

Mitos y realidades alrededor del proceso civil

Gabriel Hernández Villarreal*

Sumario

Prefacio. 1. Marco teórico. 2. Poderes de dirección del proceso. 2.1. De las cargas y los deberes procesales. 2.2. De los poderes del juez en el proceso civil. 3. Mitos alrededor del proceso civil. 3.1. Mito en torno a las pruebas. 3.2. Mito alrededor de la verdad. 3.3. Mito alrededor de la igualdad real. Conclusiones. Bibliografía.

Prefacio

La razón de ser de un proceso judicial no es otra que la de erradicar la fuerza ilegítima dentro de una sociedad, para mantener así la paz en armonía social;¹ por consiguiente, el fin primordial de un proceso no es, como suele afirmarse, la búsqueda de la verdad real, sino que su propósito es dirimir un conflicto. En consecuencia, no se trata entonces de un medio de investigación, sino de un método de debate dialéctico, en el que dos desiguales por naturaleza se enfrentan en un plano de igualdad jurídica ante un tercero que les heterocomprenderá el litigio.

Ahora bien, la tramitación de un proceso de esta naturaleza y la aplicación de las normas legales que lo disciplinan no son incoloras o asépticas por completo, ya que ellas

* Abogado egresado de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, especialista en derecho procesal civil de la misma institución. Conjuez de la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá. Director de las Especializaciones en Derecho Procesal y en Derecho Probatorio de la Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario y director de su Área de Derecho Procesal. Árbitro de la Cámara de Comercio de Bogotá. Conciliador extrajudicial en Derecho. Magíster en Derecho Procesal por la Universidad Externado de Colombia y Maestrando en Derecho Procesal de la Universidad Nacional de Rosario, Argentina. Candidato a Doctor en Derecho en la Universidad Nacional de Rosario, Argentina. Presidente del Capítulo Colombia del Instituto Panamericano de Derecho Procesal y miembro de los Institutos Colombiano e Iberoamericano de Derecho Procesal. Miembro de la subcomisión redactora de la reforma al Código de Procedimiento Civil, la cual culminó con la expedición de la ley 1395 de 2010. Litigante y asesor.

¹ Cfr. ALVARADO VELLOSO, Adolfo. *Lecciones de derecho procesal civil*. Compendio del libro *Sistema procesal: garantía de la libertad*, adaptado por Gustavo Calvino a la legislación procesal de la Capital Federal y de la Provincia de Buenos Aires, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2010, p. 8.

responden a la visión ideológica que de este se tenga dentro del ordenamiento jurídico de cada país, y de ahí que, dependiendo del sistema de juzgamiento que se adopte, el proceso exhibirá unos tintes inquisitivos o publicísticos; o, por lo contrario, se privilegiará lo dispositivo o adversarial.

Por tal motivo, en aras de evidenciar estos aspectos y la manera como ellos inciden en el sistema legal colombiano, el propósito del presente texto es contrastar dicha visión ideológica, exponiendo los elementos más relevantes de las dos corrientes de pensamiento que se enfrentan en este campo, las cuales son, de un lado, la *activista judicial* y, del otro, la denominada *garantista procesal*.

Como resultado de ello –y a la par con los otros mitos que aquí se intentarán, si no derrumbar, por lo menos sí dejar en evidencia–, el rol que tradicionalmente se le ha atribuido al juez tendrá que replantearse, pues, si el proceso no es un mal social ni un instrumento para que el Estado alcance sus más altos fines, la tensión que durante su desarrollo surja entre el individuo y el Estado deberá resolverse a favor de aquel y no de este.

Dentro de ese contexto –y bajo la óptica del *garantismo procesal*, que es con la que estoy alineado–, las tesis que prohijo son las de que, (i) como resultado de la visión *publicística* o *activista judicial* que acerca del proceso civil impera en Colombia –saturado, por lo demás, de mitología y neoconstitucionalismo–,² el sistema procesal de la democracia

² Esta corriente hace explícita la filosofía política que defiende el paradigma del Estado constitucional de derecho como el mejor modelo posible frente a la alternativa de derecho; y en vista de que una de las notas estructurales del Estado constitucional de derecho es la omnipotencia, debido a que el órgano judicial se encuentra en una situación temporal de detentador de la última palabra respecto de las decisiones colectivas – aun aquellas que tienen que ver con los derechos fundamentales–, entonces ello implica un natural desplazamiento del legislador. Cfr. GIL DOMÍNGUEZ, Andrés. “Neoconstitucionalismo y última palabra”. *Revista Jurídica Argentina*, Ed. La Ley, Buenos Aires, t. 2008-B, pp. 985-986. Al apartarse de esa postura, Calvino nos recuerda que “... se ha subrayado que el modelo del neoconstitucionalismo tiene dos riesgos principales: la extralimitación judicial, y una impronta excesivamente individualista y relativista en la concepción e instrumentación de los derechos humanos que llega a desvirtuar su contenido y alcance. Si bien puede contener algunas facetas atractivas, no podemos compartir ninguna propuesta que se base en la omnipotencia de un sector o de una persona; al menos si esa es la solución que brinda, queda demostrado que en el mejor de los casos le resta mucho camino por transitar. Varios siglos de lucha y evolución político-social

está cada vez más en entredicho, en la medida en que se va perdiendo el intercontrol de poderes que es propio del republicanismo; y (ii) que al convertir a los jueces en funcionarios justicieros comprometidos con su particular noción de lo que entienden como la verdad y la justicia no solo se invaden esferas reservadas a otras autoridades, sino que además se conculcan principios y garantías de raigambre constitucional, como son las del adecuado derecho de defensa, la igualdad de las partes y la imparcialidad funcional.

Por lo tanto, con el ánimo de tratar de demostrar las aludidas tesis, y a sabiendas de que hacer un estudio pormenorizado de todos los institutos del proceso a los que impactan estas dos corrientes de pensamiento excedería con creces los límites de este documento, los aspectos álgidos que serán objeto de confrontación y análisis se circunscribirán al mito de la función de la prueba dentro del proceso civil, el mito alrededor de la verdad y el mito acerca de la igualdad real.

Para este efecto, el presente artículo, que, de manera breve, recopila, analiza, sintetiza y discute la información que existe en torno a tales temas, está estructurado en acápites en los que me ocupo, en primer lugar, de dejar en claro cuál es el marco teórico sobre el que gravitan mis posturas filosófico-jurídicas; en segundo término, de desarrollar lo atinente a los poderes de dirección que tiene el juez dentro del proceso; en tercer lugar, de destacar las principales ideas que cual verdaderos mitos se han entronizado como producto de la visión *activista*; posteriormente, de presentar la forma como se explicitan estos en lo que se refiere a la función de las pruebas, la verdad y la igualdad real; y, para finalizar, de exponer unas someras conclusiones, acompañadas de un apartado que da cuenta de la bibliografía que se consultó.

para lograr un poder dividido, limitado y controlado, caen como un castillo de naipes mal armado si la respuesta es dejar todo en manos de alguien a quien se le reconoce un poder omnímodo, que por definición sólo es atributo de Dios”. Cfr. CALVINHO, Gustavo. *El proceso con derechos humanos. Método de debate y garantía frente al poder*. 1ª ed., Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2012, p. 62.

1. Marco teórico

Aunque desde hace ya bastante tiempo en países como Argentina, principalmente, su pensamiento procesal civil se encuentra bifurcado entre dos corrientes de signos diversos que resultan, incluso, antagónicas, como son las que se han dado en llamar *activismo judicial*³ y *garantismo procesal*, no sucede lo mismo en otras latitudes –y en especial en Colombia– en donde el conocimiento de dichas expresiones teóricas carece de mayor divulgación entre la comunidad académica y tribunalicia.

Ello no significa que nuestro país no esté imbuido en todas sus instituciones jurídicas y judiciales de un fuerte *activismo*, sino que este es el resultado de una aplicación ideológica que se hace de manera un tanto inconsciente por parte del colectivo, y no, propiamente dicha, producto de la reflexión en torno a la forma como se concibe un proceso. En otras palabras, la gran mayoría de los jueces y abogados colombianos son activistas, debido a que esa es la postura en la que han abrevado desde siempre. Así se formaron en los claustros universitarios, y así lo siguen pregonando tanto la más conspicua jurisprudencia⁴ como sus más destacados doctrinantes.⁵

³ Tal como lo manifestó el más destacado exponente del activismo judicial en ese país, doctor Jorge W. Peyrano, quien además sostuvo que “conviene recordar que la locución ‘activismo judicial’ fue, posiblemente, usada por vez primera por la Suprema Corte de Justicia de los EE. UU. circa 1992, máximo órgano jurisdiccional estadounidense que se autoproclamó ‘activista’; aunque, en verdad, no es un fenómeno reciente el activismo judicial, sino todo lo contrario, como se ocupa de recordarlo Luis Herrero”. Cfr. PEYRANO, Jorge. “Sobre el activismo judicial”. En: ÁLVAREZ GARDIOL, Ariel & PEYRANO, Jorge (coords.). *Activismo y garantismo procesal*. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Argentina, 2009, pp. 11-12.

⁴ En esta materia, son copiosas las decisiones de los máximos órganos de cierre en las denominadas por nuestra Carta Política como jurisdicciones constitucional, ordinaria y contencioso administrativa. Así, y por vía de ilustración, en Sentencia C-874 de 2003, la Corte Constitucional sostuvo: “Comoquiera que el Estado a través de la administración de justicia busca o tiene como finalidad primordial no solo el esclarecimiento de la verdad, sino también lograr la efectividad de los derechos de las personas, ha dotado al juez de mecanismos y herramientas procesales para que la verdad procesal coincida con la verdad real y para ello ha consagrado la institución procesal de la prueba oficiosa, que es aquella que el juez decreta y practica no a petición de parte, sino porque considera conducente y pertinente a (sic) la verificación de los hechos”.

⁵ Ejemplo de ello lo constituye el profesor Parra Quijano, quien afirma que “toma partido por la ideología [...] según la cual en el proceso se debe averiguar la verdad y sobre ella dictar sentencia para que esta sea justa, pues, como es evidente, solo tal ideología legitima la existencia de un juez interventor en el proceso, un juez

Empero, con el fin de confrontar ese monologismo y contribuir desde la academia al respetuoso debate que termine enriqueciéndonos a todos, estimo pertinente exponer – aunque desde luego en los términos más básicos y condensados– en qué consisten cada una de esas visiones, máxime si, como lo anuncié en precedencia, el marco teórico de mi intervención parte de la base de que estoy enrolado en el *garantismo procesal*,⁶ y que además soy un convencido defensor del sistema de juzgamiento de corte dispositivo.⁷

En lo que atañe al *garantismo procesal* y para entender de qué se trata este, es indispensable tener en cuenta sus presupuestos axiológicos, algunos de los cuales son, entre muchos otros, la concepción del proceso, el replanteamiento del rol que desempeña el juez, el sistema adversarial como modelo para juzgar las distintas causas, la noción unitaria del derecho procesal y el republicanismo como forma de gobierno adoptado dentro de un Estado democrático.

En lo que respecta al proceso, y producto de una inadecuada asimilación con el formalismo a ultranza, el derecho procesal ha sido estigmatizado desde la clásica frase atribuida a Consolo, según la cual esta disciplina jurídica es la *tomba del diritto*, por lo que a partir de ahí se le presenta como una perversidad que ensombrece y en no pocas ocasiones marchita las garantías que en favor de los justiciables consagra el derecho sustancial o material.

Precisamente y en esa línea de pensamiento fue que el guardasellos del imperio austrohúngaro Franz Klein expuso, en el célebre reglamento que entró en vigencia el 1º de enero de 1898, su conocida visión del proceso civil como un mal social que acarrea la

con iniciativa y poderes para averiguar la verdad mediante el decreto oficioso de pruebas”. Cfr. PARRA QUIJANO, Jairo. *Racionalidad e ideología en las pruebas de oficio*. 1ª ed., Ed. Temis, Bogotá, 2004, p. 12.

⁶ En este apartado reproduzco, con ligeras variantes de contenido, lo que dije al hacer la presentación para Colombia del libro *Proceso civil e ideología. Un prefacio, una sentencia, dos cartas, quince ensayos. Moción de Valencia Declaración de Azul* –MONTERO AROCA, Juan (coord.), 2ª ed., Tirant Lo Blanch y Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá, pp. V-XIV–.

⁷ En virtud de la expedición de la Ley 906 de 2004, en Colombia se introdujo una importante modificación en lo que respecta a las relaciones Estado-individuo, derivada de la adopción del sistema de juzgamiento acusatorio para el proceso penal, lo que garantiza los derechos fundamentales de los intervinientes en un juicio de esta naturaleza y se erige en límite del poder punitivo en el Estado social de derecho.

indisponibilidad infructuosa de bienes patrimoniales, la pérdida de recursos económicos y de tiempo, y fomenta entre los contendientes judiciales sentimientos como el odio o la ira, amén de otras pasiones que por supuesto resultan fatales para la convivencia de la sociedad.⁸

Bajo esa óptica, el proceso responde entonces a una concepción *social* o *publicista*, como la califica –criticándola, desde luego– el profesor Juan Montero Aroca, y es utilizado como medio de control social e, incluso, como mecanismo de opresión, tal como ha ocurrido en regímenes totalitarios tanto de derecha como de izquierda.

Por el contrario, para el *garantismo liberal*, el proceso es un método de debate pacífico que iguala jurídicamente a quienes por naturaleza son desiguales, y su propósito no es otro que el de heterocomponer el litigio, para lograr así la paz en justicia social. No es él un instrumento idóneo a través del cual se intente obtener a toda costa los altos fines sociales del Estado (ya que para eso están las otras ramas del poder público) y, aunque no la desdeña, tampoco se empecina en una búsqueda denonadada de la verdad real o material, debido a que es un método dialéctico de discusión y no un medio de investigación.

De otro lado y en lo que atañe al rol del juez, lo que bajo la égida del sistema procesal garantista se espera de él (porque es así como legitima su obrar) es que reúna la tríada que con rigor científico ha explicado en múltiples escenarios y oportunidades el profesor Adolfo Alvarado Velloso, en el sentido de que, como tercero al que le corresponde sentenciar la pretensión discutida, actúe siempre con imparcialidad, imparcialidad e independencia.⁹

⁸ Cfr. CIPRIANI, Franco. “El proceso civil entre la libertad y la autoridad (el reglamento de Klein)”. En: ALVARADO VELLOSO, Adolfo & ZORZOLI, Óscar (dirs.). *El debido proceso*. Ed. Ediar, Colección Derecho Procesal Contemporáneo, Buenos Aires, 2006, p. 157.

⁹ En la concepción de Alvarado Velloso, la discusión que las partes tienen dentro de un proceso se efectúa en forma dialógica y dialéctica ante un tercero (juez), que en su carácter de autoridad: a) es *imparcial*, es decir, no ostenta la calidad de pretendiente ni la de resistente, y, por lo tanto, no puede ni debe hacer las tareas propias de la parte; b) es *imparcial*, esto es, no tiene interés personal en el resultado del conflicto; y c) es *independiente*, lo que significa que no está en una situación de obediencia debida respecto de alguna de las partes en conflicto. Cfr. ALVARADO VELLOSO, Adolfo. “La imparcialidad y la prueba oficiosa”. En:

Tal postura difiere de la del *activismo judicial*, en la medida en que esta considera que el juez es un asistente social que debe darle la razón al que la tenga conforme al derecho sustancial, y que por ese motivo el funcionario no puede ser un mero espectador neutral, sino que tiene que intervenir activamente para lograr que la decisión de fondo esté fundada en la verdad real, evitando así que el resultado del proceso sea el manejo de una pura técnica procesal.¹⁰

A tono con lo hasta ahora expuesto, otra protuberante diferencia entre el *garantismo* y el *activismo* radica en que aquel parte de un sistema de juzgamiento de corte dispositivo o adversarial; en tanto que este se desarrolla en el marco de una forma de enjuiciar que se nutre de la mayoría de los elementos propios de lo inquisitivo, aunque en honor a la verdad haya que reconocer que en los tiempos actuales no existen sistemas inquisitivos “químicamente puros”. A este respecto, comparto la apreciación de Mirjan Damaska cuando sostiene que esa inveterada escisión entre una y otra forma ha dejado de ser relevante, por lo que quizá sea más atinado hacer una recategorización entre sistemas jerárquicos y sistemas coordinados, cuya organización depende de la manera como está distribuida la autoridad en los lugares en donde se originaron los primigenios modelos procesales.¹¹

Sin embargo y para los efectos consignados en este artículo, sí sigue siendo importante conocer en detalle las características de los aludidos sistemas, comoquiera que el eje central que los distingue radica en determinar el alcance de los roles que cumplen el juez y las partes, y de modo especial las facultades que tiene el juzgador en materia de poderes-deberes, así como las cargas que le competen a las partes, unas y otras relacionadas con lo que es objeto del litigio, la aportación del material de conocimiento y la

ALVARADO VELLOSO, Adolfo & ZORZOLI, Óscar (dirs.). *Confirmación procesal. Derecho procesal contemporáneo*. Ed. Ediar, Buenos Aires, 2007, p. 4.

¹⁰ Cfr. PARRA QUIJANO, Jairo. “El futuro del proceso civil”. *XV Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*, Bogotá, 1996, p. 453.

¹¹ DAMASKA, Mirjan. “Structures of authority and comparative criminal procedure”. *Yale Law Journal*, t. 84, pp. 480-544. En la misma línea, *Las caras de la justicia y el poder del Estado. Análisis comparado del proceso legal*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2000.

investigación en torno a este, de tal suerte que, según la manera como se otorguen esos poderes y facultades, estaremos en presencia de un tipo procesal dispositivo o inquisitivo.¹²

Igualmente, el debate acerca de si somos partidarios de la teoría unitaria del derecho procesal, o si lo que nos seduce es la visión pluralista, diversificadora o negativa de la unidad, adquiere relevancia para los *garantistas* y para los *activistas*, toda vez que, para los primeros, la teoría unitaria es la que mejor se adapta a una orientación respetuosa de los derechos y garantías de las personas –que no pueden ser soslayados bajo ningún pretexto–, al no limitar su alcance o aplicación según la clase o rama de los derechos llevados al proceso;¹³ mientras que, para algunos de los *activistas* –pues entre ellos no hay unanimidad al respecto–, la corriente diversificadora se justifica por el auge de la ciencia penal que ha reivindicado para sí la integridad de la vida del delincuente,¹⁴ sumado al hecho de que no son pocos los que sostienen una pretendida –y, en mi comedido concepto, equivocada– tesis, en virtud de la cual lo contencioso administrativo o lo laboral, por poner un ejemplo, tienen unos principios propios que justifican mantenerlos independientes de las demás ramas del derecho procesal.

De igual modo y circunscritos a la relación entre el Estado y el individuo, los que adhieren a la visión publicista o activista por lo general desarrollan sus ideas desde la perspectiva de quien ejerce el poder, y, por esa razón, privilegian el punto de vista –y con ello los intereses– de la autoridad judicial, motivo por el cual el sistema de juzgamiento inquisitivo es el que mejor se adecua a su concepción del proceso.¹⁵

Argumentación contraria se predica desde el garantismo procesal, comoquiera que él preconiza la irrestricta vigencia de la Constitución, no solo por encima de la ley, sino, como es apenas obvio, por sobre la voluntad de los jueces. En este contexto, para los *garantistas*,

¹² QUINTERO, Beatriz & PRIETO, Eugenio. *Teoría general del proceso*. 3ª ed., Temis, Bogotá, 2000, p. 122.

¹³ CALVINHO, Gustavo. *Estudios procesales. Enfoque sistemático pro-homine*. 1ª ed., Editorial San Marcos e Instituto Panamericano de Derecho Procesal, Capítulo Perú, Lima, 2008, p. 46.

¹⁴ Cfr. QUINTERO & PRIETO, *Teoría general del proceso*, óp. cit., p. 16.

¹⁵ GONZÁLEZ, Robert Marcial. “Proceso, república y democracia: algunas claves para constitucionalizar el proceso”. En: *El derecho procesal del siglo XXI*. EGACAL y Editorial San Marcos, Lima, 2010, p. 91.

el método de debate acusatorio es el que mejor tutela los intereses del ciudadano y lo protege de los potenciales excesos de quienes ejercen el poder.¹⁶

Por consiguiente y dependiendo de cuál visión compartamos, es factible afirmar que, para los publicistas, el proceso no es un asunto de las partes y, siendo así, antes que convertirse en una garantía para los ciudadanos, es una herramienta estatal al servicio de indiscutibles y valiosos fines públicos, como puede ser combatir la impunidad.¹⁷ Desde la lectura que ellos hacen, la tensión entre el Estado y el individuo se resuelve en favor de aquel, y así lo ha afirmado la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia de Colombia al sostener que

frente al ordenamiento procesal que gobierna hoy la facultad de aducir pruebas, esta no es de iniciativa exclusiva de las partes. Hoy el juez tiene la misma iniciativa y más amplia, pues las limitaciones que la ley impone a las partes en este punto no lo cobijan a él, puesto que su actividad no está guiada por un interés privado como el de los contendientes, sino uno público, de abolengo superior, cual es la realización de la justicia, uno de los fines esenciales del Estado moderno.¹⁸

Desde la otra vertiente del pensamiento y como lo indiqué ya en el *prefacio*, los garantistas estimamos que la tensión Estado-individuo se dilucida en favor de este, comoquiera que el sistema republicano no pugna por jueces empecinados en imponer a toda costa sus concepciones acerca de la verdad real, sino por funcionarios que se limiten a declarar la certeza de las relaciones jurídicas conflictivas (previo hallazgo de una “verdad forense”, que explicaré más adelante), otorgándole un adecuado derecho de defensa a todos los interesados y protegiendo la igualdad procesal (sin pesquisas desenfrenadas alrededor de la igualdad material), con una permanente imparcialidad funcional y acatando todas las reglas de proceso.¹⁹

¹⁶ *Ibíd.*, p. 92.

¹⁷ SUPERTI, Héctor. *Derecho procesal penal. Temas conflictivos*. Ed. Juris, Rosario, 1998, p. 32.

¹⁸ REPÚBLICA DE COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencias del 12 de febrero de 1977 y del 22 de julio de 1985, aún no publicadas.

¹⁹ GONZÁLEZ, “Proceso, república...”, *óp. cit.*, p. 92.

2. Poderes de dirección del proceso

No obstante lo consignado en el anterior párrafo, con el ánimo de evitar malos entendidos originados en una equivocada interpretación de mis ideas, dejo en claro que en ningún momento desdeño del noble oficio de los jueces y la inmensa responsabilidad que tienen, pues, además de que como demócrata estoy convencido de su trascendental labor –y la comparto y defiendo–, yo mismo en algunas ocasiones también administro justicia en mi condición de árbitro y, gracias a la generosidad de los distinguidos juristas que integran esa corporación –quienes me han honrado designándome como tal–, desde hace varios años soy conuez de la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Por lo tanto, en esta materia y con las excusas anticipadas por lo extenso de la cita, hago míos los conceptos expuestos con particular acierto por el profesor Gabriel Mora Restrepo, cuando sostiene:

La idea según la cual los jueces cumplen una tarea más o menos sencilla y mecánica de comparar normas y hechos para deducir decisiones exactas, conforme a lo dispuesto por un legislador histórico, no pasa de ser hoy una referencia, casi anecdótica, para explicar cómo se entendía la actividad de los jueces en las teorías jurídicas tradicionales de estirpe decimonónica. Por el contrario, lejos de consistir en un simple razonamiento deductivo, los procesos judiciales son hoy comprendidos como una actividad racional y discursiva compleja, cuya solución depende de la combinación de distintas fuentes de juzgamiento que son valoradas, en último término, según la mirada particular y propia que cada juez hace del problema discutido y de la importancia y relevancia que otorga a los elementos constitutivos de cada caso. La doctrina contemporánea sobre el tema ha sido particularmente insistente en estos puntos: primero, que el “material” sobre el cual versan los casos –hechos, normas, pruebas, antecedentes, etc.–, son complejos; segundo, que los casos debatidos en sede judicial pueden admitir, por regla general, varias soluciones posibles; y tercero, que el juez es un protagonista central y definitivo de la trama jurídica desarrollada en los casos concretos que requieren su autoridad decisoria; su personalidad y sus convicciones son puestas en relación constante, y de modo determinante, con el caso concreto que debe juzgar.²⁰

²⁰ MORA RESTREPO, Gabriel. *Justicia constitucional y arbitrariedad de los jueces. Teoría de la legitimidad en la argumentación de las sentencias constitucionales*. 1ª ed., Marcial Pons, Buenos Aires, 2009, p. 14.

En ese orden de ideas, mis discrepancias no son con quienes nos dispensan justicia (sobre todo porque la gran mayoría son personas probas y del más alto nivel profesional), sino con la adopción institucional de unos implementos jurídicos de talentos inquisitivos o autoritarios que, en mi concepto y en el de los garantistas procesales, transgreden las garantías de los derechos fundamentales de los participantes, al dotar a los jueces de unos poderes de dirección material que terminan por confiscarle el proceso a las partes.

2.1. De las cargas y los deberes procesales

Para comprender mejor los postulados alrededor de los cuales giran las tesis planteadas en este escrito, y antes de ingresar al tema de los mitos que se ciernen sobre el proceso civil, debemos memorar los paradigmáticos aportes de Oskar von Bülow²¹ (para quien el proceso es una relación jurídica que vincula a las partes entre sí y a estas con el juez mediante derechos y obligaciones determinados); a los que hay que sumarle, por supuesto, los contenidos en la célebre prolusión que un poco más de treinta años después de la obra de Von Bülow²² hiciera Giuseppe Chiovenda en la apertura del año académico de la Universidad de Bolonia (en febrero 3 de 1903), titulada *La acción en el sistema de los derechos*.²³

Junto a ellos –y dado el estrecho vínculo que su pensamiento guarda con el asunto que nos concita–, la figura del alemán James Goldschmidt adquiere una importancia mayúscula, comoquiera que, para él, el proceso no era –ni podía ser– una relación, sino más bien una situación jurídica.²⁴ Esa forma de explicar la naturaleza del proceso de inmediato sitúa a Goldschmidt en una perspectiva liberal del derecho, y, por ende, de acuerdo con la

²¹ VON BÜLOW, Oskar. *La teoría de las excepciones procesales y de los presupuestos procesales*. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1964. Gracias a él, el derecho procesal adquirió autonomía frente al derecho sustancial o material, y su naturaleza dejó de ser explicada bajo la óptica de las añejas teorías contractualistas y cuasicontractualistas.

²² Aparecida en Giessen (Alemania), en 1868.

²³ CHIOVENDA, Giuseppe. *La acción en el sistema de los derechos*. Editorial Temis S.A., Bogotá, 1986.

²⁴ GOLDSCHMIDT, James. *Derecho procesal civil*. Traducción de Leonardo Prieto Castro, Editorial Labor S.A., Barcelona, 1936.

afirmación de Hugo Cavero Ruiz, a una sideral distancia de las concepciones autoritarias llamadas eufemísticamente publicísticas.²⁵

En efecto –y en esto sigo la presentación que de la obra de Goldschmidt hace el profesor peruano Cavero Ruiz–, si el proceso no es una relación estática, sino un fenómeno dinámico cuya suerte dependerá fundamentalmente de las actividades de liberación de *cargas* y aprovechamiento de las no liberadas por el adversario, entonces lo que tenemos en frente es una visión liberal del proceso que, lejos de ser abominable, representa una conquista del pensamiento humanista.²⁶

Para arribar a tan contundente aserto, es ineludible comentar, cuando menos en apretada síntesis, parte de la visión del connotado maestro alemán, ya que en su teoría del *Proceso como situación jurídica* (Berlín, 1925), él precisa que “las categorías de derechos y obligaciones que son inherentes a cualquier relación jurídica no pueden ser incorporadas al fenómeno procesal, dado que en éste no existen vínculos sino tan solo posibilidades de ataque y defensa que son las que a la postre inclinarán la balanza a favor de alguna de las partes”.²⁷

Siendo así, los conceptos de derechos y obligaciones se entremezclan –en la medida en que a uno le corresponde otro–, y, por consiguiente, en rigor no puede decirse que exista para las partes una obligación de ejecutar algún acto procesal.²⁸ Como en el proceso la

²⁵ Cfr. CAVERO RUIZ, Hugo. *Ensayos de teoría general del proceso*. 1ª ed., Jurivec, Lima, 2011, p. 78.

²⁶ *Ibíd.*, p. 81.

²⁷ *Ibíd.*

²⁸ Sobre el particular, Alvarado Velloso también se refiere al tema y en el aparte pertinente explica que la palabra *obligación* no resulta correctamente utilizada cuando se la vincula con la actividad de instar, debido a que respecto de las partes lo que se predica es la noción de *carga*, entendida esta como una situación de necesidad de realizar determinada actividad para evitar que sobrevenga un perjuicio procesal. En lo que tiene que ver con los *deberes*, estos son imperativos jurídicos que, con motivo del proceso, tiene toda parte procesal y los terceros ajenos a ellas respecto de la autoridad (por ejemplo, las partes *deben* litigar conforme al principio de moralidad; los terceros tienen el *deber* de testimoniar la verdad) y esta respecto de aquellas (por ejemplo, el juez *debe* resolver oportunamente el litigio; *debe* excusarse mediando causal, etc.). Tales *deberes* se presentan siempre en el plano vertical y su incumplimiento es sancionable. En contraposición, las *obligaciones* son imperativos jurídicos que tienen una parte procesal en relación con la otra, y en las legislaciones vigentes el único caso en que se dan es en el pago de las costas y multas en carácter de

dejación o inejecución de un acto con contenido procesal a lo sumo le generará perjuicios a aquel de los intervinientes que se abstuvo de realizarlo, es claro que su ejercicio no puede serle exigido y su omisión jamás le acarreará responsabilidad. Esa situación, decantada por Goldschmidt, dio lugar a una categoría que él llamó *carga*, la cual definió como un imperativo del propio interés²⁹ o un deber para consigo mismo.³⁰

Ubicados en ese marco conceptual, si los contendientes judiciales no tienen obligaciones, ¿sí las tendrá entonces el juez? Desde la lectura garantista procesal, la respuesta a ese interrogante es negativa, debido a que, aunque es obvio que él sí tiene unos derechos y deberes, estos son de carácter funcional, es decir, inherentes a la labor que desempeña, y, por lo tanto y mientras se decide la causa, no puede intervenir oficiosamente en aspectos que sean de derecho judicial material, como los llamó Goldschmidt, los cuales quedan reservados para la sentencia.

Naturalmente que el juez sí puede, y tiene que intervenir de oficio, en lo que respecta a la conducción formal del proceso (e, incluso, en su impulso),³¹ mas no debe hacerlo, so

constatación (llamadas *astreintes*). Se presentan siempre en el plano horizontal y su incumplimiento es *constreñible* mediante el uso de la fuerza legítima que puede ejercer el Estado luego de un proceso (por ejemplo, cuando el actor ejecuta una acreencia que ha sido declarada por sentencia y el juez desapodera al deudor). Cfr. ALVARADO VELLOSO, *Lecciones de derecho procesal civil...*, óp. cit., p. 189.

En Colombia, quizá la única obligación que se presenta en el plano vertical y que, por ende, debe ser soportada por el juez es la consagrada en el actual artículo 389, numeral 5 del Código de Procedimiento Civil, que dice: “Cuando por culpa del juez no se pueda practicar una diligencia, los gastos que se hubieren causado serán de su cargo y se liquidarán al mismo tiempo que las costas”. Sin embargo, esa disposición desaparece con la entrada en vigencia del Código General del Proceso, y expresamente fue eliminada del artículo 364 de este último estatuto.

²⁹ GOLDSCHMIDT, *Derecho procesal civil*, óp. cit., p. 82.

³⁰ Para el profesor Caveró Ruiz (*Ensayos de teoría general del proceso...*, óp. cit.), “fuera del pago de costas y costos, en el derecho procesal no existen obligaciones, deberes ni derechos (el deber de proceder con buena fe es común al derecho todo. La llamada ‘buena fe procesal’ no tiene –fuera del nombre– carácter procesal, [pues] ¿qué hay de procesal en el imperativo de no engañar al juez?). Así, el actor no tiene la obligación de interponer una demanda y lo hará solamente si quiere obtener una resolución judicial que le sea favorable. Del mismo modo el demandado no tiene obligación de contestarla y solo lo hará si quiere evitar que su contraparte obtenga la resolución favorable que pretende. Si cualquiera de los anteriores actos fuera un derecho ¿cuál sería el deber o la obligación que tendrían al frente, si se considera que derechos y obligaciones son dos caras de la misma moneda?”.

³¹ Sé que esta concesión puede tener ribetes de herejía para el profesor Alvarado Velloso, ya que, en su opinión, “el juez actuante en el proceso carece de todo poder impulsorio”. Cfr. ALVARADO VELLOSO, Adolfo.

pena de que atente contra su imparcialidad y la igualdad de las partes, adoptando decisiones que orienten el sentido del fallo sobre el fondo del asunto. En esta materia, coincido con las apreciaciones del profesor Gustavo Calvino, quien sostiene que sí interesa a un sistema de enjuiciamiento democrático que el juez tenga –siempre sujeto a controles adecuados– el poder suficiente para su actividad de sentenciar, al igual que para ejecutar lo sentenciado llegado el caso.³²

Empero, como él mismo lo destaca, si se trata ya no de sentenciar sino de procesar, es decir, del proceso en sí mismo, el protagonismo debe girar alrededor de las partes porque es allí donde se desarrolla el debate –núcleo de control– y porque, si la autoridad suma a su condición de sujeto de juzgamiento la de sujeto del debate, automáticamente se desmorona el proceso como tal, pues ello frustra la concreción de sus más caros y conocidos principios: la igualdad de las partes y la imparcialidad del juzgador.³³

2.2. De los poderes del juez en el proceso civil

Con fundamento en lo que hasta ahora he dicho, no hay duda alguna de que, como director del proceso, el juez tiene un conjunto de poderes que le permiten cumplir con su principal función, cual es la de sentenciar la causa sometida a su estudio.

En este tema, acojo el planteamiento del doctor Alvarado Velloso cuando afirma que el objeto del proceso es la sentencia, y que en ella el juzgador *norma específicamente* el caso justiciable llevado a su consideración, bien sea aplicando la ley preexistente, o bien sea creándola al efecto en caso de inexistencia.

Por consiguiente, resulta diáfano que la concepción liberal del proceso (propia del garantismo) en ningún momento pretende eliminarle al juez sus facultades de dirección

El debido proceso de la garantía constitucional. Editorial Zeus S.R.L., Rosario, Argentina, 2003, p. 151. Sin embargo, en comedido disenso para con el ilustre maestro rosarino, a primera vista y circunscrito a este preciso punto, no advierto que el impulso oficioso del juez menoscabe las garantías de las partes, siempre y cuando desde luego ello no implique beneficiar con ese proceder a alguna de ellas.

³² Cfr. CALVINHO, *El proceso con derecho humanos...*, óp. cit., p. 137.

³³ *Ibíd.*, p. 137.

formal, puesto que él requiere de una verdadera autoridad y de las potestades necesarias para ejercer su función. De hecho y en esa línea de pensamiento, el profesor Montero Aroca –uno de los más emblemáticos representantes del *garantismo procesal*– es diáfano al decir que sobre ese aspecto no se cuestiona la determinación ideológica, al punto de que

no puede dejar de reconocerse algo tan elemental como es que si en el proceso civil se debaten derechos subjetivos de titularidad privada y se aplican normas de derecho material plenamente dispositivas (con escasas excepciones), las normas reguladoras del proceso civil son de derecho público y, por tanto, ello tiene que repercutir de algún modo en que las partes dejen de ser plenamente las “dueñas del proceso”. En este sentido en el siglo XX se ha puesto fin a una exageración típicamente liberal como eran las referidas a los presupuestos procesales y al impulso de parte.³⁴

Por tales motivos, el mismo Montero Aroca se apresura a aclarar que no hay oposición a que el juez controle los presupuestos procesales, ya que de la concurrencia de estos depende la validez del proceso y la posibilidad de que se dicte sentencia sobre el fondo del asunto. Tampoco merece reparo que al decisor judicial se le atribuya el impulso procesal, entendido este como posibilidad de que, una vez iniciado el proceso por el actor, el procedimiento como cauce formal de la serie de actos se desarrolle por los pasos previstos en la norma; más aún, nada se opondría a que sea también el juez, siempre con las partes, el que controle la realización de los actos conforme al principio de legalidad.³⁵

Si esto es así, ¿entonces en dónde está la discrepancia entre *garantistas* y *activistas* en lo que a los poderes del juez en el proceso civil se refiere? Pues, en que, mientras para los primeros el tribunal no puede influir en el resultado del proceso aportando hechos o practicando pruebas de oficio no propuestas por las partes, con lo cual y en aras de intentar obtener en todos los casos la *justicia* y la *verdad real* no es de recibo aceptar que el juez despliegue unos poderes de investigación característicos del sistema inquisitivo, ya que por esa vía no solo vulnera la igualdad de los contendientes, sino que además se despoja de la imparcialidad que debe tener siempre en su condición de tercero *imparcial* e independiente

³⁴ MONTERO AROCA, Juan. “Ideología y proceso civil”. En: ALVARADO VELLOSO & ZORZOLI, *El debido proceso*. óp. cit., p. 265.

³⁵ *Ibíd.*, p. 266.

llamado a resolver el litigio; para los segundos, y de acuerdo con la visión de Jairo Parra Quijano, el Estado social de derecho no puede “prestar” un juzgador que se limite a “dirimir un conflicto como sea”,³⁶ y, en consecuencia, el juez, comprometido con la verdad y la justicia (como valores absolutos), goza de unos “poderes de investigación que básicamente se cifran en la actividad oficiosa en la prueba (...) y que implica no sólo que deba decretar toda prueba que estime necesaria para el esclarecimiento de los hechos, sino intervenir en la producción de los medios probatorios que las partes han solicitado, a fin de que sean útiles al fin perseguido por el proceso”.³⁷

En suma, se trata de una visión diametralmente opuesta en cuanto a los poderes del juez en la dirección material del proceso, no en la formal,³⁸ lo que a su vez repercute en el modo como se concibe un asunto de esta índole y en los postulados procesales que, como lo veremos en el siguiente acápite, defienden una y otra de las comentadas corrientes.

3. Mitos alrededor del proceso civil

Quizás ha sido el profesor Montero Aroca, durante muchos años catedrático de derecho procesal de la Universidad de Valencia y magistrado del Tribunal Superior de la Comunidad Valenciana, en España, el jurista que más ha difundido el empleo de la palabra “mitos” para referirse a la concepción que del proceso en general, y del civil en particular, se ha venido adoptando en los códigos de procedimiento del siglo XX, impregnados ellos de una “publicización” que fomenta el aumento de los poderes del Estado dentro de la sociedad.³⁹

³⁶ Cfr. PARRA QUIJANO, *Racionalidad e ideología...*, óp. cit., prólogo, p. IX.

³⁷ Cfr. MORALES MOLINA, Hernando. “Los poderes del juez en el proceso civil”. En: *Temas vigentes en materia de derecho procesal y probatorio*. Homenaje al doctor Hernando Morales Molina, Especialización en Derecho Procesal 25 años, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2008, p. 26.

³⁸ Los poderes de dirección formal están en los códigos y son aquellos que le confiere la ley al juez para que, a su discreción, coopere con el desarrollo ordenado y rápido del proceso. Algunos de ellos son, por ejemplo, la facultad de señalar fechas para las audiencias, autorizar o no el ingreso de ciertas personas al despacho, fijar el monto de algunas cauciones, rechazar solicitudes por improcedentes, etc.

³⁹ Cfr. CIPRIANI, “El proceso civil entre la libertad...”, óp. cit., pp. 161-162, “en el *Reglamento de Klein* del 1º de enero de 1898 se reforzaron aún más los poderes del juez y se limitaron aún más las garantías de las partes,

Una primera manifestación de esa “publicización” –al decir de Montero Aroca– consistió en el intento de que el proceso civil desapareciera como tal,⁴⁰ y, según él, tuvo su origen en los regímenes totalitarios que negaron los brocardos *ne procedat iudex ex officio* (con referencia al inicio del proceso) y *ne eat iudex ultra petita partium* (sobre el contenido de la sentencia), ya que tanto en el comunismo como en el nacional-socialismo se consideraba que el proceso era un instrumento de la “justicia”, y, por ende, cuanto mayores fueran los poderes del juez, tanto más “justicia” podría conseguirse.⁴¹

Sin embargo, como, de acuerdo con Montero Aroca, “lo anterior no podía seguir presentándose de manera tan descarnada, en las últimas décadas del siglo XX seguía hablándose de ‘publicización del proceso civil’, pero de modo más solapado, si bien en la expresión han seguido escondidos algunos mitos derivados, como el del proceso que llaman ‘social’, mitos que deben conjugarse con el del juez que hace ‘justicia’ a pesar de las partes y, por tanto, en contra de sus abogados, para lo que necesita de amplios poderes”.⁴²

Adicionalmente, alrededor del mito de la publicización del proceso civil –aunque ya más suavizado y cuyo sepulcro se ha tratado de “blanquear” “para alejarlo de su orígenes político-totalitarios”⁴³, los activistas judiciales también han pretendido cubrir al proceso

lo que no tenía sino un solo significado: utilizar al controladísimo juez para neutralizar definitivamente a las partes (*rectius*, a los abogados, desde siempre considerados la causa de muchos, cuando no de todos los males del proceso) y, de tal forma, controlar desde arriba toda la administración de justicia”.

⁴⁰ Cfr. MONTERO AROCA, Juan. “Libertad y autoritarismo en la prueba”. En: ALVARADO VELLOSO, Adolfo & ZORZOLI, Óscar (dirs.). *Confirmación procesal*. Ed. Ediar, Colección Derecho Procesal Contemporáneo, Buenos Aires, 2007, p. 202.

⁴¹ *Ibíd.*, p. 205.

⁴² *Ibíd.*, p. 205.

⁴³ Para Cipriani, quien, junto con Girolamo Monteleone, comparte la misma postura de Montero Aroca, el *Codice di Procedura Civile* italiano de 1940 es antiliberal, autoritario y fascista, y, por lo tanto, no es cierto lo que durante décadas se ha sostenido en el sentido de que dicho código, a pesar de haber sido concebido, redactado, aprobado y puesto en vigor en pleno régimen fascista, aun así respeta la libertad individual y la autonomía privada. Cfr. CIPRIANI, Franco. *Storie di processualisti e di oligarchi. La procedura civile in el Regnod’ Italia (1866-1936)*, Giuffré, Milán, 1991, citado por DÍEZ-PICASSO, Ignacio. “Con motivo de la traducción al italiano de la obra del profesor Juan Montero Aroca, sobre los principios políticos del proceso civil español”. En: MONTERO AROCA, *Proceso civil e ideología...*, óp. cit., p. 48. Por su lado, en Colombia, el profesor Parra Quijano sostiene todo lo contrario, es decir, que el susodicho código no es autoritario ni

bajo un velo de “pura técnica”, con la que intentan ocultar los evidentes elementos ideológicos que determinan la existencia de un determinado modelo procesal.

Al respecto, el autor que he venido comentando se va lanza en ristre en contra de esa actitud, y con contundencia crítica afirma:

Resulta de esta manera que uno de los elementos esenciales para determinar la ideología base de un código procesal civil, como es el de las facultades del juez y de las partes, se acaba convirtiendo en algo pretendidamente técnico, algo sujeto a la oportunidad del legislador, y desde una pretendida técnica se ha llegado a decir que estoy politizando la cuestión cuando me limito a sostener que el aumento de los poderes del juez en materia probatoria no puede dejar de ser un reflejo del aumento de los poderes del Estado en la sociedad, aumento que responde a una concepción autoritaria del propio Estado y, por consiguiente, del papel del juez en el proceso civil.⁴⁴

En apoyo de las tesis de Montero Aroca, y con él de las demás personas que compartimos la visión garantista o privatista del proceso, han surgido las voces de los italianos Girolamo Monteleone y Franco Cipriani (calificados como *reversionistas* en su país), para quienes, de acuerdo con lo consignado por este último, “desde el momento en que entró en vigencia la Constitución republicana, es doblemente absurdo que se insista en reforzar al juez y en debilitar a las partes, en cuanto nuestra Constitución quiere un proceso civil construido desde el punto de vista de quien pide justicia, y no, ciertamente, desde aquél de quien debe rendirla”.⁴⁵

Dicho esto, pasemos a continuación a ver tres de los mitos más paradigmáticos que con tanto ahínco se defienden desde la perspectiva de la escuela activista, y que justifican, conforme con ella, el incremento de los poderes del juez como portador de la visión institucional de un Estado social de derecho.

fascista y que esa obra sí consulta el modelo chiovendiano de proceso civil. V. PARRA QUIJANO, *Racionalidad e ideología...*, óp. cit., pp. 55 y ss.

⁴⁴ MONTERO AROCA, *ibíd.*, p. 209.

⁴⁵ Cfr. CIPRIANI, Franco. “El proceso civil italiano: entre reversionistas y negacionistas”. En: MONTERO AROCA, *Proceso civil e ideología...*, óp. cit., pp. 59-60.

3.1. Mito en torno a las pruebas

Sea lo primero advertir que no es que a los garantistas procesales (o “dispositivistas modernos”, según la expresión empleada por Omar Benaventos) no nos interese para nada la consecución de la verdad, sino que consideramos que el fin primordial de un proceso es resolver un conflicto intersubjetivo de intereses, acudiendo para el efecto a un método pacífico de debate dialéctico en el que se procura alcanzar el mantenimiento de la paz social mediante la fijación –por las partes– de los hechos litigiosos, para adecuar a ellos una norma jurídica.

Bajo ese enfoque, que prevalece en el *common law*⁴⁶ y en especial en el ámbito jurídico estadounidense –aunque también permea a los regímenes europeos que se rigen por el *civil law*–, el papel preponderante que se le asigna al proceso civil es el de llevarle certeza al juzgador acerca de los hechos afirmados y controvertidos por los contendientes judiciales.

Por ende, estimamos que en un modelo dispositivo o adversarial la legitimidad de las sentencias que así se profieran surge de la corrección de los procedimientos empleados para arribar a ella,⁴⁷ y de la obtención de una verdad que no tiene que ser necesariamente en

⁴⁶ Para contrarrestar la crítica y dejar en claro que no es ninguna muestra de autoritarismo el incremento de los poderes instructorios del juez, los *publicistas* recuerdan que, en Inglaterra, cuna del *adversary system*, en 1998, se expidió un *Civil Procedure Rules*, que invistió al juez de facultades de control de la actividad probatoria, algunas de las cuales son: a) la *rule 18.1*, que consiste en ordenarle a la parte, en cualquier momento, que aclare la materia discutida en el proceso o suministre información adicional sobre el particular; b) la *rule 32.1*, relacionada con la instrucción del juez en el sentido de especificar las cuestiones para las que desea prueba, así como la manera en que ella debe ser presentada; c) la *rule 35.15*, referida al nombramiento de asesores para asistir al juez en asuntos de su especialidad.

Con todo, aun así y si bien se observa, ninguna de esas facultades tiene el rango de poderes instructorios ejercidos de oficio, tal como sucede en Colombia y al extremo en que lo defienden los cultores del activismo.

⁴⁷ Planteamiento este que corresponde a la teoría llamada *procedural justice*, según la cual y de acuerdo con la explicación de Taruffo –que no la comparte–, “el proceso es justo esencialmente por que se base en el libre juego de las partes en el ámbito de la contienda procesal”. Conforme con este mismo tratadista, que se aparta de dicha teoría, el postulado de que la justicia de la decisión se hace depender exclusivamente de la corrección del procedimiento que la precede es la tesis central “de las investigaciones de psicología de la justicia procesal que se han desarrollado en los últimos decenios, sobre todo en los Estados Unidos”. Cfr. TARUFFO, Michele. *La prueba*. Marcial Pons, Madrid, 2008, p. 174.

todos los casos “real” o de auténtica “correspondencia” entre el enunciado y sus respectivos hechos (como lo pretende el sistema inquisitivo y por contera la corriente del activismo judicial), sino de una verdad “forense” o limitada por las restricciones propias de cualquier proceso, lo que implica, al decir de Winfried Hassemer, que es relativa a las vías legítimas a través de las cuales se puede lograr, por lo que no se habla “de verdad objetiva sino de verdad forense u obtenida de acuerdo con las formalidades judiciales”.⁴⁸

Naturalmente que, para quienes consideran que el proceso civil sí está orientado hacia la investigación de la verdad real, y en consecuencia “no se concibe como un contencioso que se limita simple y formalmente a rodear de garantías una disputa privada de las partes (...), sino que obedece a caros y amalgamados principios como los de cooperación procesal, la adquisición de la prueba, el compromiso de los jueces con la verdad jurídica objetiva y el ejercicio responsable de la jurisdicción”,⁴⁹ la obtención de una meta en ese sentido es lo que justifica que al juez se le envista de iniciativa probatoria, y

es por ello por lo que el Código de Procedimiento Civil vernáculo, *ex professo*, estructuró la fase instructiva del juicio con un marcado componente inquisitivo, que (...) autoriza –y en determinados casos obliga– al juez a decretar pruebas de oficio (arts. 37, num. 4, 179 y 180) (...) [porque] “tratándose de un compromiso con el hallazgo de la verdad, puesto que el proceso judicial no se justifica sino en tanto sea un instrumento para su verificación, porque ésta en sí constituye un argumento de justicia, los argumentos de desidia de las partes no pueden dar al traste con lo que en definitiva es un poder –deber del juez, quien, como bien se sabe, dejó de ser un espectador del proceso para convertirse en su gran director, y a su vez, promotor de decisiones justas” [ya que] al fin y al cabo, con sólida razón la justicia no puede volverle la espalda al establecimiento de la verdad material enfrente de los intereses en pugna...⁵⁰

Esta postura, ciertamente plausible –aun cuando discrepo de ella–, toma partido por una concepción “dura” de verdad, y responde al modelo epistemológico del *objetivismo*

⁴⁸ Cfr. HASSEMER, Winfried. *Crítica al derecho penal de hoy*. Traducción de P. Ziffer, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Bogotá, 1998, pp. 80-81.

⁴⁹ REPÚBLICA DE COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 28 de junio de 2005, M. P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

⁵⁰ *Ibíd.* En ese fallo, también se citan sentencias de esa misma corporación, como las del 24 de noviembre de 1999, Expediente 5339; del 7 de marzo de 1997 y del 25 de febrero de 2002, Expediente 6623.

crítico, que la lleva a defender un realismo ingenuo en virtud del cual se asume que el objeto del conocimiento está separado del sujeto que conoce, y que el conocimiento de ese objeto no es diferente del objeto por conocer.⁵¹ De ese modo se colige, por parte de quienes así razonan, que el conocimiento es una reproducción exacta de la realidad y que, si esta no se conoce por completo, es porque faltan elementos de juicio o estos fueron alterados.⁵²

En esa misma línea de pensamiento y con el propósito de neutralizar las objeciones que al decreto oficioso de pruebas se formulan desde la corriente del *garantismo*, la Corte Constitucional ha aseverado que la solución de conflictos es compatible con la búsqueda de la verdad, porque el establecimiento de esta puede ser un método adecuado para la resolución de aquellos. Además, agrega, igualmente, que, desde el punto de vista práctico, “una solución de conflictos que no se fundamente en la indagación de los hechos puede resultar contraproducente, pues genera desconfianza en el derecho y un riesgo para la paz social, en caso de que las partes decidan acudir a la violencia en busca de lo que el derecho injustificadamente les niega”.⁵³

Esta corporación judicial también aduce, en respuesta a la crítica de que cuando se decretan pruebas de oficio se resiente la imparcialidad del juzgador, que ello no es así porque el juez no desplaza a las partes ni asume la defensa de sus intereses privados, y de ahí que “el decreto de pruebas no afecta la imparcialidad del juez, ya que el funcionario puede decretar pruebas que favorezcan a cualquiera de las partes, siempre que le ofrezca a la otra la posibilidad de ejercer el derecho de defensa y contradicción”.⁵⁴

⁵¹ Cfr. PUENTES, Orlando Enrique. *La doctrina contemporánea sobre la prueba y su aplicación en Colombia*. Trabajo de grado para obtener el título de Maestría en Derecho, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2009, p. 7.

⁵² Cfr. *ibíd.*, p. 7.

⁵³ REPÚBLICA DE COLOMBIA, Corte Constitucional, Sentencia T-264 del 3 de abril de 2009, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁵⁴ REPÚBLICA DE COLOMBIA, Corte Constitucional, sentencias T-001 de 1993, C-102 de 1995 y C-159 de 2007.

En este campo del compromiso con la búsqueda de la verdad real o material y de la defensa de las facultades oficiosas en materia probatoria, la Corte Constitucional ha sido enfática y reiterativa al sentenciar que

(...) El juez debe parcializarse en favor de la verdad, manteniendo enhiesta e incólume su imparcialidad en la aplicación de la ley sustancial al caso concreto.

(...).

El decreto oficioso de pruebas, en materia civil, no es una atribución o facultad potestativa del juez: es un verdadero deber legal. En efecto, el funcionario deberá decretar pruebas oficiosamente siempre que, a partir de los hechos narrados por las partes y de los medios de pruebas que estas pretendan hacer valer, surja en el funcionario la necesidad de esclarecer espacios oscuros de la controversia; cuando la ley le marque un claro derrotero a seguir; o cuando existan fundadas razones para considerar que su inactividad puede apartar su decisión del sendero de la justicia material.⁵⁵

Tanto calado tuvo esta visión en el ordenamiento jurídico colombiano que, a pesar de que en los actuales artículos 37, numeral 2, y 180 del Código de Procedimiento Civil se establece que el juez tiene el deber de hacer efectiva la igualdad de las partes en el proceso, y que además cuenta con la *facultad* de decretar pruebas de oficio, en el Código General del Proceso que nos regirá próximamente⁵⁶ esas normas tienen un contenido de mayor envergadura, al punto de que su artículo 4° dispone que “el juez debe hacer uso de los poderes que este Código le otorga para lograr la igualdad real de las partes”; y el 170, inciso primero, contempla que “el juez deberá decretar pruebas de oficio, en las oportunidades probatorias del proceso y de los incidentes y antes de fallar, cuando sean necesarias para esclarecer los hechos objeto de la controversia”.

Como se desprende de lo consignado en los dos artículos transcritos, cuando entre en vigencia⁵⁷ el Código General del Proceso, el decisor judicial ya no podrá limitarse a garantizar la igualdad *jurídica* de los intervinientes –como ha ocurrido hasta ahora–, sino

⁵⁵ REPÚBLICA DE COLOMBIA, Corte Constitucional, Sentencia T-264 del 3 de abril de 2009, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva, reiterada posteriormente en muchos fallos más.

⁵⁶ Ley 1564 del 12 de julio de 2012.

⁵⁷ Está previsto que su entrada en vigencia sea escalonada: algunas pocas normas ya rigen desde el 12 de julio de 2012; otras lo harán a partir del 1° de octubre de 2012, y se espera que el grueso de ellas entren en vigencia el 1° de enero de 2014.

que estará obligado a desplegar una actividad encaminada a lograr la igualdad *real* de ellas; y adicionalmente *deberá* decretar pruebas de oficio, con lo cual lo que en principio se había previsto como una mera facultad, en virtud del novel mandato legal y gracias a la mutación que al respecto fue haciendo la jurisprudencia nacional, terminó convertido en un auténtico deber.

Por supuesto que, para quienes nos situamos en la oposición ideológica a estos postulados (y dijo ideológica porque en el plano normativo y jurisprudencial no nos queda opción distinta que acatarlos), ellos son clara muestra de un decisionismo judicial que a todas luces refleja el mito del que me ocupo en este apartado, es decir, del relacionado con las pruebas.

Ciertamente, para los denominados *garantistas liberales*, tan loables aspectos no son más que mitos, comoquiera que estas posturas responden a un “realismo ingenuo” que, de un lado, da por sentada la posibilidad de descubrir siempre y en todos los casos la verdad material dentro de un proceso judicial; y, del otro, deja al descubierto que la premisa activista según la cual “el juez debe parcializarse en favor de la verdad” no es más que una contradicción que –como lo explicaré en el próximo acápite y al analizar el siguiente mito– riñe con los postulados básicos de la lógica formal.

Por ahora y en cuanto a lo primero, sostener que “la justicia no puede volverle la espalda al establecimiento de la verdad material”⁵⁸ es desconocer que en ninguna clase de proceso judicial la verdad puede ser el valor y fin único,⁵⁹ pues, si así fuera –y no lo es–, no

⁵⁸ Cfr. REPÚBLICA DE COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 28 de junio de 2005.

⁵⁹ Por supuesto que la averiguación de la verdad es un objetivo de la actividad probatoria; sin embargo, este no es el único, pues, como lo señala Van Fraasen, citado por Ferrer I. Beltrán, “decir que algo es la finalidad de una institución o actividad no excluye que existan otras finalidades o propósitos, y eso es lo que sucede con la regulación jurídica de la prueba, que en muchos casos puede ser entendida como la imposición de excepciones a las reglas de la epistemología general en aras de la protección de otros valores que comparten tutela jurídica con la averiguación de la verdad, como ocurre, por ejemplo, con el interés por la celeridad en la toma de una decisión que resuelva el conflicto planteado y lo haga definitivamente; o la garantía de la paz social, la proyección de los derechos individuales o el secreto de determinadas comunicaciones (como la que se dé entre abogado y cliente)”. Cfr. FERRER I. BELTRÁN, Jordi. *El contexto de la decisión sobre los hechos*

existirían reglas de exclusión de pruebas (o *evidentiary barriers* de las que habla Damaska)⁶⁰ cuando estas se han obtenido por medios ilícitos o ilegales, y tampoco serían de recibo las presunciones, las prescripciones, las caducidades, la posibilidad de dictar sentencia por el simple allanamiento del demandado, los desistimientos de la demanda o el proferimiento inmediato del fallo ante el silencio del demandado, tal como ocurre en los procesos ejecutivos o en los de restitución de tenencia por arrendamiento, rendición provocada de cuentas o entrega por el tradente al adquirente, ejemplos estos que cito por vía de simple enumeración y cuya consagración legal está esparcida a lo largo de todo el Código de Procedimiento Civil.⁶¹

De otro lado y sobre la base del argumento antedicho, hay que tener en cuenta que, como nos lo enseña Marina Gascón,⁶² el concepto de prueba se perfila de acuerdo con la concepción, los alcances y los límites del conocimiento empírico, esto es, la epistemología que se adopte, por lo cual podemos hablar –según esta autora– de: a) una epistemología denominada *objetivismo crítico*, que supone la existencia de un mundo independiente y externo al observador humano, cuyo conocimiento siempre será imperfecto o relativo y en el que la prueba es vista como un instrumento de conocimiento; y b) de una epistemología

probados en el derecho. En: ORTEGA ROMERO, Santiago (ed.). *Proceso, prueba y estándar*. Ara Editores, Perú, 2009, p. 63.

⁶⁰ En los sistemas adversariales, hay unas *evindetary barriers* o barreras evidenciarías que obstaculizan el camino hacia la verdad, no solo como protección a la dignidad humana y al debido proceso, sino también por una causa mucho más genérica como es la de minimizar las posibilidades de condenar a un inocente, incluso al precio de incrementar las posibilidades de que una persona culpable escape al castigo. Cfr. DAMASKA, Mirjan. “Evidentiary barriers to conviction and two of criminal procedure: a comparative study”. *University of Pennsylvania Law Review*, 121, 1972-1973, pp. 506-590.

⁶¹ Cfr. HERNÁNDEZ VILLARREAL, Gabriel. “El proceso civil adversarial”. *XXX Congreso Colombiano de Derecho Procesal*, memorias publicadas por la Universidad Libre, Bogotá, 2009, pp. 304-305.

⁶² Las afirmaciones vertidas en este párrafo están contenidas inicialmente en la ponencia que, bajo la dirección del suscrito, elaboró el Semillero de Investigación en Derecho Procesal de la Universidad del Rosario, el cual participó en el concurso organizado en el marco del *XXVII Congreso Colombiano de Derecho Procesal*, Bogotá, 2007, y cuyos integrantes fueron David Garzón Gómez, como ponente; Regis Andrés Sarmiento Vargas, Claudia Marcela Valencia y Carlos Andrés Guantiva. Luego fueron reproducidas, otorgando los créditos de rigor, en la ponencia que llevé al *XXX Congreso Colombiano de Derecho Procesal*, celebrado en Cali, en el año 2009. Cfr. HERNÁNDEZ VILLARREAL, “El proceso civil adversarial”, óp. cit., pp. 300-302.

conocida como *constructivista*, en donde la verdad deriva de esquemas de pensamiento y juicios de valor, y no de un criterio de correspondencia con la realidad objetiva.⁶³

En tal virtud, en el marco de la epistemología constructivista, la prueba tiene una finalidad persuasiva y el discurso judicial es lingüístico, lo que lleva a afirmar que la verdad no se predica de los hechos, sino de los enunciados propuestos por las partes.⁶⁴ En ese contexto y ante un sistema adversarial, las partes controlan, recogen y presentan la evidencia (en lo penal), o las pruebas (en lo no penal) según su estrategia, y, por lo tanto, el rol del juez no puede ser otro que el de limitarse a evaluar lo propuesto y sentenciar con base en él.⁶⁵

Ahora bien, con la visión publicística de la que difiero también se pasa por alto que los actuales conceptos de eficiencia y de política criminal,⁶⁶ dada la indudable influencia que sobre ellos tiene el análisis económico del derecho, cada vez tienen más peso sobre la verdad como fundamento de una sentencia legítima, al extremo de que, en Colombia en el 2008 y durante la vigencia de unos decretos expedidos al amparo de la declaratoria de emergencia económica, se permitió el rechazo de plano de la demanda por manifiesta

⁶³ Cfr. GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 1999.

⁶⁴ Cfr. *ibíd.*

⁶⁵ Cfr. HERNÁNDEZ VILLARREAL, “El proceso civil adversaria”, *óp. cit.*, p. 302.

⁶⁶ El “Plan Colombia”, por medio del cual el gobierno norteamericano aumentó los fondos destinados a la cooperación con nuestro país, en su componente institucional estableció una reforma a la justicia penal para que bajo un sistema acusatorio se ventilaran esas causas, lo que dio como resultado que, mediante el Acto Legislativo 3 de 2002 y la expedición de la Ley 906 de 2004, se le quitaran todas las facultades judiciales a la Fiscalía, haciéndola un órgano exclusivamente investigativo e introduciendo de ese modo el modelo adversarial que –en lo penal– ya existe en Perú (Ley 29 de julio de 2004); Chile (Código Procesal Penal de 2000); Bolivia (en 1999); Costa Rica (en 1998). En Argentina, existe el modelo con “tendencia” acusatoria en las Provincias de Buenos Aires, Catamarca, Chaco, Chubut, Córdoba, Entre Ríos, Jujuy, Mendoza, Santa Fe, Santiago del Estero y Tucumán. También la Ciudad Autónoma de Buenos Aires tiene un código acusatorio para los delitos que le han sido transferidos de la justicia nacional (que mantiene el sistema “mixto”), que son los delitos contravencionales y algunos penales.

Con sus defectos y errores, quizás el mejor logrado sea el de la provincia del Chubut. En el 2014, comenzaría a regir el nuevo Código de Procedimiento Penal de la provincia del Neuquén, que es acusatorio y con juicio por jurados. Actualmente, hay juicio por jurados en la provincia de Córdoba para algunos delitos, y está próximo a incluirse en la provincia de Buenos Aires.

infundabilidad de la pretensión o la evidente falta de legitimación en causa,⁶⁷ y ni qué decir de figuras como la del desistimiento tácito o la de la perención, incluida esta en una ley que, como la 1285 del 22 de enero de 2009, reformó, nada menos, que a la Estatutaria de la Administración de Justicia.⁶⁸

Adicionalmente, el decisionismo judicial, que hace de la búsqueda de la verdad real el fin del proceso (pero solo en apariencia),⁶⁹ prescinde de considerar que los hechos que se someten al conocimiento del juez solo pueden ser aquellos que los contendientes efectivamente puedan probar, con independencia de que haya otros que, aunque pudieron haber ocurrido en el plano fáctico, en el jurídico no resulta factible su acreditación, máxime si, como lo acabo de recordar, en estrictez lo que se prueba no son los hechos, sino los enunciados que de ellos hacen las partes. Dicho de otra manera y al abrigo de un sistema adversarial, dos mitades de verdad (la del pretendiente, por un lado; y la del resistente, por el otro) hacen una sola, y, por lo tanto, el desafío de una parte a la versión de los hechos

⁶⁷ Y esas mismas disposiciones pretendían elevarse al rango de legislación permanente en el Proyecto de Ley 197 de 2008, Senado, que al final culminó con la expedición de la actual Ley 1395 del 12 de julio de 2010. Como miembro de la subcomisión asesora de esta última Ley, me opuse con denodado esfuerzo a que tales disposiciones quedaran incorporadas como normas del ordenamiento procesal colombiano.

⁶⁸ Cfr. HERNÁNDEZ VILLARREAL, “El proceso civil adversarial”, óp. cit., p. 305.

⁶⁹ Afirmo que la búsqueda de la verdad real por parte de la corriente *publicística* es solo en apariencia, porque en el fondo no le interesa su consecución; tan es así que, además del elenco de desistimientos, allanamientos y prescripciones a los que ya hice referencia, en cuerpos normativos de marcado acento inquisitivo, como la Ley 1395 de 2010 y el Código General del Proceso, encontramos disposiciones en las que se evidencia el poco interés por la verdad material. Esta afirmación se demuestra con lo consagrado en el artículo 432, numeral 2, literal c) de la Ley 1395 de 2010, cuando al regular el trámite de la audiencia de instrucción y juzgamiento establece que el juez recibirá las declaraciones de los testigos que se encuentren presentes y prescindirá de los demás. Igualmente, en el artículo 372, numeral 4, inciso 2, del Código General del Proceso, se prevé que, si ninguna de las partes concurre a la *audiencia inicial*, “ésta no podrá celebrarse y vencido el término sin que se justifique la inasistencia, el juez, por medio de auto, declarará terminado el proceso”.

Si la obtención de la verdad real fuera el fin del proceso, ¿cómo se explica que se vaya a prescindir de unos testimonios que contribuirían a obtenerla, por el simple prurito de que los declarantes (debido, la mayoría de las veces, a dilatado de la audiencia) no se encuentren en ese preciso momento? De la misma forma, si las partes no van a la audiencia inicial, es obvio que no podría aplicárseles la sanción jurídica en el sentido de tener por ciertos –simultáneamente– los hechos en que se basan sus pretensiones y excepciones, pero eso no impide que el juez (tan activista) falle con el material aportado en la demanda y en la contestación o, si es del caso, decrete y practique las pruebas que hubieren pedido las partes.

relevantes de la otra, y viceversa, culmina con una sentencia que, al construirse sobre esa plataforma dialéctica, contiene la verdad.⁷⁰

En consonancia con esta última afirmación y para mantener coherente mi línea argumentativa, una vez más recuerdo que el manejo de la prueba –y con ella el del concepto de verdad– depende, además del sistema de juzgamiento por el que optemos (bien sea adversarial o inquisitivo), del tipo de proceso que se diseñe en el estatuto procesal de cada país. Por ese motivo y de acuerdo con la distinción que hace Damaska, hay modelos de procesos que están concebidos como mecanismos para la implementación de políticas públicas, en los que su objetivo sí es la averiguación de la verdad; mientras que existen otros, más propios de los sistemas del *common law*, cuyo premisa fundamental se dirige a la resolución del conflicto.⁷¹

A propósito de este tema y en palabras de Michele Taruffo, en el modelo que inicialmente he señalado en el anterior párrafo –el cual él comparte, ya que se ubica en la misma dirección de lo que Wroblewski llama “ideología legal-racional” de la decisión judicial–, la administración de justicia no se reduce a una contienda entre individuos privados, sino que debe orientarse al cumplimiento de *public values* y a la obtención de decisiones justas. En cambio, bajo el segundo de los señalados modelos, prima la teoría según la cual el proceso tiene como función exclusiva la resolución de conflictos, por lo que, al decir de Owen Fiss –citado por Taruffo–, ello responde a “una visión individualista que refleja un ‘*sociologically impoverished universe*’, y de ahí se deriva que solo los individuos privados pueden y deben desarrollar un papel activo en el proceso, lo que es válido también para la iniciativa probatoria”.⁷²

⁷⁰ Cfr. WERGEND, Thomas. “Is the criminal process about the truth?: A german perspective”. *Harvard Journal of Law and Public Policy*, 26, p. 158.

⁷¹ Cfr. DAMASKA, Mirjan. *The faces of justice and state authority. A comparative approach to the legal process*. Yale University Press, New Haven, London, 1986, pp. 123-160. Ahora bien, según Ferrer I. Beltrán (*El contexto de la decisión...*, óp. cit., p. 63), en un trabajo posterior Damaska presenta los dos modelos como interesados en distintos grados en la averiguación de la verdad, pero ya sin oponer el modelo de resolución de conflictos a ese objetivo.

⁷² Cfr. TARUFFO, *La prueba*, óp. cit., pp. 176-177.

Pese a que Taruffo y Fiss discrepan del modelo de proceso como método exclusivo para resolver conflictos, y este último en particular destaca que ella se basa en un individualismo radical inaceptable en la sociedad moderna y en la privatización de los valores en juego en la administración de justicia,⁷³ no podemos pasar por alto que los garantistas nos identificamos así, entre otras cosas porque somos liberales clásicos en la medida en que rescatamos el valor de lo individual, reprochamos el poder avasallante del Estado y advertimos, con preocupación, que por la vía de la socialización del proceso se está consolidando un manejo ilegítimo de la autoridad que se ejerce dentro de un proceso judicial; autoridad que así ejercida socaba la democracia, como forma de Estado, y atenta con la versión republicana, como forma de gobierno.

La apelación a la república como forma de gobierno dentro de un Estado democrático resulta fundamental para el garantismo, porque como lo precisan en sus textos los profesores Calvino y González, solo en una república hay una “clara división de poderes; un intercontrol recíproco entre estos; un respeto hacia la dignidad del individuo; el establecimiento del poder al servicio de la sociedad, y no a la inversa; la vigencia irrestricta de las garantías constitucionales y los límites precisos y bien definidos al poder de la autoridad”;⁷⁴ aspectos estos que no son de poca monta si tenemos presente que en Colombia nuestros jueces administran justicia precisamente “en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley”.

Así mismo y habida cuenta de que desde la perspectiva garantista procesal se debe predicar una unidad de tratamiento en lo que respecta a la actividad de procesar, no entendemos que, mientras en los asuntos no penales los activistas fortalecen el mito de que las pruebas judiciales están concebidas para la consecución de la verdad real (so pena de que si así no sucede entonces la sentencia no será justa y por lo tanto se atentará contra la paz social), para las cuestiones penales el mismo ordenamiento jurídico –y me refiero a lo

⁷³ Cfr. *ibíd.*, p. 176.

⁷⁴ Cfr. CALVINHO, *El proceso con derechos humanos...*, *óp. cit.*, p. 64, y GONZÁLEZ, Robert Marcial. “Alcances de la prueba judicial dentro de un sistema de enjuiciamiento republicano”. En: ALVARADO VELLOSO & ZORZOLI, *Confirmación procesal*, *óp. cit.*, p. 151.

que sucede en Colombia– consagre un tratamiento distinto en el que el decreto oficioso de pruebas (y con él la excusa que justifica la pretendida consecución de la verdad material) sí resulta contrario a la Carta Política.

En efecto y con el fin de explicar mejor este planteamiento, lo primero que hay que decir es que la otrora separación entre el derecho procesal civil, penal, laboral y administrativo, que suponía una diferencia de trato e implicaba unos principios diversos para cada uno de ellos, cada vez tiene menor entidad⁷⁵ en la medida en que han venido tomando fuerza las ideas de Eduardo B. Carlos, conforme a las cuales el derecho procesal constituye un tronco común que a cierta altura se diversifica en ramas particulares, lo que permite predicar la existencia de una unidad de legislación procesal como fin último.⁷⁶

En ese orden de ideas, defendemos la teoría unitaria del derecho procesal⁷⁷ y sostenemos que, aunque todo proceso tiene un procedimiento, no todo procedimiento acarrea el trámite de un proceso; por consiguiente, pese a que el proceso es un fenómeno jurídico único e irrepetible que une siempre a tres sujetos en una relación dinámica, él presenta unas diferencias en su procedimiento –que son de índole puramente accesorio–, las cuales dependen de la relación jurídico-sustancial que se debate y que, en últimas, son las que dan pábulo para hablar de un procedimiento civil, penal, laboral, contencioso administrativo, etcétera.

Esas diferencias accesorias de cada procedimiento no empañan para nada la afirmación de que solo existe un proceso único, concebido como método de debate dialogal que le permite a las partes discutir ante la autoridad judicial y en un perfecto plano de igualdad jurídica. Y ello es así en razón a que, como lo explica Calvino –que en este campo desarrolla las ideas del procesalista mexicano Briseño Sierra–, “el proceso es

⁷⁵ Cfr. HERNÁNDEZ VILLARREAL, “El proceso civil adversarial”, óp. cit., p. 284.

⁷⁶ Cfr. CARLOS, Eduardo B. *Introducción al estudio del derecho procesal*. EJEA, Buenos Aires, 1959, p. 41. En similar, aunque no idéntico sentido, Camelutti y Clariá Olmedo, citados por QUINTERO & PRIETO, *Teoría general del proceso*, óp. cit., pp. 18-19.

⁷⁷ A quien desee profundizar sobre el tema, le recomiendo las obras del profesor argentino Omar Abel Benaventos, *Teoría general unitaria del derecho procesal*. Ed. Juris, Rosario, 2001, y *Teoría general del proceso*, Ed. Juris, Rosario, 2002.

inmaterial, abstracto e impalpable, porque es concepto”,⁷⁸ mientras que el procedimiento “presenta una naturaleza material, concreta y corpórea [que] se capta por los sentidos y se realiza en un tiempo y en un espacio determinado”.⁷⁹ En síntesis, el procedimiento opera como la forma material del proceso, debido a que este no puede tenerla de por sí, ya que no es acto material, sino concepto significativo del acto.⁸⁰

Pues bien y luego de haber dicho esto, ¿qué relevancia tiene todo ello en relación con el mito de la prueba y los aspectos de carácter penal? Pues que, si el proceso es único y lo que varía son los procedimientos, entonces el objetivo que se persigue con la prueba no puede ser la búsqueda de la verdad real o material, sino tan solo el de llevarle certeza al juzgador para que, con base en los medios de prueba aportados por las partes, él le ponga fin a una situación jurídica conflictiva.

Por esos motivos, no comparto que, desde la ley, la jurisprudencia y la doctrina, se pugne por dotar al juez de mayores poderes instructorios en el ámbito civil –no obstante que por lo general allí solo se discuten asuntos que, por versar sobre el patrimonio económico de quienes intervienen como partes en un proceso de esa índole, son en esencia disponibles–; y, en cambio, en la órbita penal, en la que se ejerce el poder punitivo del Estado –y en la que los bienes jurídicamente tutelados, como la vida, la libertad, la honra, etc., tienen mayor trascendencia– sí se prohíje, como, a mi juicio, debe ser, que,

desde la perspectiva constitucional, el proceso penal no se agota en la búsqueda de la verdad, pues el concepto de justicia en la averiguación o aproximación a la misma, está condicionada al respeto de las garantías mínimas que deben ser protegidas por el juez (...) En este esquema, la actuación judicial solamente procede a petición de parte y por regla general durante el juicio no se podrá incorporar o invocar como medios de prueba aquellos que no se hayan presentado en la audiencia preparatoria. El juez no sólo está impedido para practicar pruebas sino que está obligado a decidir con base en las que las partes le presentan a su consideración. Por consiguiente, la prohibición del decreto y práctica oficiosa de pruebas hace parte de la estructura del sistema penal adoptado en nuestra Constitución y no es correcto ligar, por sí solo, el concepto de verdad con la búsqueda de oficio de aquella. De otra parte,

⁷⁸ Cfr. CALVINHO, *El proceso con derechos humanos...*, óp. cit., p. 146.

⁷⁹ *Ibíd.*, p. 146.

⁸⁰ *Ibíd.*

una manifestación de la imparcialidad objetiva del juez es, precisamente, la separación de las funciones de instrucción y juzgamiento, y la pasividad probatoria del juez favorece la igualdad de trato jurídico entre los sujetos procesales, y en especial lo que la doctrina ha denominado igualdad de armas, que hace parte del núcleo esencial de los derechos al debido proceso y de igualdad de trato para acceder a la justicia.⁸¹

A lo consignado en ese fallo hay que agregarle otro, proferido esta vez por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, que, al predicar la unidad de tratamiento sobre el tema y dejar a buen resguardo la igualdad jurídica de las partes y la imparcialidad funcional del juez, sostuvo:

Gravita en torno del principio de imparcialidad, muy caro a los sistemas con tendencia acusatoria, que el juez no tenga facultades probatorias autónomas, puesto que, si tuviese atribución para decretar pruebas de oficio, se daría al traste con uno de los pilares fundamentales de ese régimen de enjuiciamiento, consistente en la definitiva separación entre actos de investigación y actos de juzgamiento, que es emblemático de las democracias contemporáneas, con el fin de evitar que el juez predisponga el rumbo del proceso y por ende anticipe su convicción o pierda la ecuanimidad, como podría suceder si dirige o reorienta el destino final del asunto a través de su injerencia en el tema probatorio.⁸²

Con fundamento en las anteriores providencias⁸³ y en armonía con la tesis unitaria del derecho procesal, a mi juicio, queda al descubierto el mito que he analizado, así como la incompatibilidad –según lo destaca Alvarado Velloso– entre la garantía constitucional del debido proceso y la figura del juez inquisidor, quien con amplios poderes en lo que concierne a la averiguación de la verdad real o histórica termina por privilegiar la justicia subjetiva que surge del proceso, mal entendido como meta, y no la legitimidad objetiva que emana de este, concebido realmente como lo que es, es decir, como método.

⁸¹ REPÚBLICA DE COLOMBIA, Corte Constitucional, Sentencia C-396 de 2007, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra. En este fallo, se declaró exequible el artículo 361 del Código de Procedimiento Penal, que dice: “En ningún caso el juez puede decretar la práctica de pruebas de oficio”.

⁸² REPÚBLICA DE COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencias del 30 de marzo de 2006, Rad. 24468; del 16 de mayo de 2007, Rad. 26186; y del 4 de febrero de 2009.

⁸³ La primera de ellas emitida, curiosamente, por la misma corporación judicial que defiende el decreto oficioso de pruebas en lo civil.

De análoga manera, en mi concepto, no es cierta la afirmación de quienes desde el activismo aseveran que, cuando se decretan pruebas de oficio, ese obrar no afecta la imparcialidad del juzgador (porque al hacerlo el funcionario no sabe a quién va a beneficiar el resultado de la prueba), debido a que, si bien es veraz aquello de que no se sabe quién resultará beneficiado con la prueba, en el momento en que la decreta el juez sí tiene plena conciencia de a cuál parte quiere favorecer con su práctica.

En efecto, pletórico como está de los mandatos que lo conminan a ser un asistente social, en su visión justiciera y de seguro prevalido de la mejor buena fe, con bondadosa intención y quizá sin percatarse de ello, termina soslayando el principio del debido proceso (y de las garantías a la igualdad y a la imparcialidad funcional que de allí surgen), lo que lo lleva a desplazar a la parte y a que, en lo penal y si lo que quiere es condenar a quien considera culpable, lo que hace es decretar pruebas de oficio (en lugar de aplicar el *in dubio pro-reo*), y en lo civil hace lo mismo si su deseo de justicia es que la parte que debía perder el proceso lo gane (en lugar de aplicar el estándar de *carga de la prueba*).

Naturalmente, los estándares probatorios⁸⁴ al uso varían de un sistema procesal a otro (e, incluso, son distintos aun dentro del mismo modelo dependiendo de si la materia sobre la que se van a fijar los hechos es de carácter penal o civil), por lo que los modelos acusatorios, “cuando de asuntos criminales se trata, señalan como estándar que el operador esté ‘más allá de toda duda razonable’, pero si la controversia es de carácter civil utilizan el de ‘probabilidad prevalente’ que se expresa en la fórmula ‘más probable que no’”.⁸⁵

⁸⁴ “Podemos afirmar que un estándar está constituido por los lineamientos o directrices generales reconocidos por una comunidad experta en una determinada materia. Su origen se encuentra en las distintas prácticas científicas como las ciencias sociales, las matemáticas, los ensayos en medicina, entre otros (...) Los estándares, por ejemplo en matemáticas, significan que un teorema sólo está demostrado cuando se presentan los pasos de la deducción, y estos carecen de errores, y se llega así a la conclusión de que el teorema es correcto, pero no aceptaríamos como demostración la simple afirmación de un matemático de que está convencido de la verdad de un teorema. Eso es inaceptable, y por ende no vale como prueba. Del igual manera, en los saberes no matemáticos el estándar probatorio obliga a una demostración de carácter objetivo si queremos hablar de un estándar propiamente dicho”. Cfr. PUENTES, *La doctrina contemporánea...*, óp. cit., pp. 123-126.

⁸⁵ Cfr. *ibíd.*, p. 128.

Por lo demás y si las razones que he venido expresando no fueran suficientes para demostrar que el mito alrededor de las pruebas desconoce las garantías constitucionales, cuando un juez decreta pruebas de oficio varias veces, a su antojo y dentro del mismo proceso, lo que también queda claro es que el móvil que lo impele a hacerlo no es el del descubrimiento de la verdad histórica, sino la marcada voluntad de ayudar a una de las partes, proceder este con el que rompe la imparcialidad al dejar sentado, tácitamente, su interés privado para que triunfe una causa y no la otra. Para mayor infortunio y en previsión a que se diga que esta apreciación es más emotiva que racional y más efectista que real, debo recordar que ella cuenta con el sustento de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, quien afirma: “Entonces, según la jurisprudencia de la Corte, que tiene claro soporte en la ley, bien puede el juzgador decretar pruebas de oficio no solo en los términos probatorios de las instancias, sino posteriormente, por fuera de los mismos, sin que el ordenamiento, para verificar la verdad, lo hubiera circunscrito a una sola o única ocasión antes del proferimiento del fallo”.⁸⁶

Como puede verse, junto con el resquebrajamiento de la comentada imparcialidad, el decreto oficioso de pruebas que se maneja en el ámbito nacional resulta inapropiado – incluso para un modelo inquisitivo–, debido a que el sistema de prueba que aplican nuestros jueces no está a tono con los estándares probatorios actuales ni con las visiones científicas definidas por Ferrajoli y Taruffo, conforme a las cuales (y en esto sigo, en lo pertinente, la tesis del profesor Orlando Puentes) la definición de los hechos en un proceso judicial debe conservar, de una parte, los elementos garantistas de Luigi Ferrajoli, que son una importante contribución en la medida en que “el derecho contemporáneo no programa solamente sus formas de producción”, sino sus “contenidos sustanciales vinculándolos normativamente a los principios y valores inscritos constitucionalmente, mediante técnicas de garantía”,⁸⁷ y, de otra parte, también debe incorporar las nociones de Taruffo acerca de

⁸⁶ Cfr. REPÚBLICA DE COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 26 de octubre de 1998, M. P. Alberto Ospina Botero.

⁸⁷ Cfr. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y garantías: la ley del más débil*. Editorial Trotta, Madrid, 1999, p. 20, citado por Orlando Enrique Puentes, en su tesis de grado *La doctrina contemporánea sobre la prueba y su aplicación en Colombia*, óp. cit.

que la aceptabilidad de una hipótesis dependerá de su grado de confirmación, con lo cual se disminuye el grado de subjetividad en la decisión y se obtienen mayores ventajas en lo que respecta a la verdad y a los derechos y garantías de los asociados.⁸⁸

En adición a lo anterior, en Colombia es tan diáfano que el juez no conserva la imparcialidad funcional en los asuntos civiles (porque al decretar pruebas de oficio realiza una actividad que en un sistema procesal de democracia republicana solo podrían llevar a cabo las partes), que, en el actual artículo 306 del Código de Procedimiento Civil (reproducido en el artículo 282 del Código General del Proceso), se ha establecido que cuando él halle probados los hechos que constituyen una excepción de mérito (salvo las de prescripción, compensación y nulidad relativa) deberá reconocerla oficiosamente en la sentencia, pese a que el demandado no la haya invocado. De esa forma el juez suple la inactividad de la parte demandada, y además sorprende al demandante –en la sentencia y cuando el caso ya ha concluido– con una decisión tomada al amparo de hechos que nunca fueron objeto de debate en la respectiva instancia y que, por lo tanto, el demandante jamás tuvo oportunidad de controvertir.

Ahora y si por ventura nos encontráramos con un juez, que los hay, y muchos, para quien el obrar de ese modo se erige en un ataque a su rectitud y honestidad de espíritu, aun así sus reservas no serían de recibo, porque, junto con la consideración de que su fallo resultaría incongruente –al no estar a tono con las excepciones perentorias que, pese a que el demandado no alegó, él como juez sí ha debido encontrar luego de una desenfrenada pesquisa–, también tendría que enfrentar la vicisitud de que en la jurisdicción ordinaria su sentencia se tornaría pasible del recurso extraordinario de casación por error de derecho;⁸⁹

⁸⁸ Cfr. PUENTES, *ibíd.*, p. 8.

⁸⁹ “... bajo la inteligencia que aquí se le da al artículo 179 del C. de P.C., en armonía con el 180 *ibidem*, el deber de decretar de oficio una prueba asume el carácter ineludible cuando quiera que por las circunstancias objetivas (ajenas a la inteligencia y maniobras de las partes) y ostensibles del proceso, es la actitud pertinente para ajustar la realidad probatoria a los hechos sobrevivientes aducidos y probados, que impidan fallos absurdos contrarios a la realidad última alegada y probada (...) Por esta razón, excepcionalmente en este caso se incurriría en error de derecho alegable en casación cuando frente a la situación concreta mencionada, que, como se vio, supone la preexistencia de la prueba pertinente de un hecho sobreviviente, que al no ser decretado de oficio, contrariando la ley, de contera conduce al juzgador al quebrantamiento indirecto de la

y, si es en sede constitucional, esa omisión, la de no decretar pruebas de oficio, se le enrostraría por vía de tutela contra providencias judiciales.⁹⁰

Por último y para concluir lo argüido en este acápite, permítaseme reproducir la apreciación de otro destacado integrante de la corriente garantista –como es Girolamo Monteleone– quien al formular la pregunta acerca de por qué una sentencia es justa, o más justa, si el juez civil está dotado del poder de disponer pruebas de oficio, y en cambio no lo es si la conducción del proceso se encomienda a las partes y solo a ellas se les confiere iniciativa probatoria, la responde diciendo que no se ha probado teórica o empíricamente que el grado de justicia de una sentencia sea directamente proporcional a la suma de los poderes procesales del juez, ni que las partes actúen y resistan en juicio movidas por el deseo de injusticia.⁹¹ Por el contrario, y a la luz de la experiencia, nunca desmentida, quien se dirige al juez civil invoca la *justicia* y la aplicación de la ley que se ha violado en su daño.⁹²

3.2. Mito alrededor de la verdad

Como corolario del estado de inocencia que en general en los procesos de conocimiento civil ampara al demandado (salvo algunas excepciones que surgen del derecho sustancial, según sucede, por ejemplo, con el daño provocado por el riesgo o vicio de la cosa, en donde

norma sustancial...”. REPÚBLICA DE COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 12 de septiembre de 1994, M. P. Pedro Lafont Pianetta. En igual sentido, sentencia del 4 de marzo de 1998, M. P. Carlos Esteban Jaramillo.

⁹⁰ REPÚBLICA DE COLOMBIA, Corte Constitucional, sentencia T-264 del 3 de abril de 2009, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva. En ese fallo, el alto tribunal sostuvo que “el funcionario deberá decretar pruebas oficiosamente siempre que, a partir de los hechos narrados por las partes y de los medios de prueba que éstas pretendan hacer valer, surja en el funcionario la necesidad de esclarecer espacios oscuros de la controversia; cuando la ley le marque un derrotero a seguir; o cuando existan fundadas razones para considerar que su inactividad puede apartar su decisión del sendero de la justicia material”.

⁹¹ Cfr. MONTELEONE, Girolamo. “El actual debate sobre las orientaciones publicísticas del proceso civil”. En: MONTERO AROCA, *Proceso civil e ideología...*, óp. cit., p. 193.

⁹² *Ibíd.*, p. 193.

se invierte la carga de la prueba),⁹³ en el ideario garantista que se maneja acerca de las “incumbencias probatorias”⁹⁴ no se acepta que el juzgador pueda formar convicción a partir de la prueba por él decretada de oficio, y tampoco es de recibo que, como lo exhorta la Corte Constitucional colombiana, en su calidad de decisor judicial deba “parcializarse en favor de la verdad, manteniendo enhiesta e incólume su imparcialidad en la aplicación de la ley sustancial al caso concreto”.⁹⁵

Además de que en mi muy respetuoso concepto esta última aseveración implica, *per se*, un desconocimiento del principio filosófico de no contradicción, ya que no es posible ser y no ser al mismo tiempo, y bajo el mismo respecto, (pues riñe con las leyes de la lógica que quien por antonomasia debe ser imparcial –el juez–, sin embargo pueda ser simultáneamente parcial),⁹⁶ ella también se enfrenta a un par de dificultades adicionales que conspiran en contra de tan bondadoso manifiesto.

Esas circunstancias que obstaculizan el descubrimiento de la verdad real en los términos en que lo desea la visión publicística son la premisa fáctica y la premisa jurídica. En el ámbito de la primera de ellas, esto es, la *quaestio facti*, los estudiosos⁹⁷ del tema, como Gascón Abellán, destacan la “tara epistemológica importante”⁹⁸ que “afecta a la

⁹³ Cfr. BENAVENTOS, Omar. “Las incumbencias probatorias del juez y las partes en los sistemas de procesamiento latinoamericanos”. En: ÁLVAREZ GARDIOL & PEYRANO, *Activismo y garantismo procesal*, óp. cit., p. 61.

⁹⁴ *Ibíd.*, en especial pp. 63 y ss.

⁹⁵ Cfr. REPÚBLICA DE COLOMBIA, Corte Constitucional, Sentencia T-264 del 3 de abril de 2009, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁹⁶ Obviamente que sé que la exhortación a la parcialidad del juez es en favor de un valor; sin embargo, el problema con ello es que ese valor no responde a un concepto unívoco y universalmente aceptado por todos, por lo que la subjetividad específica del conocimiento judicial es un permanente e insuperable factor de incertidumbre.

⁹⁷ Se han ocupado de ello destacados tratadistas como FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. 3ª ed., Trotta, Madrid, 1998, p. 613; FERRER I. BELTRÁN, Jordi. *Prueba y verdad en el derecho*. Marcial Pons, Madrid, 2002, p. 63; TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Traducción de Jordi Ferrer Beltrán, Trotta, Madrid, 2002, p. 427.

⁹⁸ GASCÓN ABELLÁN, *Los hechos en el derecho...*, óp. cit., p. 184.

afirmación de verdad de los hechos que no es precedida por el debido contradictorio entre las partes”.⁹⁹

En este escenario, “el conocimiento judicial de la verdad sobre las aseveraciones fácticas es ineludiblemente subjetivo”,¹⁰⁰ porque el juez, según lo recuerda Ferrajoli, está condicionado por problemas de percepción e interpretación de lo sucedido, así como “por las circunstancias ambientales en las que actúa, por sus sentimientos, sus inclinaciones, sus emociones [y] sus valores ético-políticos”.¹⁰¹

Ahora bien, adelantándome a un eventual reparo en este sentido, soy consciente de que todas estas apreciaciones no son patrimonio exclusivo del derecho, sino que también se extienden a cualquier ciencia social en la que se maneja un conocimiento empírico, por lo que esos solos motivos no serían suficientes para renunciar a la búsqueda de la verdad histórica ni concluir que no es factible su consecución dentro del trámite de un proceso. No obstante, algunos de los aspectos que hacen que, contrario a lo que sucede en otras ciencias, en el conocimiento judicial sea más difícil y en la mayoría de los casos se torne escurridiza la obtención de la verdad real son los siguientes: a) La exposición del juez a los medios de comunicación y a la presión de la opinión pública alentada por ellos. b) La susceptibilidad del juzgador en lo que atañe a situaciones de tipo moral y emotivo, que no siempre le permiten manejar con objetividad los sucesos que ha de comprobar.¹⁰² c) La prohibición de fallar con base en el conocimiento personal que él tenga acerca de los hechos acaecidos. d) El diseño procedimental que lo impele a decidir las causas siguiendo unos esquemas jurídicos a través de los cuales se aprecia la realidad a subsumir.¹⁰³

⁹⁹ MEROI, Andrea. “La imparcialidad judicial”. En: ÁLVAREZ GARDIOL & PEYRANO, *Activismo y garantismo procesal*, óp. cit., p. 52.

¹⁰⁰ *Ibíd.*, p. 52.

¹⁰¹ FERRAJOLI, *Derecho y razón*, óp. cit., p. 57.

¹⁰² MEROI, “La imparcialidad judicial”, óp. cit., p. 53.

¹⁰³ Para Ferrajoli, citado por Meroi, “es claro que esta disposición a leer sub specie iuris genera una forma especial de incomprensión, y de ceguera a veces, respecto de los sucesos juzgados, cuya complejidad resulta por ello simplificada y distorsionada”. Cfr. MEROI, *ibíd.*, p. 53.

Por tales motivos, a los que junto con la subjetividad del juez se le suman las subjetividades de las fuentes de prueba no impersonales (como las de los testigos o las de los peritos), es que los *garantistas procesales* no depositamos el juicio sobre los hechos en la sabiduría de los jueces y en su iluminada actuación acerca de la verdad material que ellos poseen,¹⁰⁴ sino que preferimos que dicho juicio se ciña a unas reglas de juego en las que imperen el estricto respeto a las normas de procedimiento, a las nociones de la carga de la prueba, al cabal derecho de defensa, a la bilateralización de todas las actuaciones y, desde luego, a la garantía de obtención de una verdad –menos pretenciosa que la material, pero más ajustada a la que surge de un proceso– como es la relativa, forense o meramente procesal.

Igualmente, así como esta primera premisa fáctica es un escollo que torna harto difícil escudriñar la verdad “real”, la segunda premisa, vale decir, la jurídica, también es un obstáculo que en determinadas ocasiones impide arribar a ese propósito, porque su elección es unilateral y del resorte exclusivo del juez, lo que le cercena a los demás sujetos del proceso la posibilidad de enterarse de antemano y, por consiguiente, de participar de la determinación que habrá de adoptarse a este respecto.

Dicho de otra manera y para efectos de explicar mis reparos alrededor de la comentada premisa, la búsqueda frenética de la verdad histórica muchas veces no es más que una licencia retórica a la que acude el activismo para agradar al conglomerado social, pero en el foro y específicamente en el microcosmos del proceso ello no suele lograrse. La razón de este aserto radica en que, junto con las dificultades ya expuestas en relación con los hechos (o, técnicamente, los enunciados que sobre estos están en discusión), las preferencias valorativas del juez a la hora de escoger e integrar una norma también pueden dar al traste con el hallazgo de la pretendida verdad.

Sobre el particular y en lo que atañe a la determinación de la *regula iuris*, el aplicador del derecho debe desplegar su actividad en dos planos: uno, en el que –de acuerdo con

¹⁰⁴ Cfr. FERRAJOLI, *Derecho y razón*, óp. cit., p. 43.

Jaime Guasp¹⁰⁵ busca la norma que ha de ser utilizada por él entre la gran masa de disposiciones que en principio podrían regular el problema planteado; y otro, en el que, después de haber decidido que esa norma es la adecuada, procede a su depuración mediante su *crítica*, la cual se bifurca en una crítica formal y una material. En la primera, se depura el contexto externo de la disposición, y, en la segunda, el juzgador “califica, en cuanto a su validez o invalidez, el propio fondo de la disposición”.¹⁰⁶

Estas operaciones intelectivas repercuten en el concepto de verdad que como mito planteo desde esta tribuna, pues la elección y valoración de la norma por parte de quien ha de sentenciar ya dirige, por sí sola, el resultado del fallo en un determinado sentido, que puede estar más lejano o cercano de la verdad de lo ocurrido, dependiendo de si los hechos debatidos en realidad sí se adecuan o no a la hipótesis que configura la premisa jurídica escogida por el juez.

En este entorno, la calificación legal juega un papel preponderante debido a que en virtud de ella lo que se hace es subsumir en una norma los hechos que previamente han debido ser alegados y probados por las partes; empero, la razón por la que tal proceder (en principio, legítimo y ajustado a la ritualidad procesal) se conjuga para atentar contra la verdad surge de la mala aplicación que de la regla *iura novit curia*¹⁰⁷ hace la criticada postura activista, puesto que, al no permitir el contradictorio en la determinación de la citada *regula iuris*, el juez puede terminar modificando a su arbitrio la imputación jurídica que una sola de las partes –por lo general, la actora– ha formulado como fundamento de la *causa petendi* en que basa su pretensión.

Para el garantismo, esa forma de obrar despoja al juez de su imparcialidad, en la medida en que amparado en el *iura novit curia* y, como adicionalmente en el

¹⁰⁵ Cfr. GUASP, Jaime. *Derecho procesal civil*. 3ª ed., Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968, t. I, p. 58.

¹⁰⁶ *Ibid.*

¹⁰⁷ En primer lugar, se trata de una regla procedimental inherente a la actividad de sentenciar, por lo que no es un principio. En segundo término, en su acepción más básica, ese brocardo significa que “el juez conoce el derecho”. En mi concepto, ese conocimiento del derecho se refiere al derecho objetivo, no al subjetivo, y, por lo tanto, considero que, en los asuntos en los que se discuten derechos susceptibles de plena disposición por las partes, el juez no puede, con apoyo en la citada regla, modificar las pretensiones de los litigantes.

neoconstitucionalismo¹⁰⁸ no se sabe cuál es el derecho que él conoce, al proferir la sentencia sorprende a los contendientes con una decisión en cuyo fundamento jurídico ellos no tuvieron ninguna posibilidad de participar; y además desacredita también el mito de la verdad, puesto que esta resulta ser el producto, como lo explica Ciuro Caldani, citado por Benaventos, de “una conversación mística con Dios [en la que el juez] fue iluminado por él para encontrar la ‘única e irrefutable verdad’ y justicia del caso concreto”.¹⁰⁹

Como puede verse, la afirmación de que “el juez debe parcializarse en favor de la verdad” no es más que una mera consigna teórica y a la vez contradictoria, que solo se explica bajo un sistema de juzgamiento inquisitivo en el que, en vista de que la imparcialidad no es precisamente uno de sus pilares, no puede hablarse entonces de un auténtico proceso o, cuando menos, no de uno mirado desde la perspectiva del sistema procesal que debe imperar en un Estado democrático que ha adoptado a la república como forma de gobierno.

Con todo, si en gracia de discusión admitiéramos que no es ontológica ni procesalmente excluyente que el juez, “manteniendo enhiesta e incólume su imparcialidad en la aplicación de la ley sustancial”, aun así pudiera simultáneamente “parcializarse en favor de la verdad”, la razón por la que incluso en este evento dicho postulado no superaría el rango de mito que se le endilga emana de la siguiente pregunta: ¿en favor de cuál verdad es que debe parcializarse la autoridad que ha de sentenciar?

¹⁰⁸ “Al amparo del *neoconstitucionalismo* cada vez son más frecuentes las decisiones judiciales cuya justificación se hace, no a partir de la aplicación de la regla jurídica concebida por el legislador para regular y definir el caso, sino echando mano de principios constitucionales respecto de los cuales no dan cuenta justificada de los mismos. De ese modo incurren en falacias materiales –en la medida en que transgreden las reglas de la metodología jurídica–, hacen más difícil la domesticación del azar inherente a todo proceso, y convierten a éste en un escenario acientífico en que la impredecibilidad de la sentencia es algo constante y no excepcional”. Cfr. HERNÁNDEZ VILLARREAL, Gabriel. “Los principios constitucionales, el proceso civil y la seguridad jurídica”. En: HERNÁNDEZ VILLARREAL, Gabriel (ed. acad.). *Actualidad y futuro del derecho procesal. Principios, reglas y pruebas*. Editorial Universidad del Rosario, Colección Textos de Jurisprudencia, Bogotá, 2010, p. 57.

¹⁰⁹ Cfr. BENAVENTOS, “Las incumbencias probatorias del juez...”, óp. cit., p. 68.

Planteo este interrogante porque la verdad, al ser un valor, no es una sola e idéntica para todas las personas por igual y en el mismo tiempo y lugar. De hecho, en esta materia y en el campo jurídico, las posiciones pasan por quienes consideran que solo existe una decisión correcta,¹¹⁰ hasta los escépticos que estiman que lo mejor es abandonar las pretensiones de certeza normativa y sustituirla por valores de certeza fácticos referidos solamente al estado de la opinión sobre los hechos.¹¹¹

Y es que alrededor de la verdad el terreno es tan disputado que ella depende, en últimas, de la teoría que se adopte para lograr su consecución. Así –y como lo ilustra Ulfried Neumann–, existe la teoría de la correspondencia, la teoría del consenso, la teoría de la coherencia, la teoría de la convergencia y hasta teorías semánticas como las de Tarski.¹¹² Por supuesto –y en ello también coincido con Neumann–, “en la confrontación entre las diferentes concepciones de verdad no se trata [de llegar a] la teoría de la verdad ‘verdadera’, sino de la que es más adecuada, pues no hay ninguna verdad detrás de las teorías de la verdad”.¹¹³

En este sentido, ni siquiera expertos como Taruffo, que no se caracteriza por ser proclive al garantismo procesal que defiende, se atreve a tomar partido por una verdad absoluta, ya que en su criterio:

En cuanto al segundo aspecto de la verdad procesal, se puede subrayar sintéticamente que en el proceso no se trata de establecer una verdad absoluta de ningún género, sino sólo verdades relativas. (...), por otro lado, es necesario señalar que la verdad procesal es relativa esencialmente porque la decisión del juez en torno a los hechos no puede más que fundarse en las pruebas aportadas en el

¹¹⁰ Cfr. NEUMANN, Ulfried. *La pretensión de verdad en el derecho*. Traducción de Mauricio Hernández, Universidad Externado de Colombia, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho N° 38, Bogotá, 2006, p. 20. La teoría de la única decisión correcta fue desarrollada por Ronald Dworkin, para quien incluso en casos difíciles la decisión del juez está completamente determinada por normas jurídicas, y por ello las diferencias de opinión de los juristas no demuestran el déficit de las reglas del orden jurídico, sino la falta de conocimiento de la persona encargada de aplicar ese orden.

¹¹¹ *Ibíd.*, p. 21.

¹¹² “Este autor define la verdad como la relación entre una frase objetiva del lenguaje y una frase del metalenguaje. La oración ‘la nieve es blanca’ tan sólo es cierta cuando la nieve es blanca”. Cfr. NEUMANN, *ibíd.*, p. 34.

¹¹³ *Ibíd.*, p. 22.

juicio, las cuales se presentan como instrumentos no absolutos de los cuales el juez pueda servirse para conocer y entonces reconstruir de forma veraz los hechos de la causa. Cabe aquí entonces la afirmación por la cual en el proceso se puede considerar como verdadero sólo aquello que se ha probado, y en los límites en los cuales las pruebas permiten un apreciable soporte cognoscitivo a las enunciaciones de hecho (...). En otros términos, el problema de la verdad procesal puede ser correctamente formulado en términos de grados de confirmación probabilística que la prueba pueda aportar a los enunciados sobre los hechos.¹¹⁴

Si esto es así, ¿cómo puede nuestro órgano de cierre en la jurisdicción constitucional, junto con la doctrina publicística, exhortar la parcialización de quien en un proceso judicial ha de administrarnos justicia? Entendería la razonabilidad de esa postura si adoptáramos como modelo de verdad el de la correspondencia¹¹⁵ entre la aserción y los hechos, es decir, entre la afirmación del enunciado y la realidad; y la entendería, porque es una visión obvia que nos seduce a todos cuando estamos en presencia de hechos físicos que son accesibles mediante la simple observación inmediata. En ese sentido, si miramos por la ventana y observamos que está lloviendo, salvo que suframos de alguna patología que nos trastoque la realidad, podremos afirmar sin ambages y con pretensión de universalidad que en verdad se está produciendo ese fenómeno climático. Sin embargo, comparto la apreciación de Neumann de que, “para el campo de las afirmaciones sobre el derecho, la aplicabilidad de la teoría de la correspondencia depende de si en la esfera del deber jurídico los hechos son identificables con las afirmaciones jurídicas”.¹¹⁶ Si ese no es el caso –como no suele serlo–, para mí, es claro entonces que la teoría de la correspondencia o adecuación es insatisfactoria, y, por lo tanto, no puede defenderse una verdad a partir de ella.

¹¹⁴ Cfr. TARUFFO, Michele. “Conocimiento científico y criterios de la prueba judicial”. En: ORTEGA ROMERO, *Proceso, prueba y estándar*, óp. cit., p. 39.

¹¹⁵ Este concepto de verdad, expresado en la locución *adaequatio rei et intellectus*, tuvo su origen en Aristóteles y fue desarrollado por Tomás de Aquino. De acuerdo con esta teoría, “el contenido de la decisión es verdadero cuando coincide o se corresponde con los sucesos que realmente ocurrieron en la situación empírica que está en la base de la controversia judicial. La función de la prueba es justamente ofrecer al juzgador conocimientos fundados empírica y racionalmente acerca de los ‘hechos de la causa’, no recopilar historias contadas por algunas personas acerca de tales hechos”. Cfr. TARUFFO, *La prueba*, óp. cit., pp. 28-29.

¹¹⁶ *Ibíd.*, p. 25.

Ciertamente, lo que de ordinario se discute en un proceso judicial no es la ocurrencia o no de un hecho físico del tipo “estaba lloviendo”, sino la afirmación o negación de las partes acerca de que ese hecho es el que matiza y le sirve de sustento a sus respectivas posiciones o, lo que es más corriente aún, la interpretación que ellas hacen en torno al preciso contenido de los textos legales o al verdadero alcance de las cláusulas del contrato que las vincula. En ese contexto de debate, la prueba de que es verdad que esa “situación fáctica” (estaba lloviendo) ocurrió podría llegar a tornarse irrelevante porque la “situación jurídica” que le corresponde analizar al juez no se construye solo a partir de realidades sociales, sino que se nutre, y en principal medida, de enunciados formulados por los contendientes.

En otras palabras y para explicar en términos didácticos lo que quiero expresar alrededor de este tema, permítanme valirme del siguiente ejemplo: en un proceso de conocimiento, el demandante pretende que se declare que el demandado es responsable por las pérdidas económicas que sufrió, al haberle vendido unas semillas transgénicas que en su concepto resultan ser de mala calidad, lo que le produjo una cosecha por debajo de lo esperado. Después de haberse integrado el contradictorio, el extremo pasivo aduce que la mala cosecha no tuvo su origen en el producto vendido, sino que ella fue el resultado de la inadecuada utilización de los pesticidas, el inapropiado manejo de los suelos por parte del agricultor demandante y el incremento del volumen de lluvias.

En el caso planteado –paradigmático como el que más, porque de ellos están llenos los estrados judiciales–, ¿a favor de qué verdad se va a parcializar el juez? y, sobre todo, una vez que lo haga, ¿cómo va a mantener “enhiesta e incólume su imparcialidad en la aplicación de la ley sustancial”? A mi juicio, no hay la más mínima duda de que en el momento en que decrete pruebas de oficio lo que va a tratar de hacer con ellas es demostrar “la verdad” por la que ya tomó partido; mas, si así es, ¿no significa eso darle una inconstitucional licencia para que prejuzgue y por esa vía ventile una causa respecto de la cual ya está parcializado?

Adicionalmente, todos sabemos que la verdad no permanece inmutable en el tiempo, pues, aun cuando hoy en día no existe ninguna persona o conglomerado social sensato que comulgue con ello, en su época el mismo Aristóteles justificó la esclavitud, y Galileo estuvo a punto de perecer en la hoguera porque sostenía que el Sol era el centro del universo y que la Tierra giraba alrededor de él. De manera similar y en lo que concierne a la práctica tribunalicia, ¿cuántas veces no ha sucedido que alguna alta corporación judicial cambia o modifica de un momento a otro lo que había sido su tradicional posición durante más de treinta, cuarenta, cincuenta o más años? Pero, además, para quienes defienden las corridas de toros, esa práctica es un bello espectáculo que comporta un arte, y, en cambio, sus opositores estiman que se trata de una simple carnicería en la que injustificadamente se maltrata y se le da muerte a un animal.

¿Y qué no decir cuando, por ejemplo, un serio y honesto juez civil, empeñado en descubrir la verdad real, decreta pruebas de oficio, y después el tribunal, igualmente serio y honesto, en segunda instancia y motivado en esos mismos altruistas fines también actúa oficiosamente en ese campo y como resultado de ello revoca la sentencia del ad-quo? En esos supuestos –pan de cada día–, ¿cuál es la verdad real: la del decidor de primer grado o la del segundo? Como si fuera poco, si el negocio llega a casación (y eventualmente es atacado luego mediante tutela), ¿cuál será la verdad material en esa causa: la del juez civil del circuito, la del tribunal, la de la Corte Suprema de Justicia o la de la Corte Constitucional si la tutela alcanzó a llegar a esta última sede? La respuesta es obvia: en el marco de un proceso judicial, y en respeto a la estructura jerárquica de la administración de justicia, la verdad será la que declare el último juzgador. Por lo tanto, si pueden existir tantas verdades o criterios de verdad como personas e instituciones encargadas de declararlas, entonces la verdad no es más que un valor relativo que surge del proceso y, por ende, no es cierto que la autoridad que ha de resolver el caso deba parcializarse en favor de una pretendida verdad real, como tampoco resulta atinado que se le brinden mayores poderes a los jueces para que –en detrimento de las garantías de igualdad e imparcialidad– se empecinen en la búsqueda de lo que no es más que una quimera.

En consecuencia, si dejamos al descubierto el mito de la verdad real,¹¹⁷ concluiremos, con Montero Aroca, que, si ello no es más que una ilusión, entonces no se justifica concederle al juez iniciativa probatoria, y además que la prueba dentro de un proceso civil no tiene como finalidad la obtención de dicha verdad material (ya que su propósito es dotar de certeza al juzgador en lo que a los hechos afirmados y controvertidos por las partes se refiere), bajo el entendido de que esa certeza será el resultado, en unos casos, de la convicción del juez sobre los hechos, y en otros, de las normas sobre valoración legal de la prueba.

3.3. Mito alrededor de la igualdad real

Al hablar de los modelos de adjudicación o proceso judicial, Fiss¹¹⁸ describe a dos de ellos: el de “resolución de conflictos” y el que él llama “reforma estructural”.

El primero correspondería a la corriente que aquí he explicado como *garantista*, y, a juicio de Fiss –que no está de acuerdo con sus postulados–, ese modelo “refleja un universo sociológicamente empobrecido que no da cuenta de los grupos y de las instituciones burocráticas”;¹¹⁹ es expresión de un “sesgo individualista”¹²⁰ que “privatiza los valores”;¹²¹

¹¹⁷ Como un elemento de juicio adicional al ya poroso concepto de verdad real, Alvarado Velloso cita la obra del profesor de derecho penal Ricardo Juan Caballero (*La justicia inquisitorial*, Ed. Ariel Historia, 2003), quien desentraña “el auténtico sentido histórico de la palabra *real* cuando adjetiva al sustantivo verdad. Utilizando al efecto una óptica diferente a la tradicional, afirma él que en tiempos de las primeras monarquías absolutas no existía el hoy conocido estado de inocencia sino una obvia presunción de culpabilidad emergente de la mera imputación efectuada por el propio rey –con inspiración divina, naturalmente– y que esa afirmación era nada menos que la verdad real: la verdad del rey, no la afirmación que coincide con la realidad de la vida. Por tanto, la búsqueda de la verdad real por parte del juez que actúa inquisitivamente tiene el único objeto de hacer coincidir el resultado de objeto investigativo con lo querido por el rey. Tal cual ocurre hoy, sólo que la coincidencia no se produce con el querer real sino con la voluntad del mismo juez que ha efectuado la impugnación”. Cfr. ALVARADO VELLOSO, Adolfo. *La prueba judicial. Reflexiones críticas sobre la confirmación procesal*. Editorial Universidad del Rosario, Colección Textos de Jurisprudencia, Bogotá, 2010, pie de página 16, visible en la misma página 16.

¹¹⁸ FISS, Owen. *El derecho como razón pública*. Traducción de Esteban Restrepo Saldarriaga, Editorial Marcel Pons, Madrid, 2007. Este autor es profesor de derecho procesal, de teoría del derecho y de derecho constitucional en la Universidad de Yale.

¹¹⁹ *Ibíd.*, p. 80.

¹²⁰ *Ibíd.*

¹²¹ *Ibíd.*, p. 81.

comparte las mismas premisas de la teoría del contrato social y, por consiguiente, se inserta en el concepto de Estado gendarme que dominó a casi todo el siglo XIX; es “minimalista del poder judicial”¹²² y, en definitiva, no pretende la realización de valores públicos.

El segundo modelo –defendido a ultranza por el citado autor– en su concepto sí “representa un avance importante en la comprensión de la sociedad contemporánea, [ya que] reconoce adecuadamente la naturaleza burocrática del Estado moderno y las dimensiones públicas del poder judicial”.¹²³ Su énfasis está puesto en la realización de unos fines y valores públicos que trascienden la resolución de un conflicto, por lo que se adecua con naturalidad al “Estado activista”.¹²⁴

Pues bien, después de leer a Fiss, de inmediato me viene a la memoria que, para Klein, el proceso era un “fenómeno social de masas que debía ser reglamentado como un instituto de bienestar”,¹²⁵ a través del cual se lograran satisfacer “los más altos valores sociales”¹²⁶ del Estado, y de ahí que el juez, como director, timonel o “representante profesional del bien común”,¹²⁷ debía disponer de amplios poderes discrecionales para evitar, como ocurría en los ordenamientos liberales, que fuera “una marioneta” cuyo movimiento solo era posible “si las partes le tiran de los hilos”.¹²⁸

Obviamente que sería injusto, y sobre todo desacertado, pretender asimilar la visión de Fiss con la de Klein, y darles el mismo tratamiento. Lo único que quiero destacar con esta remembranza, y a partir de ella descender al tema del mito de la igualdad real de partes, es que tanto en el modelo de “reforma estructural” que prohija el profesor de Yale como en el reglamento de Klein (ministro guardasellos del imperio austrohúngaro), subyace el elemento común de considerar que mediante el estrecho marco de un proceso judicial es posible la materialización o concreción de políticas públicas. Aun así, con honestidad

¹²² *Ibíd.*, p. 87.

¹²³ *Ibíd.*, p. 79.

¹²⁴ *Ibíd.*, p. 87.

¹²⁵ Cfr. CIPRIANI, Franco. “El proceso civil entre la libertad...”, *óp. cit.*, pp. 156-157.

¹²⁶ *Ibíd.*, p. 158.

¹²⁷ *Ibíd.*

¹²⁸ *Ibíd.*

intelectual Fiss se apresura a expresar su preocupación acerca de la legitimidad de los jueces en este campo, y se cuestiona si es la “reforma estructural” una tarea apropiada para ellos,¹²⁹ pues cree “que los dictados de la legitimidad imponen limitaciones a los medios que los tribunales pueden utilizar para alcanzar sus objetivos”.¹³⁰

Infortunadamente, y muy a mi pesar, no veo que en Colombia se tengan esas mismas prevenciones y que se hayan adoptado correctivos para impedir desbordamientos en la labor de juzgar, y, por el contrario, el artículo 4° del Código General del Proceso ya no se limita a establecer como uno de los deberes del juez el de lograr la igualdad *jurídica* de las partes, sino que ahora ese estatuto consagró en las disposiciones generales del título preliminar que “el juez debe hacer uso de los poderes que este código le otorga para lograr la igualdad real de las partes”.

¿Qué significa el ejercicio del poder judicial para conseguir esa igualdad real, y hasta dónde llegan las dificultades y límites para arribar a ese cometido? En mi concepto, significa que estamos sometidos a una *publicización* que invade todas las esferas sociopolíticas y jurídicas, incluida, por supuesto, la del proceso judicial, no obstante que desde la teoría constitucional se nos dice que Colombia es un Estado social de derecho organizado en forma de república unitaria y democrática, y bajo ese sistema no se concibe – a menos que se subvierta el orden democrático y legítimamente constituido– que una rama del poder público, en este caso la judicial, se arroge las funciones que les corresponden a las otras, y por esa vía asuma políticas de vanguardia reservadas a los órganos ejecutivo y legislativo.

Ciertamente, procurar la igualdad real de los habitantes de un país es una labor reservada a quienes –habiendo sido elegidos con tal fin– tienen a su cargo la implementación de objetivos sociales y políticas macroeconómicas encaminadas a lograr ese propósito; en cambio, a los jueces, que no son elegidos mediante el voto popular, lo que les concierne es el conocimiento del ordenamiento jurídico y la aplicación de la ley a los

¹²⁹ FISS, *El derecho como razón pública*, óp. cit., p. 79.

¹³⁰ *Ibíd.*

precisos e individuales casos sometidos a su consideración. Por ende, trasladarles tareas que no son de su resorte constitucional es hacer gala de un fetichismo normativo en virtud del cual erróneamente se cree que la norma todo lo puede (incluido el hecho de cambiar la realidad), lo que evidencia una demagogia legislativa que le atribuye al poder judicial una responsabilidad de la que no solo carece, sino que además lo deslegitima.

¿Y por qué lo deslegitima? Porque los asociados pierden confianza en un sistema judicial que no les va juzgar su causa por lo que ella en sí misma es considerada –y de acuerdo con lo alegado y probado dentro de un proceso–, sino que lo hará dependiendo de cuál sea la posición que ocupen las partes en el plano de la realidad social. Así entonces, un proceso de restitución de inmueble arrendado no girará alrededor de si el inquilino incumplió o no el contrato de arrendamiento, sino que, con independencia de ello y al estar conminado a velar por la igualdad real de las partes, el juez tendrá que considerar elementos extraprocesales frente a los que uno de los contendientes no podrá jamás defenderse, tales como si el demandado tenía medios económicos para haber pagado la renta o no; si es madre cabeza de familia o persona de la tercera edad; si el arrendador es una gran agencia inmobiliaria o cuenta con muchos otros bienes más que le permiten vivir sin necesidad de ese ingreso; si es una multinacional o una entidad financiera, etcétera.

Estos aspectos, que como humanos nos duelen y en el terreno filosófico son irrefutables, pues a todos se nos marchita el corazón al ver, día a día, la falta de empleo, la carencia de servicios de salud, la inadecuada redistribución de la riqueza, el cierre de las puertas para acceder a una educación de calidad y, en general, las brechas económicas, en el reducido marco de un proceso judicial no deberían ser objeto de pronunciamiento por parte del juez,¹³¹ debido a que, como ya se indicó, y por tratarse de problemas estructurales, en primer lugar, su solución le corresponde asumirla a otras ramas del poder público y, en

¹³¹ Para Ferrajoli, el mantenimiento de la imparcialidad del decisor judicial es una garantía permanente, razón por la cual él reclama la indiferencia o desinterés personal del juez respecto del conflicto, lo que lo lleva a sostener que “el juez (...) no debe gozar del consenso de la mayoría, debe contar, sin embargo, con la confianza de los sujetos concretos que juzga, de modo que éstos no sólo no tengan, sino ni siquiera alberguen, el temor de llegar a tener un juez enemigo o de cualquier modo no imparcial”. Cfr. FERRAJOLI, *Derecho y razón*, óp. cit., pp. 581-582.

segundo término, al obrar de ese modo se conculca la igualdad jurídica de las partes y se afecta la imparcialidad del juzgador.

Además, la historia nos recuerda con creces que el poder corrompe y que una de sus reglas es la de convertir a los oprimidos en opresores; por lo tanto, ¿concurriremos a un proceso para que uno de los agentes del poder constituido se torne (de seguro con la mejor buena fe y henchido de solidarismo judicial) en opresor de una de las partes y reivindicador de la otra, imponiendo, bajo consideraciones socioeconómicas y políticas –que no jurídicas– lo que él considera es la justicia y la forma como debería lograrse la igualdad real?

Naturalmente que no desconozco que la Constitución Política de 1991 consagra como principios a la solidaridad y el orden justo; con todo, una y otro tienen sus límites, pues mientras este no puede ser el resultado de socavar la justicia o bondad de la causa que defiende la parte denominada “fuerte”, en virtud de aquella no podemos pretender que la “débil” se sustraiga de honrar sus obligaciones, o que por su mala fortuna en la lotería de la vida no esté sujeta a las disposiciones legales que gobiernan la conducta de todos los asociados.

Lamentablemente, este nuevo mandato del Código General del Proceso que comento implica que, junto con el elemento aleatorio ínsito a todo proceso judicial, ahora se incorpore un factor adicional de inseguridad, como es el de no saber hasta dónde ejercerá la autoridad su poder para lograr que se materialice –desde su perspectiva y de acuerdo con sus preferencias políticas y sociales– la igualdad de los intervinientes.

Con estribo en esa *ética de la solidaridad*, que olvida que el proceso es lucha, debate y no una simple discusión¹³² entre amigos, se genera lo que acertadamente Alvarado

¹³² “Se ha enfatizado que el debate no es una discusión. En los debates procesales cada una de las partes adopta una posición y no pretende convencer al adversario o la contraparte; toda su argumentación está dirigida a destruir los argumentos del contrario, apuntando a convencer a un tercero que es el juez”. Cfr. CALVINHO, *El proceso con derechos humanos...*, óp. cit., p. 137, nota 256, quien a su vez está citando a

Velloso expone acerca de que ese proceder: “... ha traído enorme desconcierto entre los justiciables, que se enfrentan no con un sistema que permite prever las eventuales soluciones de los jueces, sino con una suerte de realismo absolutamente impredecible, en el cual cada juzgador –no sintiéndose vinculado a orden jurídico alguno– hace literalmente lo que quiere...”¹³³

Adicionalmente, hay una suerte de perversión dialéctica en este mito, ya que, como lo recordaba Sergio Ramírez, exvicepresidente de Nicaragua, junto con el hecho probado de que las “revoluciones” terminan en fracasos éticos, y devoran, como Saturno, a sus propios hijos (porque el ideal finaliza en desilusión y los seres humanos estamos llenos de imperfecciones, arrogancias, soberbias, prejuicios, sectarismos ideológicos), a la postre una medida como la comentada también atenta, paradójicamente, contra aquellos a quienes se intentaba proteger, toda vez que, en previsión a lo que le espera dentro de un eventual proceso, la parte “fuerte” no celebrará ningún acto o negocio jurídico con quien identifique como “débil”, o, si lo hace, tratará de blindarse exigiendo, tal cual sucede en el ejemplo de la restitución de inmueble arrendado, que figure como arrendatario alguien más solvente, o de menor edad, o que no sea madre cabeza de familia o que consiga otro tipo de codeudores, etcétera.

Si estas críticas las adicionamos con los postulados del *neoconstitucionalismo* que se ha apoderado del derecho colombiano, el panorama será mucho más desalentador para quienes defendemos la garantía constitucional de ser tratados en un plano de perfecta igualdad jurídica, puesto que, en palabras del profesor Fabricio Mantilla, inteligente opositor del tan extendido *solidarismo judicial*: “En una sociedad como la colombiana, con grandes inequidades en la distribución de la riqueza y un aparato judicial sumergido por el peso de los miles y miles de expedientes que reposan en sus despachos, un discurso que aluda a la justicia, la verdad y la solidaridad resulta siempre seductor, incluso si esto

ÁLVAREZ GARDIOL, Ariel. *Epistemología jurídica*. Ed. Fundación para el Desarrollo de las Ciencias Jurídicas, Rosario, 2010, p. 511.

¹³³ Cfr. ALVARADO VELLOSO, *La prueba judicial...*, óp. cit., p. 20.

implica la concentración de un poder absoluto en un puñado de jueces elegidos por el Senado de la República”.¹³⁴

Quienes defienden la concepción de la cual discrepo también suelen apoyar la necesidad de conferirle mayores poderes oficiosos al juez, basados en el hecho de que, como “las partes no son iguales”, hay unas que, al contar con mayores recursos económicos, pueden contratar los servicios profesionales de abogados con mejor calidad y preparación. Empero, esta afirmación no viene acompañada de argumentos sólidos que la sustenten, porque, como ya lo he expuesto en otros apartes, el proceso judicial en particular, y la justicia civil en general, no son los medios idóneos para solucionar los males que aquejan a la sociedad. Igualmente, porque, como lo precisa el jurista chileno Diego Iván Palomo, identificado a su vez con la postura de Montero Aroca,

no necesariamente el abogado del estudio jurídico más grande e importante es el mejor abogado, la propia realidad demuestra la falsedad de esta afirmación. Y aun si fuera así, se olvida (pero lo recordó Montero en su última visita a Chile) que en la práctica los litigios que involucran mayores sumas de dinero reúnen justamente a abogados de estudios más importantes, mientras que en los casos de menor cuantía o importancia, no participan los abogados de grandes estudios.¹³⁵

Es más, llevada al extremo esta situación de asignarle a la población los abogados más probos y competentes (si es que así se pudiera solucionar la desigualdad material de las partes), para lograr ese cometido el Estado tendría que “expropiar” la profesión legal y asumir el costo de los servicios de los letrados, de tal suerte que le pudiera garantizar a

¹³⁴ Cfr. MANTILLA ESPINOSA, Fabricio. “El solidarismo contractual en Francia y la constitucionalización de los contratos en Colombia”. *Revista Chilena de Derecho Privado*, (16), julio de 2011, pp. 187-241. En este sesudo artículo, cuya lectura recomiendo para quienes deseen profundizar en el tema del solidarismo contractual visto desde la óptica sustancial tanto en Francia como en Colombia, el profesor Mantilla Espinosa nos explica que el mecanismo diseñado por el juez constitucional para esquivar la aplicación de la regla que soluciona el caso, y a partir de ahí enlazar su discurso con una presentación populista de lo que es *hacer justicia*, es el siguiente: en primer lugar, “atribuirle una valoración absoluta a unos principios morales descritos de forma general e imprecisa”. Después, conferirles “un campo de aplicación general que comprenda toda suerte de relaciones jurídicas”; y, finalmente, “describir los hechos de forma tal que encuadren necesariamente en los principios constitucionales”. *Ibíd.*, p. 226.

¹³⁵ Cfr. PALOMO VÉLEZ, Diego Iván. *Prólogo al libro de Adolfo Alvarado Velloso. La prueba judicial. Reflexiones críticas sobre la confirmación procesal*. 1ª ed., Ed. Librotecnia, Santiago de Chile, 2009, p. 18.

todos los ciudadanos el acceso a cada uno de esos ilustres profesionales.¹³⁶ No obstante, incluso en ese supuesto, tendríamos que preguntarnos –como lo hace Diego Iván Palomo Vélez, citando a De la Oliva– si todos esos abogados (estatales) serían igualmente competentes y diligentes. Obviamente la respuesta es negativa, puesto que, en vista de la naturaleza de la condición humana, siempre habría –y habrá– unos más calificados que otros.

Ante esa realidad, no luce razonable entonces que la recriminación concerniente a la desigualdad material de las partes se pretenda solucionar por la vía de dotar al juez de mayores e inquisitivos poderes para que él supere ese ineluctable hecho (lo que es francamente contradictorio con la imparcialidad e independencia que se espera de la autoridad jurisdiccional), sino que, en ese caso y ante partes que sean estimadas como débiles (porque son desplazadas por la violencia, carecen de recursos económicos, no tienen la misma cosmovisión que su contendiente, etc.), lo que el Estado podría hacer sería regular el procedimiento para permitir la intervención dentro de los procesos civiles, del ministerio público, la defensoría del pueblo, la personería o cualquier organización de derechos humanos, con el fin de que estas entidades (sometiéndose a las reglas, oportunidades, facultades y obligaciones del obrar procesal) coadyuvaran en la defensa de los derechos de aquellas. Todas lo podrían hacer (pues incluso en algunos procesos eso ya es de recibo), pero el único que tiene vedada esa opción es el juez, ya que él, por estar encargado de resolver el asunto, tiene que actuar con imparcialidad, imparcialidad e independencia. De lo contrario, estaremos hablando de cualquier otra cosa, menos de un auténtico proceso.

Por último, aunque además de los aquí comentados y criticados también existen otros mitos que se ciernen sobre el proceso civil, en especial el denominado de la buena fe procesal, debido a las limitaciones impuestas en cuanto a la extensión de los artículos, en esta ocasión no me podré ocupar de él y, por lo tanto, este será objeto de un próximo escrito.

¹³⁶ Cfr. PALOMO VÉLEZ, quien a su vez cita a De la Oliva, *ib id.*, p. 18.

Conclusiones

i) El garantismo procesal no es “enemigo de la verdad”, como lo sostienen sus contradictores. Lo que sucede es que, al concebir al proceso como un método de debate dialogal que busca resolver un conflicto intersubjetivo de intereses, asume que la verdad es la procesal, forense o relativa, por lo que, al no ser factible en la mayoría de los casos obtener la verdad real o material, resulta disvalioso para las garantías constitucionales de los justiciables, en particular las de imparcialidad del juez e igualdad de trato jurídico, dotar al juzgador de iniciativa probatoria en aquellos asuntos en los que se discuten derechos susceptibles de plena disposición por las partes.

ii) Tomar partido por una determinada verdad es dejar en evidencia una precipitud en el juicio de la autoridad que ha de resolver el conflicto y, si no fuera por los visos autoritarios que esa postura tiene, parcializarse en favor de la verdad –como lo prohija el activismo– sería de un candor inexplicable.

iii) En el sistema procesal de la democracia republicana, el juez no debe usar razonamientos y herramientas propias del quehacer jurídico, para, con fundamento en ellas, solucionar, en el caso específico sometido a su consideración, las grandes disyuntivas sociopolíticas y los retos y desafíos macroeconómicos.

iv) Las posturas que aquí he defendido están encuadradas en un escepticismo liberal, y por eso lo que he pretendido hacer es alertar al lector acerca de los dilemas contemporáneos, en particular del populismo que como estilo de legislar (y sobre todo de juzgar) lo que busca es agradar “a las mayorías” con unos argumentos que dicen ser democráticos. En mi opinión, y en ello coincido con el economista inglés Bernard Frick (*Democracy. A very short introduction*, Oxford University Press, 2002), eso podrá ser democrático para ellos, pero hay que considerar la posibilidad de acudir a unos mejores métodos democráticos, que se deslinden del populismo para adoptar decisiones, y que se basen en los principios del liberalismo y el republicanismo.

v) La independencia de la administración de justicia es un ingrediente de lo que es un sistema democrático; sin embargo, ella, individualmente considerada, no funciona como una democracia, esto es, sus decisiones no pueden ser objeto de encuestas o preferencias populares, de presiones mediáticas, del afán de lapidación, del odio a los privilegiados y de la solidaridad con los necesitados. No. La administración de justicia, y en concreto la que se dispensa mediante un proceso judicial de partes en el que, repito y aclaro, se estén discutiendo derechos susceptibles de plena disposición por ellas (ya que de lo contrario, por ejemplo, lo que tiene que ver con los derechos de los niños, niñas y adolescentes), tiene que ceñirse a las pruebas y a los precisos hechos alegados y demostrados en ese escenario. Lo otro es propiciar la venganza y el escarnio público, tal como ocurría en el Medioevo; se busca satisfacer la insatisfacción apelando al imaginario de lo que debe ser la justicia.

vi) Así como en un proceso no hay una verdad material absoluta, tampoco puede haber una igualdad real absoluta. Defender lo contrario es dar muestras de una ingenuidad que raya en el populismo. La igualdad material no se logra a punta de normas, y mucho menos si estas son de simple procedimiento.

vii) No hay verdades reveladas *ab initio*, ya que ellas se construyen a partir de los enunciados que plantean las partes. La verdad, se ha dicho, no es algo que se descubre, sino que se construye, y el método para arribar a ella es el dialéctico, no el inquisitivo en el que se privilegia la postura del decisor judicial como depositario de lo que cree es la verdad real de lo acaecido.

viii) La justicia actual del proceso civil no se puede construir sobre la base de un modelo propio de la Edad Media, en el que, si bien es cierto ya no se acude a la tortura como instrumento para la consecución de la verdad –como se hacía en ese nefasto período de la historia de la humanidad–, sí se somete al encartado a una empalagosa exposición mediática en la que con facilidad cualquier juzgador sucumbe: favorecer a quien ha sido víctima del infortunio social o económico; encarcelar a quien sin fórmula de juicio ya ha sido declarado culpable; dirigir, vía decreto oficioso de pruebas, la “investigación” del

proceso civil hacia un resultado que el juez –parcializado por “su verdad”– ya ha determinado de antemano.

ix) Con estos mitos, se desconocen las grandes conquistas del mundo del derecho: la presunción de inocencia (no solo en lo penal, sino también en el campo civil) y la duda razonable (máxime en procesos declarativos en los que por esencia el derecho que se discute es incierto), componentes estos de los que se nutre y en los que se basa el debido proceso.

x) El Estado paternalista, que no se limita a obrar dentro del marco de las políticas socioeconómicas dirigidas a solucionar los problemas estructurales de fondo –como el desempleo y la redistribución de la riqueza–, pretende ahora extender su accionar al escenario menos propicio para eso: el del proceso judicial. Y es absolutamente inadecuado que así lo haga, porque en un proceso se discuten intereses privados de los contendientes, y los sujetos que allí acuden lo que demandan es que se les solucione su conflicto, y no que, por esa vía, se intenten corregir las diferencias materiales que nos ofrece la vida.

Bibliografía

Citas doctrinales

ALVARADO VELLOSO, Adolfo. “La imparcialidad y la prueba oficiosa”. En: ALVARADO VELLOSO, Adolfo & ZORZOLI, Óscar (dirs.). *Confirmación procesal. Derecho procesal contemporáneo*. Ed. Ediar, Buenos Aires, 2007.

ALVARADO VELLOSO, Adolfo. *El debido proceso de la garantía constitucional*. Editorial Zeus S.R.L., Rosario, Argentina, 2003.

ALVARADO VELLOSO, Adolfo. *La prueba judicial. Reflexiones críticas sobre la confirmación procesal*. Editorial Universidad del Rosario, Colección Textos de Jurisprudencia, Bogotá, 2010.

- ALVARADO VELLOSO, Adolfo. *Lecciones de derecho procesal civil*. Compendio del libro *Sistema procesal: garantía de la libertad*, adaptado por Gustavo Calvinho a la legislación procesal de la Capital Federal y de la Provincia de Buenos Aires, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2010.
- BENAVENTOS, Omar. “Las incumbencias probatorias del juez y las partes en los sistemas de procesamiento latinoamericanos”. En: ÁLVAREZ GARDIOL, Ariel & PEYRANO, Jorge. (coords.). *Activismo y garantismo procesal*. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Argentina, 2009.
- BENAVENTOS, Omar. *Teoría general del proceso*. Ed. Juris, Rosario, 2002.
- BENAVENTOS, Omar. *Teoría general unitaria del derecho procesal*. Ed. Juris, Rosario, 2001.
- CALVINHO, Gustavo. *El proceso con derechos humanos. Método de debate y garantía frente al poder*. 1ª ed., Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2012.
- CALVINHO, Gustavo. *Estudios procesales. Enfoque sistemático pro-homine*. 1ª ed., Editorial San Marcos e Instituto Panamericano de Derecho Procesal, Capítulo Perú, Lima, 2008.
- CARLOS, Eduardo B. *Introducción al estudio del derecho procesal*. Buenos Aires, EJE, 1959.
- CAVERO RUIZ, Hugo. *Ensayos de teoría general del proceso*. 1ª ed., Jurivec, Lima, 2011.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *La acción en el sistema de los derechos*. Editorial Temis S.A., Bogotá, 1986.
- CIPRIANI, Franco. “El proceso civil entre la libertad y la autoridad (el reglamento de Klein)”. En: ALVARADO VELLOSO, Adolfo & ZORZOLI, Óscar (dirs.). *El debido proceso*. Ed. Ediar, Colección Derecho Procesal Contemporáneo, Buenos Aires, 2006.
- CIPRIANI, Franco. “El proceso civil italiano: entre revisionistas y negacionistas”. En: MONTERO AROCA, Juan (coord.). *Proceso civil e ideología. Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos. Moción de Valencia Declaración de Azul*. 2ª ed., Tirant Lo Blanch y Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá.

- DAMASKA, Mirjan. “Evidentiary barriers to conviction and two of criminal procedure: a comparative study”. *University of Pennsylvania Law Review*, 121, 1972-1973.
- DAMASKA, Mirjan. “Structures of authority and comparative criminal procedure”. *Yale Law Journal*, t. 84.
- DAMASKA, Mirjan. *Las caras de la justicia y el poder del Estado. Análisis comparado del proceso legal*. Ed. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2000.
- DAMASKA, Mirjan. *The faces of justice and state authority. A comparative approach to the legal process*. Yale University Press, New Haven, London, 1986.
- DÍEZ-PICASSO, Ignacio. “Con motivo de la traducción al italiano de la obra del profesor Juan Montero Aroca, sobre los principios políticos del proceso civil español”. En: MONTERO AROCA, Juan (coord.). *Proceso civil e ideología. Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos. Moción de Valencia Declaración de Azul*. 2ª ed., Tirant Lo Blanch y Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. 3ª ed., Trotta, Madrid, 1998.
- FERRER I. BELTRÁN, Jordi. “El contexto de la decisión sobre los hechos probados en el derecho”. En: ORTEGA ROMERO, Santiago (ed.). *Proceso, prueba y estándar*. Ara Editores, Perú, 2009.
- FERRER I. BELTRÁN, Jordi. *Prueba y verdad en el derecho*. Marcial Pons, Madrid, 2002.
- FISS, Owen. *El derecho como razón pública*. Editorial Marcel Pons, Madrid, 2007.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 1999.
- GIL DOMÍNGUEZ, Andrés. “Neoconstitucionalismo y última palabra”. *Revista Jurídica Argentina*, Ed. La Ley, Buenos Aires, t. 2008-B.
- GOLDSCHMIDT, James. *Derecho procesal civil*. Traducción de Leonardo Prieto Castro, Editorial Labor S.A., Barcelona, 1936.
- GONZÁLEZ, Robert Marcial. “Alcances de la prueba judicial dentro de un sistema de enjuiciamiento republicano”. En: ALVARADO VELLOSO, Adolfo & ZORZOLI, Óscar (dirs). *Confirmación procesal*. Ed. Ediar, Colección Derecho Procesal Contemporáneo, Buenos Aires, 2007.

- GONZÁLEZ, Robert Marcial. “Proceso, república y democracia: algunas claves para constitucionalizar el proceso”. En: *El derecho procesal del siglo XXI*. EGACAL y Editorial San Marcos, Lima, 2010.
- GUASP, Jaime. *Derecho procesal civil*, 3ª ed., Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968, t. I.
- HASSEMER, Winfried. *Crítica al derecho penal de hoy*. Traducción de P. Ziffer, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Bogotá, 1998.
- HERNÁNDEZ VILLARREAL, Gabriel. “El proceso civil adversarial”. *XXX Congreso Colombiano de Derecho Procesal*, memorias publicadas por la Universidad Libre, Bogotá, 2009.
- HERNÁNDEZ VILLARREAL, Gabriel. “Los principios constitucionales, el proceso civil y la seguridad jurídica”. En: HERNÁNDEZ VILLARREAL, Gabriel (ed. acad.). *Actualidad y futuro del derecho procesal. Principios, reglas y pruebas*. Editorial Universidad del Rosario, Colección Textos de Jurisprudencia, Bogotá, 2010.
- MANTILLA ESPINOSA, Fabricio. “El solidarismo contractual en Francia y la constitucionalización de los contratos en Colombia”. *Revista Chilena de Derecho Privado*, (16), julio de 2011, pp. 187-241.
- MEROI, Andrea. “La imparcialidad judicial”. En: ÁLVAREZ GARDIOL, Ariel & PEYRANO, Jorge. (coords.). *Activismo y garantismo procesal*. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Argentina, 2009.
- MONTELEONE, Girolamo. “El actual debate sobre las orientaciones publicísticas del proceso civil”. En: MONTERO AROCA, Juan (coord.). *Proceso civil e ideología. Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos. Moción de Valencia Declaración de Azul*. 2ª ed., Tirant Lo Blanch y Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá.
- MONTERO AROCA, Juan (coord.). *Proceso civil e ideología. Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos. Moción de Valencia Declaración de Azul*. 2ª ed., Tirant Lo Blanch y Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá.

- MONTERO AROCA, Juan. “Ideología y proceso civil”. En: ALVARADO VELLOSO, Adolfo & ZORZOLI, Óscar (dirs.). *El debido proceso*. Ed. Ediar, Colección Derecho Procesal Contemporáneo, Buenos Aires, 2007.
- MONTERO AROCA, Juan. “Libertad y autoritarismo en la prueba”. En: ALVARADO VELLOSO, Adolfo & ZORZOLI, Óscar (dirs.). *Confirmación procesal*. Ed. Ediar, Colección Derecho Procesal Contemporáneo, Buenos Aires, 2007.
- MORA RESTREPO, Gabriel. *Justicia constitucional y arbitrariedad de los jueces. Teoría de la legitimidad en la argumentación de las sentencias constitucionales*. 1ª ed., Marcial Pons, Buenos Aires, 2009.
- MORALES MOLINA, Hernando. “Los poderes del juez en el proceso civil”. En: *Temas vigentes en materia de derecho procesal y probatorio*. Homenaje al doctor Hernando Morales Molina, Especialización en Derecho Procesal 25 años, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2008.
- NEUMANN, Ulfried. *La pretensión de verdad en el derecho*. Traducción de Mauricio Hernández, Universidad Externado de Colombia, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho N° 38, Bogotá, 2006.
- PALOMO VÉLEZ, Diego Iván. *Prólogo al libro de Adolfo Alvarado Velloso. La prueba judicial. Reflexiones críticas sobre la confirmación procesal*. 1ª ed., Ed. Librotecnia, Santiago de Chile, 2009.
- PARRA QUIJANO, Jairo. “El futuro del proceso civil”. *XV Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*, Bogotá, 1996.
- PARRA QUIJANO, Jairo. *Racionalidad e ideología en las pruebas de oficio*. 1ª ed., Ed. Temis, Bogotá, 2004.
- PEYRANO, Jorge. “Sobre el activismo judicial”. En: ÁLVAREZ GARDIOL, Ariel & PEYRANO, Jorge. (coords.). *Activismo y garantismo procesal*. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Argentina, 2009.
- PUNTES, Orlando Enrique. *La doctrina contemporánea sobre la prueba y su aplicación en Colombia*. Trabajo de grado para obtener el título de Maestría en Derecho, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2009.

- QUINTERO, Beatriz & PRIETO, Eugenio. *Teoría general del proceso*. 3ª ed., Temis, Bogotá, 2000.
- SUPERTI, Héctor. *Derecho procesal penal. Temas conflictivos*. Ed. Juris, Rosario, 1998.
- TARUFFO, Michele. “Conocimiento científico y criterios de la prueba judicial”. En: ORTEGA ROMERO, Santiago (ed.). *Proceso, prueba y estándar*. Ara Editores, Lima, 2009.
- TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Traducción de Jordi Ferrer Beltrán, Trotta, Madrid, 2002.
- TARUFFO, Michele. *La prueba*. Marcial Pons, Madrid, 2008.
- VON BÜLOW, Oskar. *La teoría de las excepciones procesales y de los presupuestos procesales*. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1964.
- WERGEND, Thomas. “Is the criminal process about the truth?: A german perspective”. *Harvard Journal of Law and Public Policy*, 26.

Citas jurisprudenciales

- REPÚBLICA DE COLOMBIA, Corte Constitucional, Sentencia T-001 de 1993, M. P. Jaime Sanín Greiffenstein.
- REPÚBLICA DE COLOMBIA, Corte Constitucional, Sentencia C-874 de 2003, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.
- REPÚBLICA DE COLOMBIA, Corte Constitucional, Sentencia C-159 de 2007, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.
- REPÚBLICA DE COLOMBIA, Corte Constitucional, Sentencia C-396 de 2007, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.
- REPÚBLICA DE COLOMBIA, Corte Constitucional, Sentencia T-264 del 3 de abril de 2009, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.
- REPÚBLICA DE COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 12 de febrero de 1977, aún no publicada.
- REPÚBLICA DE COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 22 de julio de 1985, aún no publicada.

REPÚBLICA DE COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 12 de septiembre de 1994, M. P. Pedro Lafont Pianetta.

REPÚBLICA DE COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 4 de marzo de 1998, M. P. Carlos Esteban Jaramillo.

REPÚBLICA DE COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 26 de octubre de 1998, M. P. Alberto Ospina Botero.

REPÚBLICA DE COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 28 de junio de 2005, M. P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

REPÚBLICA DE COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia del 30 de marzo de 2006, M. P. Édgar Lombana Trujillo.

REPÚBLICA DE COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia del 16 de mayo de 2007, M. P. Sigifredo Espinosa Pérez.

REPÚBLICA DE COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia del 4 de febrero de 2009, M. P. Julio Enrique Socha Salamanca.