ser complementada con aquella que señala el artículo 146 del mismo código que especifica que la facultad concedida al tribunal por el artículo 10 debe ser usada sólo cuando una parte no puede presentar ninguna prueba acerca de un hecho que ha alegado.

³²⁴ TARUFFO, Michele, “Investigación judicial y producción de prueba por las partes”, ponencia presentada en una conferencia dictada en Beijing en noviembre del 2002 y traducida por el profesor Juan Andrés Varas Braun, p.6.

³²⁵ “Tiene el poder de ordenar de oficio todas las medidas de instrucción legalmente admisibles”. Traducción libre.

³²⁶ Vid. BARBOSA MOREIRA, “El neoprivatismo en el proceso civil”, en Revista Iberoamericana de Derecho, 2005, n°7, p.18.

En este sentido, aparece como conclusión obligada que el rol del tribunal no es el de sustituir a las partes en la producción de las pruebas, ni mucho menos impedirselo, sino que en aquellos casos en que una o ambas partes no sean exitosas en poder probar sus afirmaciones, el tribunal debiera jugar un rol activo³²⁷. De esta forma, se conjuga perfecto una concepción más activa del juez, completamente respetuosa del principio dispositivo y de las garantías de imparcialidad e independencia.

7.2 ALEMANIA.

La situación en este país, sigue una tendencia bastante manifiesta al aumento o incremento de los poderes de instrucción de los jueces. El juez alemán puede contar sustancialmente de oficio con todos los medios de prueba, con la sola excepción de la prueba testimonial. En todo caso, respecto de ésta, se le concede empero la facultad que en caso que las partes no hayan presentado testigos que el juez pueda considerar relevantes, éste puede preguntar a las partes si han considerado esa posibilidad y por qué no la han querido hacer valer.

Las reformas al *Zivilprozessordnung* (en adelante, indistintamente ZPO) han estado dirigidas a reducir progresivamente el monopolio de las partes sobre el proceso. En este sentido es que se le han otorgado y confiado al juez tareas de administración y dirección, e incluso las reformas del 2001, otorgaron al juez una gama bastante amplia de poderes relativos a la prueba de los hechos.

Los artículos 142 y 144 de la ZPO, otorgan al juez el poder de ordenar de oficio a las partes y a los terceros la exhibición de documentos a la que una parte haya hecho referencia, como también, del poder de disponer de las cosas.

Así las cosas, el juez alemán “desarrolla un papel muy activo tanto en la dirección del proceso como en la gestión de la fase de instrucción”³²⁸, sin que podemos señalar que

³²⁷ En este sentido ver también TARUFFO, Michele, “Investigación judicial y producción de prueba por las partes”, ponencia presentada en una conferencia dictada en Beijing en noviembre del 2002 y traducida por el profesor Juan Andrés Varas Braun, p.7.

³²⁸ TARUFFO, Michele, “Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa”, ponencia presentada en la XXV Convención Nacional de la Asociación italiana de estudiosos del proceso civil, llevada a cabo en Cagliari, el 7 y 8 de octubre del 2005, p.111.

haya sido el nazismo el que haya permitido el paso de una concepción pasiva a una activa del papel del juez.

7.3 ESPAÑA.

Como señalamos anteriormente, el año 2000 empezó a regir en España una nueva regulación procesal. Se trata de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante, indistintamente LEC), la que sobre la materia que nos interesa –poderes del juez en materia probatoria-, se ha llegado a un compromiso entre las tendencias liberales y autoritarias. Al respecto señala el profesor Montero Aroca que “esta solución de compromiso conduce a la indeterminación del modelo procesal y serán los jueces los que le den contenido”³²⁹.

Esta confrontación se manifiesta principalmente en los siguientes artículos: Por un lado el artículo 282 señala que la iniciativa probatorio corresponde a las partes, de modo que las pruebas se practicarán a instancia de parte, y por otro, el artículo 429,1, II, establece que para el final de la audiencia previa en el juicio ordinario que “cuando el tribunal considere que las pruebas propuestas por las partes pudieran resultar insuficientes para el esclarecimiento de los hechos controvertidos lo pondrá de manifiesto a las partes indicando el hecho o hechos que, a su juicio, podrían verse afectados por la insuficiencia probatoria. Al efectuar esta manifestación, el tribunal ciñéndose a los elementos probatorios cuya existencia resulte de los autos, podrá señalar también la prueba o pruebas cuya práctica considere conveniente. En el caso a que se refiere el párrafo anterior, las partes podrán completar o modificar sus proposiciones de prueba a la vista de lo manifestado por el tribunal”.

Pero en suma, para los fines de este trabajo, incluso la LEC otorga al juez la posibilidad de hacer que sean deducidas por las partes las pruebas que considera relevantes para su decisión, y podemos agregar además, que “es absolutamente evidente que la LEC del 2000 no es el fruto de una visión autoritaria del proceso civil, tal y como

³²⁹ Montero Aroca Cap. III, p. 15. Este profesor – quizás el más importante contradictor de los poderes probatorios del juez-, se excusa respecto del compromiso que no es malo haber cedido otorgando ciertas facultades probatorias a los jueces, pues “no hace falta tener mucha experiencia para estar convencido de que el juez español no hará uso de la facultad que le confiere el artículo 429.1, II de la nueva LEC”. MONTERO AROCA, JUAN, “Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, Sección Tercera “Los principios del nuevo proceso civil español”.

parece absurda la hipótesis de que estaría vigente un régimen político autoritario en la España del 2000”³³⁰.

Así las cosas, ha quedado al descubierto que aún el proceso “liberal y garantista” por antonomasia para Montero Aroca³³¹, otorga igualmente facultades probatorias al juez, lo que demuestra que, (i) la completa pasividad no es la tendencia hoy; y (ii) que el hecho que los jueces tengan dichas posibilidades no afecta efectivamente el principio dispositivo en su esencia.

7.4 ESTADOS UNIDOS E INGLATERRA.

Los ordenamientos jurídicos de estos países, herederos de la tradición del *common law*, representan por antonomasia lo que es denominado en doctrina y que aquí también hemos hecho referencia, una visión adversarial del proceso. En sus versiones más tradicionales, se tratan de ordenamientos orales, donde el fin del proceso es la resolución del conflicto por medio de un juez imparcial, a quien no se le otorgaban mayores potestades.

Hoy, además de la crisis que están sufriendo los modelos tradicionales³³², podemos señalar que las reformas en estos ordenamientos van en el sentido de aumentar los poderes de los jueces, siendo que conforme al paradigma del *adversary system* debiese suceder ser todo lo contrario.

En el caso de Estados Unidos, las *Federal Rules of Evidence*, son las normas a partir de las cuales debemos analizar las facultades que tiene el juez en materia de prueba, y su estudio, más de alguna sorpresa nos va a deparar.

³³⁰ TARUFFO, Michele, “Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa”, ponencia presentada en la XXV Convención Nacional de la Asociación italiana de estudiosos del proceso civil, llevada a cabo en Cagliari, el 7 y 8 de octubre del 2005, p.15.

³³¹ MONTERO AROCA, JUAN, “Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, Sección Tercera “Los principios del nuevo proceso civil español”, p.57 y siguientes.

³³² Véase, TARUFFO, Michele “El civil law y el common law: Aspectos fundamentales” en “Sobre las Fronteras. Escritos sobre la justicia civil”, editorial Temis, Bogotá, 2006, especialmente p.60-64.

Así es como la *Rule 614(a)*³³³, atribuye al juez la facultad de disponer de oficio prueba testimonial no propuestas por las partes, mientras que la *Rule 614(b)*³³⁴ lo faculta para interrogar a los testigos, sea que éstos hayan sido propuestos o llamados de oficio.

Éstas en todo caso, no son las únicas normas que le otorgan al juez potestades materiales o poderes de instrucción (en dicho abanico de normas, debemos incluir también por ejemplo la *Rule 706*³³⁵ que le atribuye poder decretar prueba pericial de oficio), de modo que podemos concluir que no obstante el proceso estadounidense se trata de un proceso adversarial, las reformas van dirigidas no obstante a dotar al juez de mayores poderes no sólo de dirección, sino también en orden a que éste pueda disponer de más y mejores elementos de hecho para poder averiguar la verdad de lo ocurrido.

Por último, debemos revisar el caso de Inglaterra, ordenamiento que si bien no prevé poderes de iniciativa probatoria del juez, otorga a éste sin embargo, un papel cada vez más activo³³⁶.

³³³ **Rule 614. Calling and Interrogation of Witnesses by Court**

(a) Calling by court.—The court may, on its own motion or at the suggestion of a party, call witnesses, and all parties are entitled to cross-examine witnesses thus called.

Fuente: http://afcca.law.af.mil/content/afcca_data/cp/us_federal_rules_of_evidence_2006.pdf

³³⁴ **Rule 614. Calling and Interrogation of Witnesses by Court**

(b) Interrogation by court.—The court may interrogate witnesses, whether called by itself or by a party.

Fuente: http://afcca.law.af.mil/content/afcca_data/cp/us_federal_rules_of_evidence_2006.pdf

³³⁵ **Rule 706. Court Appointed Experts**

(a) Appointment.—The court may on its own motion or on the motion of any party enter an order to show cause why expert witnesses should not be appointed, and may request the parties to submit nominations. The court may appoint any expert witnesses agreed upon by the parties, and may appoint expert witnesses of its own selection. An expert witness shall not be appointed by the court unless the witness consents to act. A witness so appointed shall be informed of the witness' duties by the court in writing, a copy of which shall be filed with the clerk, or at a conference in which the parties shall have opportunity to participate. A witness so appointed shall advise the parties of the witness' findings, if any; the witness' deposition may be taken by any party; and the witness may be called to testify by the court or any party. The witness shall be subject to cross-examination by each party, including a party calling the witness.

Fuente: http://afcca.law.af.mil/content/afcca_data/cp/us_federal_rules_of_evidence_2006.pdf

³³⁶ Véase en este sentido, TARUFFO, Michele, "Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa", ponencia presentada en la XXV Convención Nacional de la Asociación italiana de estudiosos del proceso civil, llevada a cabo en Cagliari, el 7 y 8 de octubre del 2005, p.259. Es interesante agregar que este autor en el estudio comparado de los distintos modelos, diferencia 3 grupos en atención a los poderes de instrucción que tengan. Un primero en que el juez tiene un poder general para disponer de oficio la adquisición de pruebas no propuestas por las partes (por ejemplo Francia); un segundo en que el juez dispone de algunos poderes de iniciativa instructoria, como ocurre en Italia, Alemania o Estados Unidos, y finalmente un 3 que como en el caso de Inglaterra, el juez no cuenta con verdaderos poderes de iniciativa, no obstante desempeñe un papel activo (España también es un ejemplo de este tercer grupo).

Las *Civil Procedure Rules* de 1998 –señala Taruffo- “transformaron radicalmente el sistema procesal inglés, atribuyendo al juez amplios e intensos poderes para la dirección del proceso, pero en lo que se refiere a la adquisición de las pruebas no se han alejado de la mencionada tradición”³³⁷, consistente en que el juez no ordena de oficio la práctica de pruebas.

En todo caso, si bien en las *Rules* no existe norma alguna que permita ordenar al juez prueba de oficio, existen igualmente una serie de normas que otorgan importantes poderes a los jueces. En efecto, Zuckerman³³⁸ señala dentro de éstas, el poder que tiene el juez para indicar a las partes las cuestiones de hecho sobre las que requiere que se propongan prueba, especificando el tipo de prueba que deben proponer y la manera en que debe practicarse en el juicio (*Rule* 32.1). Por otra parte, la *Rule* 32.4 permite al juez establecer si se puede, y de qué manera en su caso, llevarse a cabo declaraciones testimoniales por escrito, o también la *Rule* 32.5 que permite al juez autorizar al testigo para que amplíe el objeto de su declaración³³⁹..

Así las cosas, y a partir del precedente estudio de las reformas y orientaciones de los ordenamientos jurídicos procesales de dichos países, nos parece que podemos concluir fácilmente que:

- (i) Existe una clara tendencia actual a incrementar los poderes del juez, tanto los formales como los de instrucción.
- (ii) Es ilustrativo respecto del punto anterior, que incluso las legislaciones del *common law* vayan en dicho sentido.
- (iii) Un incremento en dichas facultades, nada obsta a la permanencia de otros importantes principios del proceso civil como el dispositivo. En efecto el propio

³³⁷ TARUFFO, Michele, “Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa”, ponencia presentada en la XXV Convención Nacional de la Asociación italiana de estudiosos del proceso civil, llevada a cabo en Cagliari, el 7 y 8 de octubre del 2005, p.259.

³³⁸ Vid. *Civil Justice in Crisis. Comparative Perspectives of Civil Procedure*, ed. por A. ZUCKERMAN, Oxford, p. 316.

³³⁹ Zuckerman, enumera además por ejemplo la *Rule* 35.9 que autoriza al juez a ordenar a una de las partes que proporcione información de la que la otra no dispone, o la *Rule* 35.15 que lo autoriza para nombrar asesores expertos (peritos) cuando se trata de decidir sobre cuestiones que requieren conocimientos específicos.

profesor Taruffo reconoce que no obstante los poderes de instrucción otorgados al juez estadounidense, dicho proceso “ha mantenido su intrínseco carácter adversarial”³⁴⁰.

- (iv) Finalmente y lo que es lo más importante, todas estas reformas que aumentan los poderes de instrucción de los jueces, se han hecho en países que no están viviendo regímenes autoritarios, echando por la borda de esa manera la tesis del profesor Montero Aroca expuesta al iniciar este estudio del derecho comparado.

En suma, nos parece que las reformas que se han hecho en el derecho comparado, no vienen sino a ratificar lo aquí propuesto en orden a fortalecer los poderes del juez en materia probatoria para de aquella forma, hacer más real la posibilidad de crear un proceso epistemológico que tenga como fin la obtención de una decisión justa basada en la verdad de los hechos ocurridos, y permitiendo sólo entonces una correcta aplicación del Derecho.

En este sentido, el modelo de juez que se requiere para ello, es uno activo, y claramente un juez activo, no es lo mismo que uno autoritario –como algunos han tratado de señalarlo-, pues mientras el primero tiene una figura complementaria y supletoria respecto de la actividad probatoria de las partes, el segundo cumple una función inquisitoria, expropiando a las partes de sus derechos y garantías³⁴¹, para convertirse él de forma exclusiva a quien le corresponde la averiguación de los hechos, sin importar si aquello conlleva una infracción a la imparcialidad o al debido proceso.

³⁴⁰ TARUFFO, Michele, “Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa”, ponencia presentada en la XXV Convención Nacional de la Asociación italiana de estudiosos del proceso civil, llevada a cabo en Cagliari, el 7 y 8 de octubre del 2005, p.259.

³⁴¹ Sobre esta diferencia entre juez activo y autoritario, también se pronuncia el profesor Taruffo (TARUFFO, Michele, “Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa”, ponencia presentada en la XXV Convención Nacional de la Asociación italiana de estudiosos del proceso civil, llevada a cabo en Cagliari, el 7 y 8 de octubre del 2005, p.262).

CAPÍTULO 8: CONCLUSIONES.

Respecto de este último capítulo sobre las conclusiones, queremos hacer las siguientes prevenciones. Dado que en realidad en cada uno de los capítulos anteriores hemos – ya sea por medio de la dedicación expresa de un apartado al efecto, o bien únicamente expresándolas al final del mismo- señalado las conclusiones obtenidas, nos parece *prima facie* que no tenemos nada muy novedoso que aportar en este capítulo.

En efecto, durante el desarrollo de este trabajo, hemos pretendido tan pronto sostenemos una tesis, argumentar a su favor y luego señalar las respectivas conclusiones.

En base a lo anterior, es que los objetivos de este capítulo, son muy modestos y son los siguientes: (i) realizar unas breves o referencias finales sobre la relación entre proceso, prueba y verdad; y (ii) aprovechándonos del carácter *circular* que según nosotros tiene este trabajo, volver al punto de inicio o presupuesto para este trabajo, como es la motivación de la sentencia para de esa forma obtener ciertas conclusiones entre la relación que existe entre las nociones de proceso, prueba y verdad, y la motivación de la sentencia. En efecto, nos proponemos analizar la conexión entre las nociones de proceso, prueba y verdad, con (a) la motivación de la sentencia y (b) con los sistemas de valoración de la prueba.

8.1 COMENTARIOS FINALES SOBRE LA RELACIÓN ENTRE PROCESO, PRUEBA Y VERDAD.

Nuestra tesis, ha sido proponer un proceso basado en un modelo cognoscitivo crítico, que persigue la búsqueda de la verdad, entendida ésta como correspondencia o adecuación a un mundo real, y donde la prueba también cumpla una función institucional en la averiguación de la verdad. Claramente, esta postura se corresponde con la denominada tradición racionalista³⁴².

³⁴² Sobre las consecuencias que conlleva asumir la defensa de la tradición racionalista en materia de prueba, véase, FERRER BELTRÁN, Jordi, “La valoración racional de la prueba”, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 19-20. Entendemos en todo caso, que ser partidario de esta tesis, no significa aceptarla de la misma forma como lo entendía Bentham, puesto que como hemos señalado en el texto, nos parece que si bien la prueba es libertad, no puede ser dejado todo al campo de la epistemología general.

Sólo una relación entre proceso, prueba y verdad así entendida, puede cumplir las metas –señaladas en la introducción de este texto- de que el proceso culmine con una decisión justa y conforme a derecho.

Sobre el particular, nos gustaría además remarcar lo siguiente respecto de la importancia que tiene la búsqueda de la verdad en el proceso. Una de las funciones principales del derecho es dirigir la conducta de sus destinatarios. Esa es la razón por la cual el derecho dicta normas imperativas y castiga a quien las incumple. De hecho, es por medio de este castigo o sanción, la forma como el derecho *motiva* a sus destinatarios a que cumplan las normas prescritas, pues de lo contrario, ciertos órganos creados al efecto (Tribunales de Justicia), previa determinación de la ocurrencia de la infracción, aplicarán la sanción que el derecho vincula como consecuencia del incumplimiento de la norma.

Pero imaginemos por un minuto lo siguiente, imaginemos que los Tribunales de Justicia o en términos más generales, los órganos encargados de la adjudicación jurídica, en vez de dedicarse a confirmar si efectivamente las hipótesis que permiten la aplicación de las sanciones ocurrieron, se dedique a sancionar de manera aleatoria, de modo tal que la sanción no se vincule con la conducta de las personas. Está claro que en esta situación, no existiría ninguna *motivación* para cumplir por lo establecido por el Derecho, pues puede que de todos modos se me imponga la sanción, o bien, puede ocurrir que no obstante las infracciones que haya cometido, nunca se me sanciones.

“Dicho de otro modo – diría Jordi Ferrer- sólo si el proceso judicial cumple la función de determinar la verdad de las proposiciones referidas a los hechos probados podrá el derecho tener éxito como mecanismo pensado para dirigir la conducta de sus destinatarios. Sólo podrá influirse 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”³⁴³.

De este modo, la búsqueda de la verdad en el proceso deja de ser sólo nuestra tesis sobre el fin del proceso civil, y se convierte una condición necesaria para el correcto

³⁴³ FERRER BELTRÁN, Jordi, “La valoración racional de la prueba”, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2007, p.30.

funcionamiento del Derecho, toda vez que si la búsqueda de la verdad, no es un fin institucional del sistema jurídico, la decisión dejaría de ser justa –para pasar a ser azarosa- y el derecho perdería eficacia como ordenamiento gobernador de la conducta de los ciudadanos.

En consecuencia, si pretendemos tener un sistema normativa eficaz, debemos asimismo contar con una concepción de proceso útil para ello, debiendo entonces optar por un proceso cuyo fin principal sea la solución del conflicto, o bien la búsqueda de la verdad.

Para los procesos que se orientan a la solución del conflicto, y que según lo visto, se corresponden con el concepto del procesal *adversarial* inspirados excesivamente en el principio dispositivo, “la verdad de los hechos es por completo irrelevante”³⁴⁴, toda vez que se fundan en una ideología de justicia que no reconoce a la verdad ningún valor positivo³⁴⁵.

Así las cosas, parece forzoso concluir que sólo un modelo procesal como el aquí defendido, que se oriente efectivamente a la búsqueda de la verdad, dentro de los límites constitucionales y epistemológicos permitidos, sirve para ayudar con la mantención de un sistema jurídico eficaz en que los ciudadanos regulen sus actividades por lo sancionado por el Derecho.

Así también lo ha entendido el profesor Michelle Taruffo, quien sugiere que “dado que aplicar el derecho correctamente consiste en comprobar si se ha producido el supuesto de hecho de la norma y extraer la consecuencia jurídica prevista en ella, entonces la justificación de las decisiones judiciales parece tener como condición necesaria la verdad (o al menos, una aproximación a la verdad) de los enunciados que la

³⁴⁴ TARUFFO, Michele, “Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos”, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 131. Agrega además el autor que aún más, “la verdad se presenta como un fin que las partes no pretenden perseguir y, por tanto, cualquier actividad encaminada en esa dirección está destinada a parecer un inútil derroche de tiempo y de recursos” (p. 131).

³⁴⁵ Véase TARUFFO, Michele, “Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos”, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 129.

fundamentan. La prueba puede verse entonces como el instrumento para tratar de averiguar esta verdad”³⁴⁶.

En suma, además de todas las consideraciones teóricas y prácticas señaladas en el desarrollo de este trabajo en favor de la concepción que persigue la búsqueda de la verdad, vemos ahora que la eficacia misma del Derecho también se ajusta más con este modelo de proceso. Más aún -como veremos en la segunda parte de estas conclusiones-, el concepto mismo de motivación de la sentencia necesaria en cualquier Estado de Derecho, también se ajusta más con esta concepción.

8.2 RELACIÓN ENTRE PROCESO, PRUEBA Y VERDAD, Y MOTIVACIÓN DE LA SENTENCIA.

En la introducción ya planteábamos la necesidad que en un Estado de Derecho, las decisiones judiciales sean motivadas. El objeto de este apartado entonces, es demostrar como aquel presupuesto, se corresponde de mejor manera con un proceso racional cuyo fin sea la búsqueda de la verdad (entendida como correspondencia).

En concreto, lo que nos proponemos es (i) demostrar la conexión que existe entre la motivación y las relaciones entre las nociones de proceso, prueba y verdad; y (ii) acreditar como es efectivo que, sólo un modelo procesal como el que aquí estamos proponiendo se ajusta con las exigencias de una verdadera motivación de la sentencia.

8.2.1 DE LA CONEXIÓN QUE EXISTE ENTRE LA MOTIVACIÓN DE LA SENTENCIA, Y LAS NOCIONES DE PROCESO, PRUEBA Y VERDAD.

El juez al decidir un caso concreto tiene cierta discrecionalidad³⁴⁷ sobre las opciones que puede tomar, pero el juez no es enteramente libre para optar por una y otra,

³⁴⁶ TARUFFO, MICHELLE, “Algunas consideraciones sobre la relación entre verdad y prueba”, publicado en DOXA, Cuadernos de Filosofía, Discusiones N° 3-2003, p. 20.

³⁴⁷ Sobre el particular, compartimos la apreciación del profesor Núñez en orden a señalar que “para la sociedad en su conjunto resulta importante saber hasta que punto se puede controlar el ámbito de discrecionalidad del órgano que ejerce la jurisdicción al decidir un caso determinado. Ciertamente, que hablo de discrecionalidad ya que en las hipótesis de arbitrariedad no se podría hablar en sentido estricto de decisión jurisdiccional, por ser un acto de puro voluntarismo del sujeto que actúa en nombre del Estado adjudicador”.

pues debe luego justificar la razón por la que llegó a ésta decisión. En este sentido, planteamos que el juez debe motivar su sentencia, pero no sólo en cuanto por medio de ella debe cumplir una función explicativa o de justificación *a posteriori*, sino que también el juez sólo va a estar autorizado a introducir en su razonamiento decisorio aquellas impresiones que sea capaz de verbalizar, de modo tal que la justificación también operará desde el inicio³⁴⁸.

Es en este sentido que –creemos- se plantea la conexión entre las nociones de proceso, prueba y verdad y motivación. Hemos planteado que la relación entre las nociones de proceso, prueba y verdad, exigen contar con un proceso destinado a averiguar la verdad de los hechos. Ahora bien de nada sirve todas esas consideraciones, si en su decisión el juez no explica porqué dio por probado ciertos hechos, o mejor dichos, no justifica cuáles fueron las razones suficientes para entender que se encuentra probado que *p*.³⁴⁹

Vemos entonces que las nociones de proceso, prueba y verdad se encuentran claramente relacionadas con la importancia de motivar una sentencia. En efecto, una verdadera motivación de la sentencia parece ser el corolario necesario, máxime cuando nuestra tesis es que la relación entre proceso, prueba y verdad, debe significar, entre otras cosas, una orientación del proceso a la búsqueda de la verdad.

Establecida entonces la conexión, pasemos revista al segundo de los temas propuestos, esto es, porque decimos que sólo un modelo procesal como el aquí propuesto, no rebaja las exigencias de motivación que según todos, es necesario cumplir en un Estado de Derecho.

NÚÑEZ OJEDA, Raúl, “El sistema de recursos procesales en el ámbito civil en un Estado democrático deliberativo”, en revista “Ius et Praxis”, año 14 N°1, p. 201. P. 201.

³⁴⁸ Véase, IBÁÑEZ, Perfecto Andrés, “Sobre Prueba y Proceso Penal”, publicado en DOXA, Cuadernos de Filosofía, N° 3, p. 66, quien agrega que “ si podría decirse que no hay conocimiento válido antes y fuera del juicio, cabe afirmar que tampoco puede haberlo con independencia o al margen de una rigurosa observancia del deber de motivar”, (p. 66).

³⁴⁹ En un sentido similar, Taruffo señala que “la narración se presenta como verdadera, en la medida que los enunciados que la componen encuentran en las pruebas un grado adecuado de confirmación. El discurso debe completarse ahora para precisar que esta construcción se expresa en un texto en el que los hechos son narrados: este texto corresponde a la parte de la motivación de la sentencia que concierne a los hechos y a las razones por las que resultan probados –y en consecuencia- determinados”. TARUFFO, Michele, “Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos”, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2010, p.266.

8.2.2. DE LAS RAZONES DEL PORQUÉ LA EXIGENCIA DE MOTIVAR LA SENTENCIA, SE CORRESPONDE MEJOR CON LA CONCEPCIÓN DE PROCESO AQUÍ SOSTENIDA.

Vale la pena señalar que, la motivación cumple también una función extra-procesal o política³⁵⁰. Se trata de una función pedagógica conforme a la cual, la motivación sirve también para explicar a la sociedad en general y a las partes en particular, los motivos que llevaron al tribunal a fallar de una u otra manera³⁵¹. Bentham, ya lo decía: La convicción del juez no significaría nada si no estuviese acompañada de la del público; “no basta con que su decisión sea justa, sino que es necesario que además lo parezca”³⁵².

Al referirnos a la motivación debemos distinguir dos campos o contextos. Uno que se refiere al campo del descubrimiento (que tiene relación con la forma y búsqueda de los hechos) y otro, que es el campo de justificación (que dice relación por su parte, con las razones que justifican la decisión del juez³⁵³). Dicho esto, nos surge la siguiente pregunta: ¿qué relación debe existir entre estos dos campos? Para responder esta pregunta, vamos a tener que distinguir, pues existen una serie de posiciones. Veamos las más extremas.

La primera posición extrema, entiende que la justificación no tiene nada que ver con el descubrimiento. “La motivación es entendida aquí como una ficción o, a lo sumo, como una racionalización *a posteriori* de la decisión”³⁵⁴.

³⁵⁰ Conforme al texto de la profesora Marina Gascón, podríamos encontrar en la motivación además de una función política, otras 2 funciones: Una endo-procesal, que pretende facilitar a los tribunales superiores la motivación de la sentencia en caso que contra ella se interpongan recursos; y otra función respecto del mismo juez, pues “a sabiendas de que tiene que motivar, estaría en mejores condiciones de descubrir errores de su razonamiento”, lo que se relaciona además con lo ya dicho en orden a que la motivación finalmente actúa durante todo el juicio, lo que fortalece las posibilidades de cumplir el fin del proceso sustentado en esta epistemología constructivista crítica.

³⁵¹ Esta función también es exigencia de un control democrático, puesto que dado que la los jueces no son elegidos por los ciudadanos, la mejor manera de legitimar su poder es por medio de la motivación de las sentencias, campo precisamente en el que cuentan con discrecionalidad.

³⁵² BENTHAM, Jeremías, “Tratado de las pruebas judiciales”, Valletta Ediciones, 2º edición, Buenos Aires, 2008, p.96.

³⁵³ Sobre el particular, véase WROBLEWSKI, Jerzry, “Sentido y Hecho en el Derecho”, Editorial Fontanamara.

³⁵⁴ GASCÓN ABELLÁN, Marina, “Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba”, Editorial Marcial Pons, 2 edición, Barcelona 2004, p.207.

La segunda posición, también extrema, entiende que la justificación ha de ser un fiel reflejo de la actividad de descubrimiento, y así, la motivación (justificación) “se alcanza cuando se hace explícito el *iter* mental que ha conducido al juez a adoptar la decisión”³⁵⁵.

Siguiendo a la profesora Marina Gascón, ninguna de las posiciones parece aceptable. La primera, pues equivale a señalar en último término que, es posible justificar racionalmente aún aquello que ha podido ser descubierto de cualquier manera, incluso por medio de una simple corazonada.

La segunda en cambio, tendría sentido si el contexto de descubrimiento fuese completamente racional, pero el problema se da en aquellos casos en que el contexto de descubrimiento aparecen elementos e irracionales o creativos propios de la *íntima convicción*, pues ellos no pueden ser parte del contexto de justificación³⁵⁶.

Así las cosas, para que la motivación justificación, pueda realmente ser racional, lo que supone ser controlable, debe por un lado (i) coincidir con el contexto de descubrimiento, pero –y he aquí la diferencia con la posición extrema- dicho contexto de descubrimiento debe eliminar todos aquellos elementos no susceptibles de justificación racional, y por otro lado (ii), que el hecho probado, o sea aquel sobre el cual existen elementos suficiente en su favor y que por tanto, será tenido por verdadero, debe estar justificado (confirmado) por pruebas que le otorguen un alto grado de confirmación.

En este orden de cosas, sostenemos que sólo una concepción de la relación de proceso, prueba y verdad, entendida como aquí lo hemos propuesto, esto es como proceso basado en un modelo cognoscitivo crítico, con una concepción racional de la prueba y que busque la verdad entendida como correspondencia, es la única manera de no rebajar nuestras exigencias de justificación.

Entendemos además que ésta concepción también tiene efectos en la sede de valoración de la prueba. En efecto, nos parece una consecuencia necesaria de esta forma

³⁵⁵ GASCÓN ABELLÁN, Marina, “Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba”, Editorial Marcial Pons, 2 edición, Barcelona 2004, p 208.

³⁵⁶ Véase GASCÓN ABELLÁN, Marina, “Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba”, Editorial Marcial Pons, 2 edición, Barcelona 2004, p. 208-209.

de entender el proceso, que éste cuente con un sistema de libre valoración de la prueba. Si bien, no vamos a ahondar en dicho tema, permítasenos señalar al menos lo siguiente.

8.3 RELACIÓN ENTRE PROCESO, PRUEBA Y VERDAD Y VALORACIÓN DE LA PRUEBA.

El sistema de la libre valoración de la prueba, señala Nieva Fenoll, no nace en ningún momento histórico concreto, sino que se genera espontáneamente, sin más reflexión que el uso cotidiano de la mente humana, razón por lo cual, normas muy remotas lo daban por sentado³⁵⁷. Agrega además, “que la reflexión sobre la libre valoración de la prueba surge como reacción a los excesos que había provocado el sistema de valoración legal durante la Edad Media y la Edad Moderna”³⁵⁸

El problema es que finalmente uno de los sistemas que reemplazó la prueba legal o tasada, fue la denominada *intime conviction*, y decimos que es un problema, pues ha hecho que hasta el día de hoy se generen problemas al entender qué es libre valoración de las pruebas, pues ambos sistemas (el de la sana crítica y el de la íntima convicción) son libres en tanto el valor probatorio de cada prueba, no está definido anteriormente por el legislador, pero ello es sólo un aspecto.

En efecto, como acertadamente señala la profesora Accatino, “una vez que la regla de libre valoración de la prueba deje de ser entendida como criterio positivo de decisión que remite a la creencia subjetiva del juez y pasa a ser concebida como una regla negativa, que excluye la tasación legal de la prueba, pero que no libera al juez de la sujeción a estándares generales de racionalidad, la motivación de las conclusiones probatorias adquiere un papel protagónico como garantía y herramienta de control de su racionalidad”³⁵⁹. De dicha cita podemos inferir, que un sistema de libre valoración de la prueba es necesario para que exista una verdadera motivación racional.

³⁵⁷ Véase NIEVA FENOLL, Jordi, “La Valoración de la Prueba”, editorial Marcial Pons 2010, p.65

³⁵⁸ NIEVA FENOLL, Jordi, “La Valoración de la Prueba”, editorial Marcial Pons 2010, p.69

³⁵⁹ ACCATINO SCAGLIOTI, Daniela, “La fundamentación de la declaración de hechos probados en el nuevo proceso penal. Un diagnóstico” publicado en “Revista de Derecho” Volumen XIX N° 2-Diciembre, p.14.

Algunos pudiesen creer que ello no es así, pues si pensamos en un sistema de prueba legal, éste pareciese tener una racionalidad plenamente deductiva al sujetar al juez en su valoración a reglas predefinidas por el legislador y de supuesto valor universal y pleno, pero ello como ha señalado el profesor Ferrajoli no es así, sino que es “únicamente una falaz estructura deductiva y por ello una aparente racionalidad, no obstante lo cual el esquema lógico subyacente es el mismo que está en pruebas irracionales del tipo mágico y arcaico; la ordalía, el duelo judicial, la adivinación”³⁶⁰.

Más todavía, no puede ser verdaderamente racional un sistema en el que como dice Voltaire “un he oído decir, puede ser considerado como un cuarto de prueba, y otro he oído decir un poco más vago, como una octava parte; de modo que ocho rumores que no son en realidad más que el eco de un rumor mal fundado, pueden componer una prueba completa”³⁶¹.

Por su parte, el sistema de la *intime conviction*, en cuya virtud el juzgador “aparecerá facultado para valorar libremente las pruebas practicadas, según su conciencia”³⁶², también va a traer aparejado problemas de irracionalidad, al dejar la puerta abierta a la subjetividad en general y a la noción subjetivista de la prueba en particular.

Repasemos primero entonces, (i) qué es la noción subjetivista de la prueba, para luego (ii) señalar las críticas a este modelo, y así finalmente poder concluir (iii), porque esta noción no cumple con la rigurosidad que un Estado de Derecho le exige a la motivación.

La noción subjetivista de la prueba, es aquella que resulta consistente con la concepción de la libre valoración de la prueba entendida como íntima convicción, de modo que, según esta concepción señalar que un hecho está probado, significa que el juez ha llegado a la convicción de que el hecho ha ocurrido³⁶³.

³⁶⁰ FERRAJOLI, Luigi, “Derecho y Razón”, Editorial Trotta, 5ª Edición, Madrid, 2001, p. 113-114.

³⁶¹ VOLTAIRE, “Comentario al libro de los delitos y de las penas”, en apéndice a C. Beccaria, “De los delitos y las penas”, Alianza Editorial, Madrid, 1968, p.158

³⁶² IBÁÑEZ, Perfecto Andrés “Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal”, publicado en DOXA, Cuadernos de Filosofía, N° 12-1992, p.279.

³⁶³ Véase ACCATINO SCAGLIOTI, Daniela, “La fundamentación de la declaración de hechos probados en el nuevo proceso penal. Un diagnóstico” publicado en “Revista de Derecho” Volumen XIX N° 2-Diciembre, p.18; y FERRER BELTRÁN, Jordi, “La valoración racional de la prueba”, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 90.

La primera gran crítica a esta concepción, dice relación con que las convicciones son en realidad creencias, existe la creencia del juez que algo sucedió, pero dado que la creencia es algo que sucede y no depende de nuestra voluntad, no hay posibilidad de justificarlo³⁶⁴, de modo tal que la motivación perdería o no podría cumplir con la función política que le hemos atribuido³⁶⁵.

Además, el objetivo de la prueba así entendida, no sería averiguar la verdad, sino generar la convicción del juez, lo que claramente no es lo mismo, pues la verdad es objetiva y depende de la adecuación de los hechos a la realidad, en cambio, la certeza es subjetiva y consiste en un estado subjetivo de la persona que lo expone³⁶⁶. Las cosas son verdaderas, con independencia de lo que se crea o tenga certeza sobre ellas³⁶⁷.

Una segunda gran crítica, es que esta concepción no puede dar cuenta de la falibilidad judicial, “pues según esta noción de prueba, la convicción o creencia es condición suficiente para que una proposición esté probada y carece de sentido hablar de error respecto de ese estado mental”³⁶⁸, olvidando por completo que las decisiones judiciales pueden estar justificadas pero no por eso ser verdaderas, pues esto último tiene que ver con su correspondencia con el mundo.

Por último, esta noción no permite dar cuenta de aquellos casos en que los jueces deben fallar contra sus creencias, lo que tiene lugar cada vez que el juez forma su

³⁶⁴ ACCATINO SCAGLIOTI, Daniela, “La fundamentación de la declaración de hechos probados en el nuevo proceso penal. Un diagnóstico” publicado en “Revista de Derecho” Volumen XIX N° 2-Diciembre, p.20.

³⁶⁵ Para ciertos autores, ello no tendría porque ser problemático. En efecto, el español de la Oliva señala que “no es exigible, ni legal ni racionalmente, que toda sentencia dé cuenta detallada del porqué de cada declaración de certeza positiva de un hecho, pues no parece razonable pedir que se exprese lo que pertenece a los internos procesos psicológicos de convicción, muchas veces parcialmente objetivables, sí, pero también parcialmente pertenecientes al ámbito de lo inefable”, DE LA OLIVA, Andrés, “De la sentencia”, en “Derecho Procesal Penal”, de la Oliva et al, Centro de Estudios Ramón Acros, Madrid, 2002, 5° Ed, p.154.

³⁶⁶ En este sentido, ver TARUFFO, Michele, “Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos”, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2010, p.102.

³⁶⁷ Recordar sino, el ejemplo puesto anteriormente sobre la vida de Galileo Galilei. “El cardenal Bellarmino tenía absoluta certeza de que el Sol giraba en torno a la tierra, pero la profundidad de su convencimiento no hacía verdadera la teoría de la que estaba convencido” (TARUFFO, Michele, “Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos”, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 103).

³⁶⁸ ACCATINO SCAGLIOTI, Daniela, “La fundamentación de la declaración de hechos probados en el nuevo proceso penal. Un diagnóstico” publicado en “Revista de Derecho” Volumen XIX N° 2-Diciembre, p.22.

convicción por medio de elementos que no han sido aportados al juicio y que por lo tanto, no puede tomar en cuenta su decisión³⁶⁹.

Habida consideración de las consecuencias perversas de seguir una noción así de prueba, y la forma cómo ésta repercute en la noción de verdad y en el fin del proceso, es que es lógico que debamos abandonar dicha noción. Al respecto la profesora Accatino señala que, en efecto dicha noción de prueba debemos sustituirla por una que “haga posible hablar de la justificación de la decisión judicial sobre la prueba y que permita dar cuenta de su fiabilidad y de su carácter relacional respecto de los elementos de juicio”³⁷⁰. Nos parece que el concepto de prueba latamente expuesto en este trabajo cumple con todos y cada uno de los requisitos exigidos por la citada profesora.

Con todo, nos permitimos una última consideración sobre esta noción subjetiva de la prueba y los peligros que puede traer. Señala el profesor Taruffo que “la profundidad de un convencimiento errado no transforma el error en verdad...el juez puede estar profundamente persuadido, *in interiore homine*, de la existencia o inexistencia de un hecho, pero esa persuasión, sin importar cuán profunda sea, no lo conducirá por sí sólo a la verdad. Lo cierto es, en cambio, que si el juez se apoyara únicamente en su convencimiento interior, terminaría por formular una decisión completamente arbitraria”³⁷¹.

A partir de dicha frase y todas las consideraciones ya expuestas, nos parece que es dable concluir que cualquier otra relación de las nociones entre proceso, prueba y

³⁶⁹ Como ocurre por ejemplo en el caso en que una empresa despide a dos trabajadores por reiteradas inasistencias injustificadas. Éstos interponen –cada uno por su cuenta- idénticas demanda por despido injustificado, a lo que la empresa contesta en ambas señalando que no es injustificado, sino que se debe a las reiteradas inasistencias. Ocurre eso sí, que los abogados de la empresa sólo acompañan en uno de los procesos las pruebas que acreditan que los empleados faltaron a los trabajos varios días. De esta forma, el problema se va a dar al momento de fallar aquel de los juicios en que los abogados no acompañaron las respectivas pruebas, pues en estos casos el juez va a saber y conocer que efectivamente el demandante faltó, pero no va a tener pruebas de ello. A esto nos referimos cuando decíamos que la noción subjetivista no permite dar cuenta de los casos en que los jueces deciden contra sus creencias. Resume lo anterior el profesor Ferrer señalando que no podemos creer algo con relación a un contexto y no creerlo con relación a otro contexto, “un juez no puede, por ejemplo, creer que Juan mató a Pedro cuando ejerce su función de juez y no creerlo cuando no la ejerce (en tanto que *simple* ciudadano)”. FERRER BELTRÁN, Jordi, “Prueba y verdad en el derecho”, Editorial Marcial Pons 2º edición, Madrid, 2005P. 98.

³⁷⁰ ACCATINO SCAGLIOTI, Daniela, “La fundamentación de la declaración de hechos probados en el nuevo proceso penal. Un diagnóstico” publicado en “Revista de Derecho” Volumen XIX N° 2-Diciembre, p.22.

³⁷¹ TARUFFO, Michele, “Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos”, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2010, p.104-105.

verdad, distintas de la aquí afirmada como tesis, tiene el riesgo de ya sea (i) abrir el camino a la noción subjetiva de la prueba; (ii) entender que el fin de la prueba es únicamente un fin persuasivo; (iii) entender el concepto de verdad, no como correspondencia con el mundo; (iv) olvidar que el fin del derecho es la búsqueda de la verdad; (v) aplicar las normas a situaciones que no existieron en la realidad con la consecuente merma que eso significa al Derecho como sistema jurídico, entre otras.

Como sea, si queremos en realidad que la motivación de la sentencia no sea un simple derecho programático y sea efectivamente como señala Ferrajoli, una garantía de garantía, debemos otorgar al proceso un fin epistemológico claro (objetivista crítico), a la prueba una noción racional, y a la verdad un significado como correspondencia.

Sólo a partir de estos supuestos, podemos crear un procedimiento civil destinado a obtener una decisión justa bajo la correcta aplicación del derecho.

Sólo ahora, una vez asimilado la importancia de la relación entre proceso, prueba y verdad como piedra angular de un procedimiento civil, nos podemos sentar a discutir de plazos, formalidades y demás ritualidades propias de una reforma al procedimiento civil.

BIBLIOGRAFÍA³⁷².

1. ACCATINO SCAGLIOTI, DANIELA, “La fundamentación de la declaración de hechos probados en el nuevo proceso penal. Un diagnóstico” publicado en “Revista de Derecho” Volumen XIX N° 2-Diciembre, p.9-26³⁷³.
2. ACCATINO SCAGLIOTI, DANIELA, coordinadora, “Formación y valoración de la prueba en el proceso penal”, Abeledo Perrot (LegalPublishing), 2010.
3. AGUILÓ REGLA, JOSEP, “Presunciones, verdad y normas procesales”, en, Isegoría, Revista de Filosofía moral y política N° 35, julio-diciembre 2006, p.9-31³⁷⁴.
4. ALCHOURRÓN CARLOS y BULYGIN EUGENIO, “Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico”, en “Análisis lógico del Derecho”, Centro de estudios Constitucionales, Madrid.
5. ALEXY, ROBERT, “Teoría de la argumentación jurídica”, Palestra Editores, Lima, 2007.
6. ALVARADO VELLOSO, ADOLFO, “La imparcialidad judicial y la función del juez en el proceso civil”, en Proceso Civil: Hacia una nueva Justicia Civil, de la Oliva Santos, Andrés y Palomo Vélez, Diego Iván coordinadores, Ed. Jurídica de Chile, 2007, p.283- 292
7. ATIENZA MANUEL, “Las Razones del Derecho. Teoría de la Argumentación Jurídica”, Palestra Editores, Lima, 2006.

³⁷² Para facilitar al lector la búsqueda de aquellos textos que han sido citados o servido de referencia a este trabajo, haremos una nota al pie de aquellos trabajos que se encuentren disponibles en Internet. La última revisión de todas las páginas que a continuación se señalarán, fue con fecha 11 de septiembre de 2010.

³⁷³ Disponible en: <http://www.scielo.cl/pdf/revider/v19n2/art01.pdf>.

³⁷⁴ Disponible en:

http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12826207572393734198846/cuaderno22/Doxa22_29.pdf

8. ATIENZA, MANUEL, "Sobre la argumentación en materia de hechos. Comentario crítico a las tesis de Perfecto Andrés Ibáñez"³⁷⁵.
9. ATRIA, FERNANDO, "Del Derecho y el razonamiento jurídico", publicado en DOXA, Cuadernos de Filosofía, N° 22-1999³⁷⁶.
10. BENTHAM, JEREMÍAS, "Tratado de las pruebas judiciales", Valletta Ediciones, 2° edición, Buenos Aires, 2008.
11. BORDALÍ SALAMANCA, ANDRÉS, "Los poderes del juez civil", en Proceso Civil: Hacia una nueva Justicia Civil, de la Oliva Santos, Andrés y Palomo Vélez, Diego Iván coordinadores, Ed. Jurídica de Chile, 2007, p.179-205.
12. BOUZAT ANDRÉS y CANTARO ALEJANDO, "Verdad y prueba en el proceso acusatorio", publicado en DOXA, Cuadernos de Filosofía, N° 3, p. 67-79³⁷⁷.
13. CALAMANDREI, PIERO, "Estudios sobre el proceso civil", Editorial Bibliográfica de Argentina, Buenos Aires, 1961.
14. CARNELUTTI, FRANCESCO, "La Prueba Civil", 2° ed., Edición del Ateneo, Buenos Aires.
15. CAROCCA PEREZ, ALEX, "El nuevo sistema procesal penal", Editorial Jurídica La Ley, 1ª Edición, Santiago, 2003.
16. CAROCCA PEREZ, ALEX, "Recuperación de la importancia de la prueba en un modelo procesal civil oral", en Proceso Civil: Hacia una nueva Justicia Civil, de la Oliva Santos, Andrés y Palomo Vélez, Diego Iván coordinadores, Ed. Jurídica de Chile, 2007, p. 365-373.

³⁷⁵ Disponible en: dialnet.unirioja.es/servlet/fichero_articulo?codigo=2552536...0 -

³⁷⁶ Disponible en:

http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12826207572393734198846/cuaderno22/Doxa22_04.pdf

³⁷⁷ Disponible en:

http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01482529890165929650035/discusiones3/discusiones_06.pdf

17. COLOMA CORREA, RODRIGO, “Vamos a contar mentiras, tralará..., o de los límites a los dichos de los abogados”, en Revista de Derecho, Vol. XIX N°2- Diciembre 2006, p.27-52³⁷⁸.
18. COUTURE, EDUARDO, “Vocabulario Jurídico”, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1979.
19. COUTURE, EDUARDO, “Los Mandamiento del Abogado”, Ed. Lexis Nexis, decimocuarta edición.
20. DAMASKA MIRJAN, “Las caras de la Justicia y el poder del Estado”, Editorial Jurídica de Chile, 2008.
21. DE LA OLIVA SANTOS, ANDRÉS, PALOMO VÉLEZ, DIEGO IVÁN, coordinadores, “Proceso civil: Hacia una nueva justicia civil”, Editorial Jurídica de Chile, 2007.
22. FERRAJOLI, LUIGI, “Derecho y Razón”, Editorial Trotta, 5ª Edición, Madrid, 2001.
23. FERRER BELTRÁN, JORDI, “Derecho a la prueba y racionalidad de las decisiones judiciales”, en Jueces para la democracia, 47, 2003, pp. 27-34³⁷⁹.
24. FERRER BELTRÁN, JORDI, “Los estándares de la prueba en el proceso penal español”³⁸⁰.
25. FERRER BELTRÁN, JORDI, “Prueba y verdad en el derecho”, Editorial Marcial Pons 2º edición, Madrid, 2005.
26. FERRER BELTRÁN, JORDI, “La valoración racional de la prueba”, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2007.

³⁷⁸ Disponible en: <http://www.scielo.cl/pdf/revider/v19n2/art02.pdf>

³⁷⁹ Disponible en: www.insumisos.com/.../prueba%20y%20verdad%20en%20el%20derecho.pdf

³⁸⁰ Disponible en: www.uv.es/CEFD/15/ferrer.pdf.

27. FERRER BELTRÁN, JORDI, “La prueba es libertad pero no tanto. Una teoría de la prueba cuasi-benthamiana”, publicado en “Formación y valoración de la prueba en el proceso penal”, ACCATINO, DANIELA (coordinadora), Abeledo Perrot (LegalPublishing), 2010.
28. GARCÍA DAMBORENEA, RICARDO, “Diccionario de Falacias”, en www.usoderazón.com
29. GASCÓN ABELLÁN, MARINA, “Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba”, Editorial Marcial Pons, 2 edición, Barcelona 2004.
30. GASCÓN ABELLÁN, MARINA, “Concepciones de la prueba. Observaciones a propósito de Algunas consideraciones sobre relación entre prueba y verdad de Michelle Taruffo”, en DOXA, Cuadernos de Filosofía, Discusiones N° 3-2003, p.43-58.
31. GASCÓN ABELLÁN, MARINA, “La prueba judicial. Valoración racional y motivación”, publicado en Universidad Castilla-La Mancha³⁸¹.
32. GONZÁLEZ CASTILLO, JOEL, “La Fundamentación de las sentencias y la sana crítica”, en Revista Chilena de Derecho, V.33 N°1, abril 2006, p.93-107³⁸².
33. GONZÁLEZ LAGIER, DANIEL, “Hechos y Argumentos”, en “Jueces para la democracia” (2003).
34. GONZÁLEZ LAGIER, DANIEL, y FERRER BELTRÁN JORDI, en “Introducción a las discusiones sobre Prueba, conocimiento y verdad”, publicado en DOXA, Cuadernos de Filosofía N° 3-2003, p.7-14.
35. GOZAÍNI, OSVALDO ALFREDO, “Obtención y valoración de la prueba ilícita”, en “Proceso Civil: Hacia una nueva justicia Civil”, de la Oliva, Andrés y Palomo V, Diego I, coord., 1 Editorial Jurídica, 1 edición, 2007, p.337-352.

³⁸¹ Disponible en: www.uclm.es/postgrado.derecho/_02/web/materiales/filosofia/Prueba.pdf.

³⁸² Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-34372006000100006&script=sci_arttext

36. HORVITZ, MARÍA INÉS y LÓPEZ, JULIÁN, “Derecho Procesal Penal Chileno”, Editorial Jurídica de Chile, 1ª Edición, 2004, TOMO I y II.
37. HUNTER AMPUERO, IVÁN, “Poderes del Juez Civil: Algunas consideraciones a propósito del juez de Familia”, en Revista de Derecho, Vol. XX N°1-Julio 2007, p.205-229³⁸³.
38. IBÁÑEZ, PERFECTO ANDRÉS “Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal”, publicado en DOXA, Cuadernos de Filosofía, N° 12-1992, p.257-299³⁸⁴.
39. IBÁÑEZ, PERFECTO ANDRÉS, “De nuevo sobre motivación de los hechos. Respuesta a Manuel Atienza”³⁸⁵.
40. IBÁÑEZ, PERFECTO ANDRÉS, “Sobre Prueba y Proceso Penal”, publicado en DOXA, Cuadernos de Filosofía, N° 3, p.55-66³⁸⁶.
41. MENDONCA, DANIEL, “Presunciones”, en DOXA, Cuadernos de Filosofía, N° 21-1998, p.83-98³⁸⁷.
42. MONROY PALACIOS, JUAN JOSÉ, “Panorama actual de la justicia civil: Una mirada general desde el proceso”, en Proceso Civil: Hacia una nueva Justicia Civil, de la Oliva Santos, Andrés y Palomo Vélez, Diego Iván coordinadores, Ed. Jurídica de Chile, 2007, p.93-158.

³⁸³ Disponible en <http://www.scielo.cl/pdf/revider/v20n1/art09.pdf>

³⁸⁴ Disponible en

http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/02417288433804617422202/cuaderno12/doxa12_08.pdf

³⁸⁵ Disponible en: dialnet.unirioja.es/servlet/fichero_articulo?codigo=2552543...0

³⁸⁶

http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01482529890165929650035/discusiones3/discusiones_05.pdf

³⁸⁷ Disponible en:

http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/23582844322570740087891/cuaderno21/volI/Doxa21_06.pdf

43. MONTERO AROCA, JUAN, "La oralidad en el modelo garantista del proceso civil", en *Proceso Civil: Hacia una nueva Justicia Civil*, de la Oliva Santos, Andrés y Palomo Vélez, Diego Iván coordinadores, Ed. Jurídica de Chile, 2007, p. 255-282.
44. MONTERO AROCA, JUAN, "Los Poderes de juez en el proceso civil. Las ideologías totalitarias y la pérdida de sentido de la realidad", en *Revista urugaya de derecho procesal* N°3 2001
45. MONTERO AROCA, JUAN, "Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil", Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
46. NIEVA FENOLL, JORDI, "La valoración de la prueba", Editorial Marcial Pons, Madrid, 2010.
47. NÚÑEZ OJEDA, RAÚL, "Crónica sobre la reforma del sistema procesal civil chileno (fundamentos, historia y principios)", en *Proceso Civil: Hacia una nueva Justicia Civil*, de la Oliva Santos, Andrés y Palomo Vélez, Diego Iván coordinadores, Ed. Jurídica de Chile, 2007, p. 677-695.
48. NÚÑEZ OJEDA, RAÚL, "El sistema de recursos procesales en el ámbito civil en un Estado democrático deliberativo", en revista "Ius et Praxis", año 14 N°1, p.199-223³⁸⁸.
49. PALAVECINO CÁCERES, CLAUDIO, "El retorno del inquisidor: Las potestades judiciales en materia probatoria en el procedimiento laboral chileno", publicado en *Revista Laboral Chilena*, N° 173, enero 2009, p.73-85.
50. PALOMO VÉLEZ, DIEGO, "Proceso civil Oral: ¿Qué modelo de juez requiere?", en *Revista de Derecho*, Vol. XVIII, N°1, Julio 2005, p.171-197³⁸⁹.
51. PALOMO VÉLEZ, DIEGO, "Modelo procesal civil chileno. Conveniencia de articular una nueva regulación en la oralidad como eje formal facilitador", en

³⁸⁸ Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122008000100008&script=sci_arttext

³⁸⁹ Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-09502005000100007&script=sci_arttext

“Proceso Civil: Hacia una nueva Justicia Civil, de la Oliva Santos, Andrés y Palomo Vélez, Diego Iván coordinadores, Ed. Jurídica de Chile, 2007, p. 159-175.

52. PEÑA, LORENZO, “La inferencia de hechos presuntos en la Argumentación Probatoria” en Anuario de Filosofía del Derecho, XVIII, 2001, p.95-125.

53. PICO I JUNOY, JOAN, “El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia. Un debate mal planteado”, ponencia presentada al “Congreso Internacional de Derecho Procesal” celebrado en Lima del 29 al 31 de octubre de 2003, y publicada en Derecho Procesal Civil³⁹⁰.

54. PINTORE, ANNA, “Consenso y verdad en la Jurisprudencia”, ponencia presentada al XX Congreso de la Sociedad Italiana de Filosofía Jurídica y Política, en DOXA, Cuadernos de Filosofía, N° 20³⁹¹.

55. RUIZ TAGLE, PABLO, “Análisis comparado de la función judicial” publicado en Estudios Públicos N° 39, Santiago, Cep, p.136.140.

56. SIMONS PINO, ADRIÁN, “Poderes jurisdiccionales. El dilema entre el juez activo y el juez autoritario”, en Proceso Civil: Hacia una nueva Justicia Civil, de la Oliva Santos, Andrés y Palomo Vélez, Diego Iván coordinadores, Ed. Jurídica de Chile, 2007, p. 205-226.

57. TAPIA RODRÍGUEZ, MAURICIO, “Código Civil 1855-2005. Evolución y perspectivas”, Editorial Jurídica de Chile, 2005.

58. TARSKI, ALFRED, “La concepción semántica de la verdad y los fundamentos de la semántica”, en “Aparte rei: Revista de Filosofía”³⁹².

59. TARUFFO, MICHELE, “La prueba de los hechos”, Editorial Trotta, Milan, 2002.

³⁹⁰ Disponible en: http://www.egacal.com/upload/JMA_Pico.pdf

³⁹¹ Disponible en:

http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12493875355693728543657/cuaderno20/Doxa20_09.pdf

³⁹² Disponible en: <http://serbal.pntic.mec.es/~cmunoz11/tarski.pdf>

60. TARUFFO, MICHELE, "Algunas consideraciones sobre la relación entre verdad y prueba", publicado en DOXA, Cuadernos de Filosofía, N° 3-2003, p.15-54.
61. TARUFFO, MICHELE, "Algunos comentarios, sobre la valoración de la prueba", publicado en DOXA, Cuadernos de Filosofía, N° 3-2003, p.81-97.
62. TARUFFO, MICHELE, "Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa", ponencia presentada en la XXV Convención Nacional de la Asociación italiana de estudiosos del proceso civil, llevada a cabo en Cagliari, el 7 y 8 de octubre del 2005³⁹³.
63. TARUFFO, MICHELE, "Investigación judicial y producción de prueba por las partes", ponencia presentada en una conferencia dictada en Beijing en noviembre del 2002 y traducida por el profesor Juan Andrés Varas Braun, de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile³⁹⁴.
64. TARUFFO, MICHELE, "Narrativas Judiciales", en Revista de Derecho, Vol. XX, N°1 Julio 2007, p.231-270³⁹⁵.
65. TARUFFO, MICHELE, "El proceso civil de "civil law: Aspectos fundamentales", en Revista Ius et Praxis, v.12, N°1, 2006, p.64-96³⁹⁶.
66. TARUFFO, MICHELE, "La Prueba", Editorial Marcial Pons, Madrid, 2008.
67. TARUFFO, MICHELE, "Sobre las fronteras. Escritos sobre la justicia civil", editorial Temis, Bogotá, 2006.
68. TARUFFO, MICHELE, "Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos", Editorial Marcial Pons, Madrid, 2010.

³⁹³ Disponible en:

<http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/34694062109036198410457/031993.pdf>

³⁹⁴ Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-09502003000200010&script=sci_arttext

³⁹⁵ Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-09502007000100010&script=sci_arttext

³⁹⁶ Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122006000100004&script=sci_arttext

69. TAVOLARI OLIVEROS, RAÚL, "Variaciones sobre la prueba en el proceso", en Revista de Derecho y Jurisprudencia, t. XCV, N° 2, p.37-59, 1998.
70. TAVOLARI OLIVEROS, RAÚL, "Bases y criterios para el nuevo proceso civil chileno", en Proceso Civil: Hacia una nueva Justicia Civil, de la Oliva Santos, Andrés y Palomo Vélez, Diego Iván coordinadores, Ed. Jurídica de Chile, 2007, p. 35-52.
71. VEGAS TORRES, JAIME, "La reforma procesal civil española. Criterios inspiradores y principales innovaciones de la ley de enjuiciamiento civil de 2000", en Proceso Civil: Hacia una nueva Justicia Civil, de la Oliva Santos, Andrés y Palomo Vélez, Diego Iván coordinadores, Ed. Jurídica de Chile, 2007, p.597-619.
72. WALTER, GERHARD, "Libre apreciación de la prueba", Editorial TEMIS, Bogotá, 1995.