

Contornos del derecho procesal contemporáneo: luces desde la obra de Michele Taruffo*

Contemporary Procedural Law: some ideas from the work of Michele Taruffo

Recibido: 5 de marzo del 2013 - Revisado: 10 de abril de 2013- Aceptado: 18 de mayo de 2013

Diana María Ramírez Carvajal**

Resumen

Un cambio de época significa ruptura de paradigmas, cambio de ideas y también de perspectivas. Pero un cambio de época es lento y está acompañado de una amplia zona gris, el ejemplo más cercano se vivió cuando la edad media entra al renacimiento, posteriormente a la ilustración para finalmente nacer la edad moderna o era de la razón.

En esta línea evolutiva, la constitucionalización del derecho a partir de la adopción de las Constituciones materiales de postguerra, el reconocimiento de la pluralidad jurídica como coexistencia de diversos sistemas que interactúan, el acercamiento del common law y del civil law, y las formas de fusión que se empiezan a concretar a partir de teorías ius naturalistas –ius positivistas, son un síntoma claro de que se vive actualmente un cambio de época.

En esta transformación las distintas áreas del derecho han empezado a migrar, no en vano actualmente al constitucionalismo se le denomina neoconstitucionalismo, el derecho laboral discute como prioridad el principio de realidad y la filosofía del derecho en su dimensión privada empieza a preguntarse por la moral y la justicia social. Y esta transformación hoy no le es indiferente al derecho procesal. De esto trata este artículo de establecer algunos lineamientos del cambio que se debe producir, especialmente a partir de la academia.

Palabras clave

Derecho procesal, derecho sustancial, nuevos paradigmas, perspectivas contemporáneas.

Abstract

A change of season means breaking paradigms, exchange of ideas and perspectives. But a new era is slow and is accompanied by a large gray area,

* Artículo inédito. Artículo de investigación e innovación. Producto del proyecto de investigación sobre Valoración y Estándares de Prueba, realizado al interior del grupo de investigaciones en derecho procesal, con la financiación de la Universidad de Medellín.

** Abogada. *Magister* en derecho procesal de la Universidad de Medellín, doctora en derecho de la Universidad Externado de Colombia, su tesis mereció el reconocimiento *cum laudem* y fue dirigida por MICHELE TARUFFO. Desde 2001 ha dirigido los programas de Maestría en Derecho Procesal de la Universidad de Medellín. Actualmente es la jefe del Doctorado en Derecho Procesal de la Universidad de Medellín y hace parte desde 2010 del Consejo Nacional de Acreditación de Colombia en calidad de Consejera. Profesora de derecho procesal y probatorio desde 1999 en universidades colombianas y del exterior. Conferencista. Autora de los libros: *La Prueba de Oficio* (una perspectiva para el proceso dialógico civil) y *La Prueba en el Proceso una Aventura Intelectual*, también ha sido coautora de textos como *La Valoración de la Conducta*, *Prueba y Decisión Judicial*, *Derecho Procesal Contemporáneo* y *Prueba Científica*. Ha recibido varios reconocimientos a su trabajo académico, entre ellos: Reconocimiento Metroseguridad, Mención de Honor Colegio de Jueces y Fiscales de Antioquia y el Premio Investigación Científica Universidad de Medellín.

Correo electrónico:
dramirez@udem.edu.co.

the closest example came when the average age comes to rebirth, then finally to the illustration for the modern age birth or age of reason.

In this storyline, the constitutionalization of the law from taking material postwar constitutions, recognition of legal pluralism and coexistence of various interacting systems, the approach of the common law and civil law, and forms of fusion that begin to narrow from naturalists *ius cogens* positivist theories, are a clear sign that a new era nowadays.

In this transformation the different areas of law have begun to migrate, not in vain today to constitutionalism is called neo-constitutionalism, labor law discussed as a priority the reality principle and philosophy of law as a private dimension begins to question the moral and social justice. And this transformation today is not indifferent to procedural law. That's what this article establish some guidelines that change must occur, especially from academia.

Key words

Procedural law, substantive law, new paradigms, contemporary perspectives.

Introducción

MICHELE TARUFFO no solamente es un maestro que guía y enseña, es también un explorador del mundo y sus culturas, pero especialmente es un amigo que acompaña en los avatares de la vida académica. Tiene muchos dones pero dos son notables, comparte con claridad y gran destreza todo su conocimiento y se relaciona con todas las personas con una humildad difícil de encontrar en los juristas notables.

La obra académica de MICHELE TARUFFO es inmensa, la componen fascinantes libros, artículos, memorias y ensayos. Su estudio es obligado actualmente para contemporizar los conocimientos sobre el derecho procesal y su apropiación definitiva en la realidad del proceso, de los diversos países, seguramente tomará varias generaciones, pues como un gran maestro del Derecho, TARUFFO reúne tres capacidades superiores: la profundidad del filósofo, la suficiencia del teórico y la practicidad del procesalista.

Por todo ello no se puede dejar de acudir a un merecido homenaje, al maestro y al amigo. Mucho menos se puede dejar de compartir ideas que deben reconocerse surgen en la vida académica cotidiana, después de interactuar con la obra de TARUFFO. Este artículo es un corto bosquejo de esas ideas y presenta al lector tres aspectos puntuales sobre los contornos del que hoy se denomina, derecho procesal contemporáneo.

El primer acercamiento busca generar una concepción más integral del proceso, bajo los nuevos paradigmas dados por el constitucionalismo contemporáneo, que obliga a los estudiosos la deconstrucción de las instituciones cimentadas desde la teoría general del proceso y a su nueva sistematización a la luz de las políticas constitucionales que permean todo el quehacer jurídico.

El segundo aspecto que trata este artículo hace alusión a la aplicación que en el proceso tienen los valores de la verdad y la justicia, porque a pesar de la tradicional idea de que al proceso no le

interesa la verdad, el estudioso debe ser abierto y confrontar lo aprendido con el ámbito cultural en el cual se inserta, pues no se puede ignorar la realidad social. El derecho procesal tiene la virtud de apropiarse no solo de una actitud teórica y contemplativa, sino también práctica, para orientar la revisión permanente de las instituciones, facilitando una adecuada producción judicial.

Y por último se hace un acercamiento a la función del derecho probatorio en el proceso, donde se hace prioritario, abordar el estudio del debido proceso como uno de los más importantes avances jurídicos contemporáneos para el derecho procesal, que ya no puede ser considerado como un ordenamiento atemporal, acrítico y mecanicista (visión meramente instrumental) sino, por el contrario, como un sistema de garantías que posibilita el libre acceso a la Administración de Justicia y en definitiva, al logro de la justicia.

Son diversas las obras de Michele Taruffo que permiten al estudioso del derecho procesal viajar en las tendencias expuestas, desde la sistemática, la dogmática y la exégesis a linderos más amplios del conocimiento de esta disciplina, pero debe tenerse en cuenta que para este trabajo han sido determinantes tres textos: (Taruffo, *Sobre las fronteras*. Escritos sobre la justicia civil,

2006)¹, *Simplemente la Verdad* (Taruffo, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, 2010) y *La prueba* (Taruffo, *La prueba*, 2008)².

1. Derecho procesal contemporáneo

Cuando se utiliza la cualificación “contemporáneo” para designar al estudio del derecho procesal se crean variadas expectativas. Algunos sectores entienden que se trata de un tipo específico de “escuela de pensamiento”, otros entienden que es una tendencia que se autodenomina contemporánea con la única finalidad de desconocer las concepciones jurídicas tradicionales, con lo cual de paso se desconocerían abiertamente sus aportes.

Establecer una postura contemporánea en el derecho, se debe entender como la búsqueda por aplicar adecuadamente los cambios que la permanente dinámica del mundo y sus transformaciones le imprime a las disciplinas jurídicas. Es entonces una visión holística e integradora, desde un gran marco sistema, en permanente evolución, donde confluyen lo político, lo social, lo filosófico, lo epistémico, lo jurídico y lo práctico.

Por ello estudiar, analizar, pensar y crear desde una perspectiva contemporánea, se debe entender como la ca-

¹ Sobre las fronteras es un texto que fue traducido por el grupo de investigaciones en derecho procesal, la investigadora Beatriz Quintero tuvo a cargo esta tarea y se publicó en español en la editorial Temis de Bogotá.

² Ambos textos fueron publicados por Marcial Pons de Barcelona.

pacidad de asumir retos, nuevas dinámicas en la aplicación del derecho sin llevar a rupturas absolutas que dañen el contexto, pero cambiando con decisión todo aquello que deba evolucionar (Ramírez Carvajal, 2013).

1.1 Un cambio de época

Una primera idea que surge en este trabajo a partir de la obra de Taruffo y que se enfrenta con la enseñanza universitaria actual en cuanto al derecho procesal y especialmente al proceso, es sostener que el proceso ha superado el paradigma sistemático de las etapas y los términos. El proceso se mueve como un sistema complejo.

La tradición enseña que el proceso se restringe a la interpretación de la ley por parte del juez, debido a que la ley gozaba de “completud” frente a las situaciones sociales conflictivas reales, pues el juez es un técnico en la aplicación del derecho procesal. Para TARUFFO el proceso se dinamiza y gira sobre un eje prioritario a todo lo demás, la decisión judicial.

Para dimensionar adecuadamente esta idea, se debe entender que un sistema complejo es la articulación de múltiples variables, cada una compuesta por una diversidad de agentes donde todos interactúan al mismo tiempo. Por ello los sistemas complejos no se estudian como estructuras cerradas –como se enseña el proceso en las facultades de de-

recho-, un sistema complejo se estudia como un sistema abierto pues tratar de entenderlo y estudiarlo como cerrado no equivale a hacerlo más simple sino menos fluido. Al ser abierto, el sistema complejo permite que por sus estructuras pase permanentemente materia e información, provenientes de cada uno de los agentes y de las variables que lo componen (Johnson, 2007).

Parafraseando a JOHNSON³, un sistema complejo independientemente de la cantidad de actores que en él confluyen, reconoce que tiene restringidos los recursos, el sistema complejo se mueve en un contexto donde los recursos son finitos y restringidos, este es uno de los condicionantes para que su realización sea única en su propia dinámica. Dos sistemas complejos no son idénticos aunque tengan características en común, siempre tendrán múltiples diferencias desde diversas variables o agentes que los lleva a ser únicos -un ejemplo de ello es el proceso jurisdiccional-. En la interacción de esta pluralidad de variables y de agentes, abiertos al flujo de información se generan indefectiblemente realidades emergentes. Aunque se prepare mucho la dinámica del sistema complejo, el sistema complejo no es predecible, controlable o manejable- un ejemplo de ello es el conflicto y/o el litigio que se procesa.

Y las preguntas frente a este fenómeno son determinantes: ¿cómo el

³Ibidem.

juez adquiere conocimiento sobre los hechos del proceso, que nunca presenció?, ¿cómo establece conexiones de validación sobre situaciones que tendrán consecuencias jurídicas? Las respuestas a estos interrogantes no son simples, tampoco son unívocas, por el contrario son construcciones intelectuales dinámicas y cambiantes que empujan el estudio del proceso jurisdiccional en el derecho contemporáneo hacia la perspectiva de los sistemas complejos, pues en él convergen dinámicas de diversos agentes, entre ellas: el poder judicial, la función constitucional del juez, la elección del derecho aplicable en un sistema jurídico multivariable, la configuración del hecho con relevancia jurídica, la demostración del hecho, la relevancia de la tutela judicial efectiva y todos sus componentes sobre el procedimiento y la decisión judicial suficientemente motivada y justificada que soluciona el conflicto intersubjetivo de intereses, entre otros.

La dinámica de la complejidad hace que estructuras rígidas y unidireccionadas tales como la aplicación del precedente judicial como regla imperativa, las reglas dispositivas, la tarifa legal, las sanciones permanentes a la intervención de las partes o las herramientas eficientistas como las estadísticas y los términos cortos y perentorios, entre otras tantas, sean por decir lo menos altamente ineficaces en la solución “real” del conflicto.

El proceso como un sistema complejo debe construirse y estudiarse

como un proceso dialógico (Ramírez Carvajal, *La prueba de oficio*, 2009), abierto, poroso, para que por él puedan fluir las garantías constitucionales. Este es un proceso que define sus objetivos a través del acuerdo entre los sujetos procesales y especialmente es un proceso con un gran anclaje en las estructuras probatorias, para fortalecer la imparcialidad del juez y los principios constitucionales y que por tanto minimiza el procedimentalismo pues su columna vertebral se encuentra en la demostración probatoria de los hechos y en la fundamentación racional de la decisión judicial.

1.2 La prevalencia del derecho procesal

Una segunda postura sobre las nuevas corrientes que rigen el proceso, es que la idea aclamada desde el siglo XVIII de que el derecho sustancial tiene que ser prevalente sobre el derecho procesal, es un gran distractor en la actividad de procesamiento.

Es cierto que el derecho sustancial ha sido entendido en el derecho occidental como el conjunto de normas que contienen relaciones jurídicas protegidas por la ley, bien en forma de derechos (capacidad de exigencia) o en forma de obligaciones o deberes (sujeción a la voluntad de otro) y que el derecho procesal a contracara ha sido estudiado como un conjunto de normas que contienen la reglamentación instrumental para aplicar el derecho sustancial que ya ha sido previamente otorgado por el legislador.

Sin embargo, esta idea que se viene replicando desde el siglo XVIII en nuestros códigos y que hoy incluso puede leerse como norma constitucional⁴, debe ser estudiada a fondo para darle un real sentido contemporáneo:

El derecho sustancial es bifocal, presenta una situación fáctica general (por lo tanto ficticia) impersonal y abstracta y una consecuencia jurídica que se aplica cuando quede demostrada esta situación. A contracara aparecen los denominados instrumentos procesales, cuya labor más importante es que vuelven particular lo que era general en la norma del legislador, personal lo que era impersonal y concreto lo que era abstracto. Es decir el derecho procesal vuelve real el derecho sustancial, lo crea, ya que hasta el momento es solo una ficción, una proyección del legislador. Un ejemplo bastante simplista se puede tomar de la norma que afirma que “todo padre debe alimentos a sus hijos”, bien, solamente a través del proceso se identifica adecuadamente y con alto grado de probabilidad al padre y se determinan cualificada y cuantificadamente los alimentos que deberá recibir el menor, en un tiempo, lugar y modo determinados.

Esto ocurre así, porque el derecho sustancial es fiel al legislador y sigue las dinámicas de la sociedad, en cuanto a sus diversos componentes, niveles, clases, estamentos y estructuras. Por eso

los legisladores, según los patrones democráticos, no tienen que ser elegidos a partir de una cualificación jurídica sino de apropiación social. Pueden ser legisladores: tenderos, arquitectos, médicos, futbolistas y en fin, quien mejor contacto tenga con el nicho social que representará. A *contrario sensu*, el derecho procesal es fiel al poder jurisdiccional, sigue una dinámica técnica jurídica, por ello responde a la soberanía que le otorga el Estado y el juez. El derecho procesal sirve con esmero al juez para que a través suyo se puedan recrear los hechos, dinamizar las relaciones humanas con respeto y decoro y lo más importante decidir con una imparcialidad pulcra.

Al seguir con fidelidad la labor del legislador, el derecho sustancial se atomiza en una lógica social, se divide y subdivide en gran diversidad de áreas dependiendo de las necesidades de los pueblos: penal, civil, laboral, agrario, familia, cooperativo y espacial, entre otros tantos. Esto significa que la naturaleza jurídica del derecho sustancial siempre está en discusión y parte de la premisa inicial de que es privado pero mutando en muchas oportunidades hacia lo público. Igualmente vale la pena dejar sentado que los principios tienen aplicaciones diversas, según el área del derecho sustancial que los apropie.

Nuevamente y en paralelo, el derecho procesal al seguir una línea de servicio para la rama jurisdiccional,

⁴ La Constitución Política de Colombia, en su artículo 228 expresa “La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial”.

hace prevalecer la lógica técnico jurídica sobre la lógica del sentido común (Taruffo, *La prueba*, 2008). El derecho procesal se construye sobre bases de unicidad, por ello actualmente se estudia desde la tutela judicial pero desde sus inicios en la escuela científica alemana se informa desde la teoría general del proceso y la teoría general de la prueba. Por ello el manejo de los principios que lo informan es único: economía, eficiencia y validez, entre otros y por supuesto su naturaleza jurídica se presenta como de orden público.

Como puede concluirse, esta mal llamada prevalencia del derecho sustancial, a la mejor manera de Montesquieu le da prevalencia al legislador sobre el juez, lo cual es totalmente inaceptable, por lo menos desde que las constituciones se posicionan como parte dinámica de las fuentes del derecho.

A lo expuesto debe agregarse que la constitucionalización del derecho no conmina al derecho procesal a la mera técnica que sirve para desarrollar las ideas del legislador, si se quiere puede ser todo lo contrario.

Es indudable que el derecho sustancial a partir del fenómeno de posguerra, se supera a si mismo y consolida los derechos humanos como una gama de derechos fundamentales que prevalecen -estos si- sobre la multiplicidad de derechos legislados y decantados en la ley. Siempre hay prevalencia de los derechos fundamentales.

No obstante, lo que también es claro es que la constitucionalización del derecho ha empujado al derecho procesal a que igualmente se supere a si mismo desde la ley y se consolide en una agrupación de garantías constitucionales que desde el derecho español se denominan tutela judicial efectiva, garantías que se estudian como el derecho fundamental de acceder al juez, de que este resuelva en términos razonables y motivando adecuadamente, a que la sentencia sea efectiva y eficiente y sobre todo al respeto del debido proceso, que también es otra garantía constitucional, que además se erige como derecho fundamental.

El derecho procesal emerge desde el derecho constitucional y se convierte en un derecho fundamental y prioritario de los ciudadanos, pues sin estas garantías no es posible el respeto ni siquiera, de los derechos fundamentales vulnerados.

2. **Sobre los valores de la verdad y la justicia en el derecho procesal contemporáneo**

Una de las mayores discusiones entre el derecho procesal tradicional y el derecho constitucional de posguerra, se ha centrado en dar importancia a los valores y los principios constitucionales como fuentes del derecho y por tanto como fundamento de la decisión judicial en el proceso jurisdiccional.

Algunas corrientes de procesalistas defienden la idea de que el proceso no necesita de la verdad y que tampoco está por mucho interesado en terminar con disposiciones justas, pues sus reglas impiden alcanzar estos ideales. A su vez el neoconstitucionalismo replica fuertemente y exige que los valores y los principios sean parte dinámica del derecho y por tanto de la decisión del juez y del fin del proceso.

Esta discusión es una de las líneas de trabajo más consolidadas de MICHELE TARUFFO, donde a través de su obra a dado a los procesalistas herramientas claras, sencillas y dinámicas para apropiarse por lo menos los valores determinantes en su actividad, la verdad y la justicia.

2.1 La verdad en el proceso

La verdad como fenómeno desde la contemplación se estudia por la filosofía, y desde ahí la apropian corrientes fundamentalistas que pretenden sostener que la verdad es única, es real y es absoluta. Desde la obra de TARUFFO puede entenderse como la verdad es un valor importante para la consistencia de la sociedad, pero también ha de clarificarse que difiere de manera radical de conceptos tales como la certeza, la verosimilitud, la ideología y la convicción (Taruffo, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, 2010).

Desde esta idea se levantan conceptos de dualismos sobre la verdad:

verdad real versus verdad formal, verdad material versus verdad procesal, entre otras⁵. En esta gradual discusión es plausible sostener que el derecho no hace parte de corrientes fundamentalistas que sigan un único concepto de verdad y que mucho menos entienda que la verdad es real o verdadera. El derecho interactúa plenamente desde el proceso dialógico con una concepción de verdad relativa que se construye, pues en el proceso la circunstanciación, la temporalidad de los fenómenos y los acontecimientos divergentes y convergentes, son variables que determinan un resultado probable.

En esta dinámica, la verdad se estudia como un concepto valor, por tanto es multicausal y multivariable y es por ello que la verdad se relaciona con otros valores que informan la labor jurisdiccional.

2.1.1 La verdad y la imparcialidad del juez

La imparcialidad en el proceso es uno de los valores máspreciados de la sociedad en cuanto a la función jurisdiccional y no puede haber imparcialidad si el juez no actúa hacia la verdad y no propende por que las partes respeten las reglas de construcción de la verdad. Que el juez deba ser imparcial constituye una afirmación de la que, con toda probabilidad, nadie ha dudado (Taruffo, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, 2010).

⁵ *Ibidem*.

Las concepciones tradicionales sostienen que la imparcialidad se obtiene al evitar vinculación afectiva o familiar con una de las partes, al no tener un interés económico en el resultado del proceso o al evitar un interés fincado en alguna de las pretensiones que se discuten. Por eso se han concentrado en torno a la imparcialidad discusiones como el favorecimiento que el juez realiza con la prueba de oficio, la necesidad o no de otorgar poderes “inquisitivos” al juez, la disfuncionalidad de las actividades de dirección y de instrucción del juez, e incluso se discute sobre la necesidad de retomar un modelo procesal adversarial (Alvarado Velloso, 2004).

Hoy la imparcialidad se debe centrar en agregar más y mejores elementos de objetivación en las actividades del juez, las cuales indudablemente han crecido en los últimos periodos⁶. Descubrir la imparcialidad del juez en el marco de la objetivación -discusión abierta de sus actuaciones a la luz de las garantías procesales constitucionales- conlleva la interacción con otro principio procesal, el principio de legalidad.

Cuando el juez actúa dentro del principio de legalidad, bien en sentido material -preexistencia de la ley sustancial aplicable- y en sentido formal -respeto por el debido proceso- está fortaleciendo la imparcialidad en el proceso y por tanto la construcción de la verdad.

De ahí que la imparcialidad de la decisión se construya dialógicamente desde las garantías constitucionales del debido proceso probatorio y la publicidad.

El debido proceso probatorio se compone de una serie de subprincipios que llevan la actividad del juez hacia la consecución de decisiones justas y, aunque es claro que una decisión justa es además verdadera, el debido proceso probatorio impide que el Juez obtenga la verdad sobre los hechos a cualquier costo o por cualquier medio. De tal forma que la decisión final del juez, no puede sustentarse en percepciones subjetivas. Cuando el Juez es respetuoso del debido proceso, sustenta su decisión en los datos y conocimientos obtenidos a través de las diversas etapas probatorias, las que a su vez han tenido que surtir el contradictorio adecuadamente (Ramírez Carvajal, *La prueba en el proceso. Una aventura intelectual*, 2013).

El principio de publicidad a su vez, se concibe como el conjunto de condiciones necesarias para establecer el contradictorio o una relación dialéctica adecuada con el fin de fortalecer los criterios de verdad y de justicia. Si ello es así, puede decirse que la publicidad es un principio determinante o por lo menos de gran influencia en la obtención de la decisión imparcial. Este principio tiene dos perspectivas, la material y la formal:

⁶ Los códigos contemporáneos otorgan amplios poderes al juez en sus labores procesales, de hecho en reformas actuales como el código general del proceso colombiano, se marca un fuerte desequilibrio entre la posición del juez -el cual se considera como director con poderes disciplinarios de dirección y de instrucción- y la posición de las partes -las cuales cada vez más se empujan a la inactividad-. Ver (Ley 1395, 2010) y (Ley 1564, 2012).

La perspectiva material del principio de publicidad se relaciona con la dialéctica en el proceso. La segunda vertiente, la formal, tiene que ver con el derecho a un proceso abierto, público, no secreto. La dimensión material del principio de publicidad surge del Estado como modelo político democrático, donde “el poder se ejerce y el derecho se origina, de manera discursiva”. En esta medida la dimensión material del principio de publicidad tiene una relación interdependiente con otros principios constitucionales: el principio democrático, el derecho de acceso a la administración de justicia, la legítima defensa y la contradicción” (Ramírez Carvajal, *La prueba de oficio*, 2009).

2.1.2 La verdad y los principios del derecho probatorio en el proceso

También debe considerarse que la verdad es referente para el adecuado desarrollo probatorio del proceso (Taruffo, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, 2010). La verdad en las actuaciones probatorias contiene la base de un equilibrado enfrentamiento de las partes y lo que es aún más importante de una adecuada fundamentación de la decisión imparcial.

Muchos de los principios que desde la ley informan el derecho probatorio se relacionan directamente con una actividad imparcial y objetiva por parte del juez.

El principio de libertad probatoria, implica que las partes tienen una amplia

posibilidad de elegir las pruebas que consideren adecuadas para comprobar y confirmar los hechos que sustentan su causa, este principio también se convierte en una responsabilidad para el juez, quien deberá analizar abiertamente desde el debido proceso, solicitudes que surjan por fuera de los propuestos por el legislador. Las fuentes de prueba y por tanto los medios en el mundo moderno se diversifican y complementan. Restringir la creatividad y libertad probatoria de las partes puede significar restringir su capacidad de mostrar los hechos de manera fidedigna.

La libertad probatoria debe ser un criterio ampliado (Ferrer Beltrán, 2010). Hoy es una institución que los códigos regulan con esmero desde el inicio del proceso hasta antes de los alegatos de conclusión, a las partes se les dice cómo aducir la prueba en el proceso, qué tipo de prueba es solemne, qué términos tiene para solicitarla, cómo se tacha la prueba, cómo se controvierte, cómo se interroga y contrainterroga y también cuántas preguntas tiene posibilidad de realizar en el interrogatorio de parte.

Sin embargo como afirma este mismo autor⁷, la libertad probatoria como principio debería tener una regulación más equilibrada, mayor laxitud en términos y oportunidades procesales para las partes, respetando una adecuada contradicción y defensa. En cuanto al juez propiciando un minucioso control en cada una de las etapas del proceso de tal forma que la prueba ineficiente, deficiente, impertinente o inconducen-

te, sea controlada en la admisión, en el juicio de relevancia y en la audiencia de pruebas, y también el juez deberá someterse a una mayor regulación en la actividad de valoración probatoria, la cual debe ser suficientemente explicada, en desarrollo del principio de publicidad.

No aparece compatible con el debido proceso probatorio el que la regulación de la prueba se concentre en los actos procesales de parte, pero que sea débil en la etapa más importante que es aquella de la valoración, pues esta permite una motivación suficiente e imparcial.

Otro principio probatorio que se relaciona con la imparcialidad y la objetivación de la decisión judicial y por ende con la verdad es el de la necesidad de la prueba. Toda decisión debe basarse en prueba regular y oportunamente allegada al proceso. La decisión se fundamenta en el ordenamiento jurídico obviamente, pero el derecho contemporáneo exige que la decisión se fundamente en la prueba lo cual a su vez significa que se enfoque en la verdad de los hechos que son materia del litigio, pues la prueba contiene el conjunto de métodos para la reconstrucción del mismo.

El principio de la necesidad de la prueba implica que el conocimiento privado del juez está proscrito en toda circunstancia y esto se debe a que el conocimiento privado y personal del juez no está aducido en el proceso como acto procesal que se objetiva y por tanto im-

plica subjetividad, por ello no puede ser utilizado ni para dirigir el proceso, ni para probar los hechos del litigio.

Es pues la necesidad de la prueba un principio que además de ser guía para la actuación del juez y la motivación de sus decisiones, es un principio que sirve de límite al subjetivismo, enemigo directo de la verdad en el proceso.

Por último, es de gran importancia el principio denominado autorresponsabilidad de parte o carga de la prueba en cuanto a la verdad en el proceso.

Este principio exige que las partes se hagan responsables de sus dichos, de sus afirmaciones y de sus narraciones, lo cual no solamente es un pedido de ley sino de las garantías constitucionales. Las partes deben colaborar con la justicia, actuar con buena fe y con lealtad y por tanto son los directamente responsables de sus actos, de sus dichos y de la veracidad que contienen.

Son actos de parte las enunciaciones que sobre los hechos ellas realizan en sus demandas, pues cuando la parte y/o su abogado se acercan al conflicto con la intención de llevarlo ante el juez para una solución integral, transforman los hechos que lo generaron para darle vida a las afirmaciones del litigio, por ello (Taruffo, *Simplemente la verdad*, 2010) afirma que las partes a través de sus abogados no están interesadas en la verdad, no porque estén autorizadas

⁷ *Ibidem*.

para mentir o porque el proceso esté diseñado para tramitarse con falsedad sino por su condición de co-creadores del litigio a partir del conflicto, los lleva a adecuarlo como mejor les conviene.

De tal forma que, sobre un caso de violencia familiar, la parte definirá con su abogado una adecuación típica que concuerde con una de las causales del divorcio o con una que se adecue a la nulidad, según prefieran. Esto implica un desdoblamiento o escogencia de ciertos hechos o acontecimientos para obtener una adecuación típica y legal que conlleve consecuencias jurídicas deseables.

Esta intervención del hecho por las partes, se complementa con la complejidad del hecho (Gascón Abellán, 2010) desde la ley, y ayuda a explicar la complejidad de la verdad en el proceso.

El legislador se expresa en códigos lingüísticos muchas veces confusos, por eso los hechos desde el derecho no son planos ni homogéneos, por lo menos tres estructuras elaboradas del hecho jurídico se identifican en la demanda y que parafraseando a GASCÓN pueden explicarse así:

Los hechos externos son todos aquellos actos, actividades o transformaciones de la realidad en general, que pueden exteriorizarse y por tanto percibirse a través de los sentidos. Son tales los golpes, las caídas, tomar objetos, correr linderos, disparar un arma o herir a alguien entre otros. Este tipo de hechos

están vinculados directamente con las pruebas que la doctrina ha denominado directas, esto es: documentos como fotos o filmaciones, declaraciones de terceros, declaraciones de parte, peritaje o inspección judicial.

Los hechos internos son expresiones de la voluntad de los sujetos, por tanto no se pueden describir, porque aunque se expresen verbalmente en todo caso quedará la duda de su veracidad. Son ejemplos de hechos internos: la reponsabilidad, la culpa en todos sus grados, la intención, la imputabilidad, la inimputabilidad y la simulación entre otros. Esta tipología de hechos no se pueden probar con las pruebas directas porque al no ser descriptibles no pueden ser percibidos. La forma de confirmar su existencia es a través de pruebas indirectas, esto es indicios y presunciones.

Los hechos valor son representaciones que hace la sociedad de sus ideales. Al ser valores o ideales se escapan de cualquier dinámica probatoria, pueden establecerse a partir de relaciones analíticas o argumentativas.

Ahora, cuando el juez debe “llenar” o “concretar” cláusulas generales como la responsabilidad, la culpa o la imputabilidad o cuando debe fundamentar valores como la buena o mala fe, la prudencia normal o la gravedad del daño, utiliza el sentido común (Taruffo, La prueba, 2008), por ello estas cláusulas dependen directamente del indicio o de la argumentación.

En resumen, las partes cuando configuran sus peticiones ante el juez transforman los hechos sociales, los hechos materia de conflicto para construir su propia teoría del caso y en esa transformación pueden alterar parte del conflicto, en la medida en que el derecho se los permita. Este poder de las partes, el poder co-creador del hecho se controla con la actividad oficiosa del juez, especialmente los poderes de dirección y de instrucción, pues propician el contrapeso requerido para la construcción de la verdad en el proceso.

Pero deberá tenerse presente que los poderes de oficio del juez, como estabilizadores en el proceso, se le otorga siempre en relación directa con la imparcialidad, con la objetivación y en respeto de las garantías constitucionales.

2.2 La justicia en el proceso

La verdad como valor en el proceso está directamente relacionado con la justicia, pues no podría sostenerse que el proceso se fundamentó en actuaciones fraudulentas, mentirosas o falsas y que aún así se produjo una decisión judicial justa.

Es por ello que no puede de ninguna manera sostenerse que al derecho procesal, estando representado actualmente en las principales garantías constitucionales, no le importa la verdad. Sostener ello implícitamente significaría que se admiten en el abogado actividades desleales o fraudulentas, lo cual desde la constitución y la ley es incorrecto.

No obstante, al igual que ocurre con la verdad en el derecho, la justicia no permite posturas totalitarias, por ello resulta necesario identificar elementos objetivables que den cuenta de unas prácticas adecuadas y asimilables a lo que una fijación universalizable entendería por justicia.

(Taruffo, La prueba, la verdad y la decisión judicial, 2004) expone de manera muy acertada un concepto de justicia en la decisión, que contiene por lo menos tres requisitos:

Para que una decisión sea justa en los objetivos de los procesos judiciales, se requieren tres condiciones, todas condición necesaria para que haya una decisión justa pero ninguna de ellas individualmente es considerada suficiente para que se produzca este tipo de decisión justa. La primera de estas características es que el procedimiento debe ser correcto, equilibrado, lo cual se produce cuando el Juez es independiente, cuando el Juez es imparcial y cuando se respeta el Derecho a ser oído en el proceso. La segunda condición necesaria, es que en el proceso los hechos del caso tienen que ser determinados de manera correcta, veraz y completa. No puede haber una decisión judicial justa, si no esta basada en una determinación correcta de los hechos. Y la tercera condición es que en el proceso judicial tiene que haber una identificación correcta y adecuada de la norma legal relevante y de la misma manera una interpretación y aplicación igualmente correcta de esa norma.

En esta postura de TARUFFO se encuentra la triangulación de tres elementos estructurales en el derecho procesal contemporáneo: el proceso adecuado o debido proceso, la prueba de los hechos y la adecuada aplicación del ordenamiento jurídico.

El debido proceso es un derecho de naturaleza fundamental, es guía de todas las actuaciones procesales. En su calidad de derecho fundamental tiene impacto internacional, lo que significa que puede ser reclamado a nivel internacional ante la corte interamericana de los derechos humanos (Bernal Pulido, 2004).

El debido proceso se compone de una serie de principios que a su vez igualmente son derechos fundamentales, esa es parte de su complejidad. El debido proceso exige el respeto por el juez natural y competente, la doble instancia, el principio de legalidad, la legítima defensa, el derecho de contradicción y la nulidad de la prueba por haber sido obtenido violando el debido proceso mismo o cualquier otro derecho fundamental.

Una decisión justa debe provenir de un proceso que en la mayor medida posible haya respetado todos los derechos fundamentales que hacen parte del debido proceso.

Con respecto al segundo elemento, el derecho probatorio es el conjunto de métodos que por excelencia permiten establecer una confirmación legítima y

veraz de los hechos que se discuten en el proceso, es la confirmación de la ocurrencia de los mismos, en un espacio de tiempo y con una circunstanciación determinados.

Saber elegir el tipo de pruebas que confirmarán el hecho, aducirlas legalmente en el proceso y llevarlas al proceso con total respeto de los derechos fundamentales de las partes, son requisitos esenciales para que la prueba sea considerada legítima y válida y por tanto cumpla con su finalidad.

El último y tercer elemento, tiene que ver con la aplicación adecuada del ordenamiento jurídico. El derecho contemporáneo ha alcanzado un alto nivel de complejidad, a las fuentes del derecho que antes solamente se componían de la ley abstracta emitida por el legislador, se ha integrado la constitución, la jurisprudencia, el precedente, la doctrina legal probable y la aplicación de principios y valores entre otros. Todo ello implica que encontrar la norma o el conjunto de normas que permitan una adecuada definición del conflicto en el proceso, cada vez más se convierte en una tarea difícil de precisar.

Hacen pues, parte integral de la justicia en el proceso, el respeto por las garantías constitucionales que integral la tutela judicial efectiva, el derecho de acción como derecho fundamental, es decir que más que significar el acceso a un proceso judicial, conlleva la dialéctica permanente entre todos los sujetos procesales y la explicación de todos los actos y decisiones que realice el juez, es-

pecialmente la decisión que pone fin al proceso.

La justicia de la decisión debe complementarse con una motivación suficiente y adecuada. El juez tiene como imperativo explicar los entornos jurídicos, probatorios y fácticos de su decisión con claridad y contundencia.

3. Fin del proceso y función del derecho probatorio

La función del derecho probatorio se relaciona directamente con el fin del proceso. Para permear las ideas de la función del derecho probatorio en el proceso, se debe asumir que en el derecho contemporáneo, el proceso es un método racional para la solución de los conflictos a través de la aplicación del ordenamiento jurídico complejo, de la comprobación de los hechos y no de cualquier forma.

A esta función dinámica del proceso, el derecho probatorio le aporta la verdad en la ocurrencia de los hechos, como disciplina reconstructiva que es. La finalidad del derecho probatorio es producir conocimiento en el juez, sobre unos hechos que no presencié, lo cual es una idea bastante alejada de aquella que sugiere alcanzar la verdad "real", su aporte directo está en una adecuada reconstrucción del hecho y por ello aporta directamente al principio de imparcialidad, generando así límites a la decisión del juez y en esta medida asegurando un mayor grado de justicia en la decisión del juez.

Es así como se puede sostener que el fin de la prueba no es lograr la convicción del juez (Taruffo, *Simplemente la verdad*, 2010). El juez no tiene conocimiento sobre el conflicto, sobre los hechos, sobre el litigio y por ello las afirmaciones de la demanda se prueban, para tal efecto se realizan dentro del proceso una serie de actividades y técnicas para obtener la información requerida. Esto se denomina teoría de la confirmación. Cada medio de prueba tiene proyectados por el legislador unos pasos y técnicas diferentes para que produzca en el proceso la información útil para que el juez conozca los hechos (Ramírez Carvajal, *La prueba en el proceso*. Una aventura intelectual, 2013).

Por ello deben entenderse como prueba, todos los elementos de información que efectivamente aportan a la producción de conocimiento -no a la convicción- con relación a la ocurrencia de los hechos discutidos en el proceso. Lo cual se explica en sus tres momentos:

- La prueba como fuente es la génesis del proceso y se encuentra fuera del proceso, en la ocurrencia de los hechos. La fuente se compone de elementos subjetivos como las personas que presenciaron o fueron protagonistas de la ocurrencia de los hechos del conflicto; y de elementos objetivos como todos los rastros físicos, documentos, evidencias, huellas, heridas y similares que igualmente quedaron en el sitio de los hechos y que pue-

den ser usados como información dentro del proceso.

Las fuentes son todos los elementos que contienen información potencialmente útil para el proceso. Serán las partes quienes definan si efectivamente son útiles a sus causas o no.

- La prueba como medio es un concepto jurídico, corresponde al conjunto de instrumentos o de herramientas que sirven para aducir, para transportar legítimamente al proceso las fuentes de prueba. El código determina cuáles son pero se parte de un principio general de libertad probatoria, el cual permite ampliar el catálogo.
- En sentido estricto el concepto de prueba, es un concepto complejo (Devis Echandía, 2002) porque denota demostración, es decir conexión y confirmación con las afirmaciones que constituyen el litigio. Por tanto la prueba se refiere a un estado mental de conocimiento sustentable y racional. Por tanto se puede sustentar que probar en sentido estricto es una actividad intelectual, explicativa, demostrativa y confirmativa sobre los hechos o afirmaciones que conforman el litigio, y que permiten el conocimiento sobre la ocurrencia de los mismos.

Conclusiones

Como puede descubrirse, la obra de MICHELE TARUFFO es una obra de lectura obligada para el estudioso del derecho, porque abre puertas y derrumba paradigmas. Sus conceptos son analizados en contexto con gran fluidez por ello muestran perspectivas diferentes, multidimensionales y permiten al lector la maduración de sus propias ideas en la redefinición de conceptos. Desde TARUFFO se puede hacer crítica proactiva en beneficio de la evolución del derecho y en favor de las nuevas generaciones.

Lo expuesto en este artículo son ideas sobre las dinámicas jurídicas. En el marco de la educación se propone que el proceso, para el mundo contemporáneo se enseñe y se estudie con las estructuras propias de un sistema complejo. El proceso judicial se mueve desde la concepción de un sistema rígido que fundamenta su actividad en términos y etapas, para reconocer su complejidad en cuanto a los sujetos procesales, a sus posturas, la complejidad del conflicto, la complejidad del hecho, la complejidad de la prueba y especialmente la complejidad de lo que significa la decisión del juez.

En esta complejidad de actores y actuaciones, vale la pena hacer un alto en el camino cada vez que encontremos órdenes tales como la prevalencia del derecho sustancial y la búsqueda de la verdad real sobre la procesal, pues

su mal entendimiento puede falsear el debido proceso constitucional. Hoy se debe trabajar como en filigrana, creando y recreando cada una de las instituciones que ha dejado como herencia el iuspositivismo radical.

Uno de los nuevos paradigmas en el proceso implica un trabajo serio con los valores de verdad y justicia, TARUFFO ha mostrado caminos y ha propiciado elementos prácticos para su discusión y aplicación. El derecho constitucionalizado exige el reconocimiento de los principios y es por esta nueva postura que no se puede negar su aplicación procesal.

En esta discusión lo importante es que la verdad y la justicia no pueden ni deben desconocer principios como la imparcialidad del juez y la legalidad de sus actuaciones, por tanto su estudio debe ser siempre integrado revisando pesos y contrapesos, libertades y límites.

Referencias

- Taruffo, M. (2008). *La prueba*. (L. Manríquez, & J. Ferrer Beltrán, Trans.) Barcelona, España: Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.
- Taruffo, M. (2006). *Sobre las fronteras. Escritos sobre la justicia civil* (Primera ed.). (B. Quintero, Trans.) Bogotá D.C., Colombia: Editorial Temis S.A.
- Ramírez Carvajal, D. M. (2013). *La prueba en el proceso. Una aventura intelectual* (Primera ed.). Medellín, Colombia: Librería Jurídica Sanchez R. Ltda.
- Johnson, N. (2007). *Simply complexity*. Londres, Inglaterra: Oneworld Oxford.
- Ramírez Carvajal, D. M. (2009). *La prueba de oficio* (Primera ed.). Bogotá D.C., Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Taruffo, M. (2010). *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*. (D. Accatino Scagliotti, Trans.) Barcelona, Colombia: Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.
- Alvarado Velloso, A. (2004). *Debido proceso versus pruebas de oficio* (Primera ed.). Bogotá D.C., Colombia: Editorial Temis S.A.
- Ley 1395. (12 de julio de 2010). Congreso de la República. *Por la cual se adoptan medidas en materia de descongestión judicial*. Bogotá D.C., Colombia.
- Ley 1564. (12 de julio de 2012). Congreso de la República. *Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones*. Bogotá D.C., Colombia.
- Ferrer Beltrán, J. (2010). La prueba es libertad, pero no tanto: una teoría de la prueba cuasi-benthamiana.

- In Varios, *La prueba y la decisión judicial* (Primera ed.). Medellín, Colombia: Sello Editorial Universidad de Medellín.
- Gascón Abellán, M. (2010). *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba* (Tercera ed.). Barcelona, España: Marcial Pons.
- Taruffo, M. (2004). La prueba, la verdad y la decisión judicial. In *Primeras Jornadas Internacionales de Derecho Procesal* (Primera ed.). Medellín, Colombia: Sello Editorial Universidad de Medellín.
- Bernal Pulido, C. (2004). *El derecho fundamental del debido proceso* (Primera ed.). Medellín, Colombia: Señal Editora.
- Devis Echandía, H. (2002). *Teoría general de la prueba judicial* (Quinta ed., Vol. I). Bogotá D.C., Colombia: Editorial Temis S.A.