

Los capítulos de este libro son el producto del Congreso Internacional de Derecho Procesal y Justicias, organizado por el área de Derecho Procesal, el Grupo Interdisciplinario Estudios de Derecho (Gried) y la Coordinación de Posgrados y Extensión de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia.

Los textos de las ponencias presentados en este libro se reúnen bajo el título *Teoría y dogmática constitucional del derecho procesal*, ya que abarcan temáticas diversas como el formalismo valorativo, el objeto y método del derecho procesal, la justicia transicional, el principio de oralidad y la valoración de la prueba pericial.

# Teoría y dogmática constitucional del derecho procesal



UNIVERSIDAD  
DE ANTIOQUIA  
1803

Carlos Alberto Alvaro de Oliveira  
Inaki Esparza Leibar

Andrea Planchadell Gargallo  
Gabriel Ignacio Gómez Sánchez

Luis Bernardo Ruiz Jaramillo (compilador)

ISBN: 978-956-6790-62-4



9 789588 790824

# Teoría y dogmática constitucional del derecho procesal

Carlos Alberto Alvaro de Oliveira  
Iñaki Esparza Leibar  
Andrea Planchadell Gargallo  
Gabriel Ignacio Gómez Sánchez  
Luis Bernardo Ruiz Jaramillo (compilador)



**UNIVERSIDAD  
DE ANTIOQUIA**  
1803

**Facultad de Derecho y Ciencias Políticas**

# Teoría y dogmática constitucional del derecho procesal

Carlos Alberto Alvaro de Oliveira  
Iñaki Esparza Leibar  
Andrea Planchadell Gargallo  
Gabriel Ignacio Gómez Sánchez  
Luis Bernardo Ruiz Jaramillo (compilador)

Teoría y dogmática constitucional del derecho procesal  
© Universidad de Antioquia, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas  
Edición: 2013  
ISBN: 978-958-8790-82-4

Corrección de textos: Andrés Vergara Aguirre

Diseño y diagramación: Erledy Arana Grajales, Imprenta Universidad de Antioquia  
Impresión y terminación: Imprenta Universidad de Antioquia  
Calle 67 N.º 53-108, PBX: (57-4) 219 53 30  
Impreso y hecho en Colombia / Printed and made in Colombia

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas  
Universidad de Antioquia  
Oficina de Comunicaciones  
Teléfono (57-4) 219 58 54  
Correo electrónico: derecho@mitra.udea.edu.co  
Página web: <http://derecho.udea.edu.co>  
Ciudad Universitaria  
Calle 67 N.º 53-108, bloque 14  
A.A. 1226  
Medellín - Colombia

El contenido de la obra corresponde al derecho de expresión de los autores y no desata responsabilidad institucional frente a terceros. Los autores asumen la responsabilidad por los derechos de autor y conexos contenidos en la obra, así como por la eventual información sensible publicada en ella.

Hecho el depósito que exige la ley. Prohibida la reproducción parcial o total de este libro, por cualquier proceso reprográfico o fónico, especialmente por fotocopia, microfilme, offset o mimeógrafo. (Ley 23 de 1982).



## Contenido

Presentación .....	ix
<b>El formalismo-valorativo frente al formalismo excesivo .....</b>	<b>1</b>
Sumario: .....	1
1. Introducción .....	1
2. Definición de formalismo .....	2
3. La nueva concepción del formalismo-valorativo .....	5
4. El formalismo excesivo y las herramientas para su combate .....	16
5. Conclusiones .....	33
<b>Asimetrías de poder, resistencias y derechos de las víctimas frente a los procesos de "Justicia y Paz" .....</b>	<b>35</b>
Sumario: .....	35
1. Introducción .....	35
2. Perspectiva crítica sobre la Justicia Transicional .....	38
2.1. <i>La Justicia Transicional desde la perspectiva del campo social</i> .....	39
2.2. <i>Justicia Transicional desde abajo</i> .....	41
3. Asimetrías de poder .....	43
3.1. <i>Asimetrías en el contexto social y político</i> .....	44
3.2. <i>Asimetrías en el tratamiento jurídico</i> .....	47
3.3. <i>Asimetrías de poder en el desarrollo de arreglos institucionales</i> .....	49
4. Resistencia a la impunidad .....	51
4.1. <i>Apoyo de la comunidad internacional</i> .....	51
4.2. <i>Los activistas de derechos humanos como intermediarios</i> .....	54
4.3. <i>Litigio Estratégico</i> .....	55

5. Conclusiones .....	57
Bibliografía .....	58
<b>El principio de oralidad y sus consecuencias</b> .....	63
Por qué decimos oralidad cuando queremos decir inmediatez .....	63
Sumario: .....	63
1. Líneas generales y relevancia del procedimiento .....	63
2. Oralidad y sus principios consecuencia .....	65
2.1. Principio de inmediatez .....	69
2.2. Principios de concentración y celeridad .....	71
2.3. Principio de publicidad .....	72
3. Oralidad y principio de preclusión .....	74
4. Conclusión .....	76
Bibliografía .....	77
<b>¿Libre valoración de la prueba pericial?</b> .....	79
Sumario: .....	79
1. Consideraciones generales .....	79
2. Valoración de la prueba pericial .....	85
2.1. Formulación general .....	85
2.2. Limitaciones .....	86
3. Control de la valoración del dictamen pericial .....	96
4. Conclusión .....	101
Bibliografía .....	101
<b>Concepto, objeto y método del derecho procesal</b> .....	105
Sumario: .....	105
1. Introducción .....	105
2. Concepto de derecho procesal .....	106
2.1. Posición, función y efectividad del derecho procesal .....	106
2.2. La teoría general del derecho procesal .....	110
3. Métodos del derecho procesal .....	117
4. La verdad procesal: entre la correspondencia y el consensualismo .....	122
5. Estado de la dogmática del derecho procesal en Colombia .....	125
Bibliografía .....	128



## Presentación

Los capítulos de este libro son el producto del Congreso Internacional de Derecho Procesal y Justicias, organizado por el área de Derecho Procesal, el Grupo Interdisciplinario Estudios de Derecho (Gried) y la Coordinación de Posgrados y Extensión de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, realizado los días 6 y 7 de octubre de 2011 en la Sede de Investigación Universitaria —SIU—, de esta institución.

Dejamos constancia de agradecimiento a la profesora Clemencia Uribe Restrepo por el apoyo decidido que como decana de la Facultad ha ofrecido para la realización del congreso y la publicación de estas memorias. También ha sido muy importante el apoyo que ha dado, tanto en la realización del evento como en la edición de esta publicación, *Elvira Ángel Franco*, comunicadora de la misma Facultad. Asimismo, ha tenido un papel imprescindible para la realización del congreso y para esta publicación, la laboriosidad y la disponibilidad del profesor Juan Camilo Mejía Walker desde la Coordinación de Posgrados y Extensión de la Facultad, en todos los aspectos administrativos, económicos y logísticos del evento. Sin duda alguna, fue decisivo el papel que cumplieron los estudiantes de nuestra Facultad en la organización del encuentro, entre ellos Ivette López Díaz, Alejandra Ortiz Fernández, Lisseth Pérez Velásquez, Carlos Fernando Roldán Pérez, Yeison Manco López, Marta Zapata Chavarría y Evelyn Salazar Quiceno.

Finalmente, especial agradecimiento para los ponentes del Congreso, por su cumplimiento y su compromiso académico: Carlos Alberto Alvaro

de Oliveira, de la Universidad Rio Grande do Sul, Brasil; Iñaki Esparza Leibar, de la Universidad del País Vasco, España; Andrea Planchadell Gargallo, de la Universidad Jaume I, España; Gabriel Ignacio Gómez, Tulio Elí Chinchilla Herrera, Bernardita Pérez Restrepo, María Cristina Gómez Isaza, Óscar Alberto García Arcila y John Jaime Posada Orrego, de la Universidad de Antioquia; Vicente Jaime Ramírez Giraldo y Andrés Prieto Quintero, de la Universidad Eafit; Enrique Gil Botero, del Consejo de Estado; Edgardo Villamil Portilla, de la Corte Suprema de Justicia; Carmelo Borrego Pérez y Elsie Rosales García, de la Universidad Central de Venezuela.

Los textos de las ponencias presentados en este libro se reúnen bajo el título *Teoría y dogmática constitucional del derecho procesal*, ya que abarcan temáticas diversas como el formalismo valorativo, el objeto y método del derecho procesal, la justicia transicional, el principio de oralidad y la valoración de la prueba pericial. De un lado, el texto del profesor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, "El formalismo-valorativo frente al formalismo excesivo", reflexiona con mucha profundidad sobre cómo entender el concepto teórico del formalismo procesal a partir de los nuevos esquemas de Estado y derecho constitucional; el autor repara en la dicotomía del formalismo y la justicia, en que se ha encontrado el estudio del derecho procesal, y trata de formular el contenido de lo que se ha denominado como el formalismo valorativo, concepto con el cual, entre otras cosas, se busca restringir el arbitrio judicial, promover la igualdad de las partes, lograr una mayor eficiencia del proceso e incentivar la justicia del proveimiento judicial.

De otra parte, el texto del profesor Gabriel Ignacio Gómez Sánchez, "Asimetrías de poder, resistencias y derechos de las víctimas frente a los procesos de 'justicia y paz'", trata de la justicia transicional en Colombia. Este es un informe de investigación de doctorado del profesor Gómez Sánchez en el que presenta sus hallazgos sobre un estudio sociojurídico de la justicia transicional que se estructuró en Colombia con la creación y aplicación de la llamada ley de "Justicia y Paz" (ley 975 de 2005). Legislación esta que crea órganos de justicia (jueces y fiscales) y unos procedimientos que buscan la inserción del paramilitarismo dentro de la vida cívica. El análisis se hace desde la perspectiva de campos sociales

sugerida por Pierre Bourdieu, para sostener que la justicia transicional es un espacio de intersección entre dos campos sociales: la política y el derecho. Este espacio de intersección es, a su vez, un escenario de disputa en el que diferentes actores, con diferentes niveles de poder, intereses, discursos y recursos, luchan alrededor de la conceptualización, el diseño y aplicación de los mecanismos para resolver conflictos políticos y, a su vez, hacer frente a las demandas de justicia por la comisión de graves violaciones de derechos humanos. Se devela de este estudio cómo el derecho procesal puede ser objeto de estudio desde lo sociojurídico y, entre otras cosas, se evidencia cómo los procesos judiciales no son solo diseños institucionales sino que también están sometidos a las tensiones políticas y culturales que puedan darse en un determinado campo social.

Por su lado el texto del profesor Iñaki Esparza Leibar, "El principio de oralidad y sus consecuencias: por qué decimos oralidad cuando queremos decir inmediatez", tiene marcada importancia en el ámbito teórico y constitucional ya que pone claridades sobre el entendimiento de esta figura que se constituye en una de las novedades más importantes de la legislación colombiana en la época actual. Si bien las reflexiones se hacen en el ámbito de la ley de Enjuiciamiento Civil Española, son perfectamente aplicables al caso colombiano ya que la discusión teórica es la misma: ¿cuáles son las consecuencias de su implementación en el sistema de garantías constitucionales y en el proceso judicial? Precisamente, uno de los aspectos a resaltar es que la oralidad no solo tiene incidencia metodológica en cuanto a la agilidad y naturalidad que impone en la justicia, sino también por la trascendencia que tiene con respecto al proceso judicial, en cuanto permite mayor celeridad y flexibilidad en el tratamiento de los materiales del proceso. La oralidad, entre otras cosas, no solo facilita las garantías procesales de la publicidad, contradicción, inmediatez y concentración, sino que también incide en la flexibilización de la regla de la preclusión.

Entretanto, la propuesta de la profesora Andrea Planchadell Gargallo, "¿Libre valoración de la prueba pericial?", tiene un carácter teórico-dogmático ya que guarda un equilibrio entre el análisis de cómo entender la prueba pericial y su estudio en la legislación procesal penal española, haciendo al mismo tiempo el análisis de lo que ocurre en la legislación

procesal penal colombiana; es realmente un gran logro de la profesora el parangón que hace de las dos legislaciones. En este estudio se aborda el problema de la vinculación del juez a las reglas, el criterio racional en la valoración del dictamen pericial, lo cual excluye la arbitrariedad del juez en su decisión; por lo tanto, no puede decirse que el juez sea totalmente libre en valorar la prueba científica, sino que tiene límites en la sana crítica. A su vez, la sana crítica exige motivación para efectos del control de la decisión del juez mediante los recursos procesales. Hay que resaltar del texto, entre otras cosas, la diferenciación que presenta entre el razonar del perito —que solo es posible con esos conocimientos específicos o especializados— y la valoración o consideración del dictamen emitido en el conjunto de la actividad probatoria; esta separación resalta la importancia que tiene el juez al momento de ejercer su función de valorar la prueba, pues su apreciación no está totalmente supeditada a los juicios que haya hecho el perito.

Finalmente, el texto “Concepto, objeto y método del derecho procesal”, de Bernardo Ruiz, tiene un carácter más teórico que dogmático-jurídico, aunque tiene presente el esquema constitucional actual en Colombia. Aquí se aborda la clásica discusión sobre el concepto del derecho procesal, lo mismo que su objeto y método. Uno de los aspectos más importantes a tener presente es que en la época actual no es posible aislar la teoría del modelo de Estado ni del sistema constitucional vigente; en términos similares a lo planteado por Alvaro de Oliveira, el derecho procesal actualmente está atravesado por componentes valorativos, entre ellos los derechos fundamentales. Asimismo, en el texto se pone de presente que el derecho procesal tiene una importante mutación en la actualidad, consistente en las concepciones consensualistas de la verdad procesal que con tanta fuerza se han venido implementando en todos los ámbitos del orden jurídico, con todas las consecuencias que esto tiene para el entendimiento de la disciplina del derecho procesal en cuanto a su objeto y método de estudio y de aplicación.

Luis Bernardo Ruiz Jaramillo  
Medellín, 20 de diciembre de 2012



## El formalismo-valorativo frente al formalismo excesivo\*

*Carlos Alberto Alvaro de Oliveira\*\**

### Sumario:

1. Introducción. 2. Definición de formalismo. 3. La nueva concepción del formalismo-valorativo. 4. El formalismo excesivo y las herramientas para su combate. 5. Conclusiones.

### 1. Introducción

En otra parte procuré analizar la antinomia existente entre formalismo y justicia, buscando dar solución a ese afflictivo problema que asola el derecho procesal, preocupado por una adecuada realización del derecho

\* Traducción de Renzo I. Cavani Brain, con expresa autorización del Prof. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira.

\*\* Profesor titular de Derecho Procesal Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad Federal de Rio Grande do Sul (UFRGS); Doctor en Derecho por la Universidad de Sao Paulo (USP); posdoctorado por la Universidad La Sapienza, de Roma; desembargador jubilado del Tribunal de Justicia de Rio Grande do Sul (TJRS); abogado en Porto Alegre y Brasilia.

material y de los valores constitucionales.<sup>1</sup> En el presente ensayo no solo intento refinar aquellas ideas, dándoles mayor objetividad y practicidad, sino también desarrollar más ampliamente los conceptos allí lanzados.

Comienzo conceptuando lo que es formalismo, para distinguirlo de la concepción nueva por mí elaborada de formalismo-valorativo. Establezco después los principales valores y principios con que debe trabajar el proceso. Finalmente, a la luz de esas premisas propongo soluciones para combatir el exceso de formalismo. Esa tarea me parece de la mayor importancia, en el actual ambiente en que se procesa la administración de justicia en Brasil, en donde muchas veces, para facilitar su trabajo, el órgano judicial adopta una rigidez excesiva, que no se condice con el estado actual de nuestro desarrollo, o entonces la parte insiste en llevar a las últimas consecuencias la exigencias formales del proceso.

## 2. Definición de formalismo

El formalismo, o forma en sentido amplio, no se confunde con la forma del acto procesal individualmente considerado. Se refiere a la totalidad formal del proceso, comprendiendo no solo la forma o las formalidades, sino especialmente la delimitación de los *poderes, facultades y deberes* de los sujetos procesales, coordinación de su actividad, orden del procedimiento y organización del proceso, con vista a que sean alcanzadas sus finalidades primordiales. La forma en sentido amplio se inviste, así, de la tarea de indicar las fronteras para el comienzo y el fin del proceso, circunscribir el material a ser formado, y establecer dentro de cuáles límites deben cooperar y actuar las personas obrantes en el proceso para su desenvolvimiento. El formalismo procesal contiene, por tanto, la propia idea del proceso como organización del orden, prestando previsibilidad a todo el procedimiento.<sup>2</sup> Si el proceso no obedeciese a un orden determinado, el cual permite que cada acto deba

1 *Do Formalismo no processo civil*, 4ª ed., São Paulo, Saraiva, 2010, *passim*.

2 Destaca Cândido R. Dinamarco (*A instrumentalidade do processo*, 2ª ed. rev. e atual., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1990, n. 28, p. 252) que “al reducir las opciones de comportamiento de cada uno de los sujetos del proceso, el derecho evita la situación de extrema complejidad que generaría incertezas y haría peligrar la propia integridad de los derechos y obligaciones del orden sustancial y la fidelidad del proceso a sus objetivos”.

ser practicado a su debido tiempo y lugar, es fácil entender que el litigio desembocaría en una disputa desordenada, sin límites o garantías para las partes, prevaleciendo o pudiendo prevalecer la arbitrariedad y la parcialidad del órgano judicial o la chicana del adversario.<sup>3</sup> No se trata, sin embargo, apenas de ordenar, sino también de disciplinar el poder del juez y, en esa perspectiva, el formalismo procesal actúa como garantía de libertad contra el arbitrio de los órganos que ejercen el poder del Estado.<sup>4</sup> Pongáse, dentro de esa línea, que la realización del procedimiento dejada al simple querer del juez, de acuerdo con las necesidades del caso concreto, acarrearía la posibilidad de desequilibrio entre el poder judicial y el derecho de las partes. Y de esa manera hasta podría hacer peligrar la igual realización del derecho material, en la medida que la discreción del órgano judicial, en cuanto al procedimiento y el ejercicio de la actividad jurisdiccional, implicaría el riesgo de conducir a decisiones diversas sobre la misma especie de situación fáctica material, impidiendo una uniforme realización del derecho.<sup>5</sup> Como si no bastara eso, si el órgano judicial de cada proceso es constreñido a elaborar, con gran desperdicio de tiempo,

3 El fenómeno fue señalado correctamente por Rudolf von Jhering, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, vol. III, Aalen, Scientia Verlag, 1968, § 50, p. 25-26 (reprodução inalterada da 5ª ed. de Leipzig de 1906).

4 Rudolf von Jhering, *Geist des römischen Rechts*, cit. (reprodução inalterada da 5ª ed. de Leipzig de 1898), vol. II, tomo II, § 45, pp. 470-471, en el exhaustivo estudio histórico que emprendió sobre el formalismo en general, después de resaltar la particular relación entre forma y libertad, dos ideas fundamentales del derecho romano, y de destacar que el más completo desarrollo de la era de la libertad marca también el reinado más tiránico del rigor formal, cediendo a su severidad solamente cuando la libertad pasó a desaparecer, concluye esas consideraciones con la frase célebre: “La forma es la enemiga jurada del arbitrio y hermana gemela de la libertad” (“Die Form ist die geschworene Feindin des Willkür, die Zwillingschwester der Freiheit”), que aún hoy merece atención.

5 F. Baur, “Funktionswandel des Zivilprozesses? “. En: *Beiträge zur Gerichtsverfassung und zum Zivilprozessrecht*, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1983, pp. 177-193, esp. pp. 186-187. Eike Schmidt, *Der Zweck des Zivilprozess und seine Ökonomie*, Tübingen, Athenäum, 1973, n. 3.2, pp. 40-41, defiende también el positivismo del derecho procedimental, argumentando que el control del resultado material obtenido en el proceso solo es asegurado cuando las formas previstas de investigación fáctica y jurídica hayan sido totalmente observadas, con lo que se garantice también la legítima influencia de las partes en el curso concreto del procedimiento, pues es objeto del proceso es su conflicto social y no cualquier otro. Aduce, también que es del interés de todos los participantes —tanto de las partes como de las instancias de control— que se pueda confiar en la observancia de un camino procedimental *formalizado*, pues el proceso declarativo faltaría a su finalidad sin la correcta investigación del conflicto.

los propios principios con la finalidad de dar forma al procedimiento adecuado, permanecería inutilizable el tesoro de la experiencia tomada de la historia del derecho procesal.<sup>6</sup>

El formalismo procesal controla, por otro lado, los eventuales excesos de una parte en frente de la otra, actuando por consiguiente como poderoso factor de igualación (por lo menos formal) de los contendores entre sí.<sup>7</sup> El fenómeno ofrece dos facetas: *en el plano normativo*, impone una equilibrada distribución de poderes entre las partes, bajo pena de volverse el contradictorio una sombra vana; *en el plano del hecho*, o sea del desarrollo concreto del procedimiento, reclama el ejercicio de poderes por el sujeto, de modo que siempre quede garantizado el ejercicio de los poderes del otro.<sup>8</sup> El justo equilibrio se presta, por tanto, para atribuir a las partes, en la misma medida, poderes, facultades y deberes, de modo que no sea idealmente diversa su posible influencia en el desenvolvimiento del procedimiento y en la actividad cognitiva del juez, faceta asaz importante de la propia garantía fundamental del contradictorio. Aunque se piense aquí en un postulado lógico, no se puede dejar de reconocer que su realización es garantizada solamente por la forma en sentido amplio.<sup>9</sup>

Un aspecto significativo del proceso concierne a la determinación de los hechos, pues, en principio, no es posible fijar el derecho adecuado a la solución de la controversia sin investigar el soporte fáctico descrito por el texto normativo, dicho como incidente y de la cual se reclama

6 Esta es la justa observación de Hans Schima ("Compiti e limiti di una teoria generale dei procedimenti". En: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 7(1953): 757-772, esp. n. 3, pp. 761-762). En el mismo pasaje, el conocido profesor de la Universidad de Viena resalta también que si el proceso fuese organizado discrecionalmente por el juez no se podría prever su curso, faltando las garantías necesarias para su desenvolvimiento.

7 Acertadamente, afirma Hans F. Gaul (Zur Frage nach dem Zweck des Zivilprozesses, *Archiv für die Civilistische Praxis*, 168, 1968: 27-62, esp. p. 38-39), recurriendo a Bötticher, que es siempre indispensable un determinado formalismo judicial, pues "solo así es garantizada la igual actividad de las partes, esto es, el principio de paridad de armas en el proceso concreto, como también una determinada previsibilidad de todo procedimiento".

8 Cf. Giovanni Fabrini, Potere del giudice (dir. proc. civ.). *Enciclopedia del diritto*, 34(1985): 721-744, esp. n. 2, p. 723.

9 Así lo observa Alois Troller (*Von den Grundlagen des zivilprozessualen Formalismus*, Basel, Helbing & Lichtenhahn, 1945, § 2, 4, p. 17).

aplicación.<sup>10</sup> De ahí también la influencia del formalismo en la formación y valorización del material fáctico de importancia para la decisión de la causa.

### 3. La nueva concepción del formalismo-valorativo

De las consideraciones hasta ahora realizadas, se verifica que el formalismo, al contrario de lo que generalmente se piensa, constituye el elemento fundador tanto de la efectividad como de la seguridad del proceso. La efectividad proviene, en ese contexto, de su poder organizador y ordenador (el desorden, el caos, la confusión, decididamente no colaboran para un proceso ágil y eficaz); la seguridad proviene de su poder disciplinador. Sucede apenas que, a lo largo del tiempo, el término sufrió desgaste y pasó a simbolizar solamente el formalismo excesivo, de carácter esencialmente negativo.

Es de notar, también, que los verbos ordenar, organizar y disciplinar son desprovistos de sentido si no son direccionados a una determinada finalidad. El formalismo, así como el proceso, es siempre polarizado por el fin.

De esos aspectos fundamentales del fenómeno del formalismo es indisociable otra reflexión: el proceso no se encuentra *in res* natura, es producto del hombre y, así, inevitablemente, de su cultura. Ahora, hablar de cultura es hablar de valores, pues estos no caen del cielo, ni son ahistóricos, puesto que constituyen frutos de la experiencia, de la propia cultura humana, en suma. Según la original elaboración de Rickert, además de constituir el elemento de ligación entre los mundos del ser y del deber ser, la cultura

es el complejo rico y multifacético reino de la *creación* humana, de todo aquello que el hombre consigue arrancar a la fría seriación de lo natural

10 Aspecto ya resaltado en 1914 por Calamandrei ("La genesi logica della sentenza civile". En: *Opere giuridiche* (a los cuidados de Mauro Cappelletti), Napoli, Morano, 1965, vol. I, p. 11-54, esp. p. 25): "non si può tuttavia negare che nella gran maggioranza dei casi la bontà della sentenza sta in diretta relazione col grado di accuratezza posto dal giudice nell'indagare esattamente il rapporto di fatto".

y de lo mecánico, animando las cosas con un sentido y un significado, y realizando a través de la Historia la misión de dar valor a los hechos y de humanizar, por sí decir, la Naturaleza.<sup>11</sup>

Por eso mismo se muestra totalmente inadecuado concebir el proceso, a pesar de su carácter formal, como mero ordenamiento de actividades dotado de cuño exclusivamente técnico, integrado por reglas externas, establecidas por el legislador de modo totalmente arbitrario.<sup>12</sup> La estructura misma que le es inherente depende de los valores adoptados y, entonces, no se trata de una simple adaptación técnica del instrumento procesal a un objetivo determinado, sino especialmente de una elección de naturaleza política, elección ligada a las formas y al objeto de la propia administración judicial.

De ese modo, la cuestión axiológica termina por precipitarse en el ordenamiento de cada sistema y en la propia configuración interna del proceso, por la indubitable naturaleza de fenómeno cultural de este y del propio derecho, haciendo que ahí interfiera el conjunto de modos de vida creados, aprendidos y transmitidos de generación en generación, entre los miembros de una determinada sociedad. Por esa razón, se resalta entre nosotros, con gran propiedad, que en el proceso “se hacen sentir la voluntad y el pensamiento del grupo, expresados en hábitos, costumbres, símbolos, fórmulas ricas de sentido, método y normas de comportamiento”. Esos factores determinan que en este se refleje “toda

11 Rickert, *Ciência cultural y ciência natural*, p. 23 e ss., apud Miguel Reale, *Fundamentos do direito*, 3ª ed., São Paulo, *Revista dos Tribunais*, 1998, p. 179.

12 Friedrich Stein en el prefacio de la 1ª ed. de sus *Grundriss des Zivilprozessrechts und des Konkursrechts* (reproducido en la 3ª ed., actualizada por Josef Juncker, con nota necrológica de Richard Schmidt, Tübingen, J.C.B Mohr—Paul Siebeck—, 1928, p. XIV), llegó a proclamar que “der Prozess ist für mich das ‘technische Recht’ in seiner allerschärfsten Ausprägung, von wechsellenden Zweckmässigkeiten beherrscht, der Ewigkeitswerte bar” [el proceso es para mí “derecho técnico” en su más aguda manifestación, dominado por conveniencias cambiables, sin valor permanente]. Sin embargo, no se puede dejar de registrar que el propio Stein en 1983 reconociera, de modo significativo, que “el proceso nunca puede estar al frente de la sabiduría de su tiempo y de su pueblo” (“Auch der prozess kann nirgends der Erkenntniss seiner Zeit und seines Volkes voraus sein”). Friedrich Stein, *Das private Wissen des Richters: Untersuchungen zum Beweisrecht beider Prozesse*, 2. Neudruck der Ausgabe Leipzig 1893, Aalen, Scientia Verlag, 1987, § 2, p. 31.

una cultura, considerada como el conjunto de vivencias de orden espiritual y material, que singularizan determinada época de una sociedad”.<sup>13</sup>

En consecuencia, inclusive las normas aparentemente reguladoras del modo de ser del procedimiento no resultan apenas de consideraciones de orden práctico, constituyendo en lo fundamental expresión de las concepciones sociales, éticas, económicas, políticas, ideológicas y jurídicas, subyacentes a determinada sociedad y a ella características, e inclusive de utopías. Además, su empleo puede consistir en estrategias de poder, direccionadas para tal o cual finalidad gubernamental.<sup>14</sup> De ahí la idea, sustancialmente correcta, de que el derecho procesal es el derecho constitucional aplicado,<sup>15</sup> que significa esencialmente que el proceso no se agota dentro de la perspectiva de una mera realización del derecho material, constituyendo, sí, más ampliamente la herramienta de naturaleza pública indispensable para la realización de justicia y pacificación social.

Además, no solo las formas externas, por medio de las cuales se desarrolla la administración de justicia, sino también los métodos lógicos empleados para el juzgamiento, exhiben valor contingente, a ser

13 Galeno Lacerda, *Processo e Cultura*, *Revista de Direito Processual Civil*, 3 (1962): 74-86, esp. p. 75, que todavía pondera: “Costumbres religiosas, principios éticos, hábitos sociales y políticos, grado de evolución científica, expresión del individuo en la comunidad, todo esto, en fin, que define la cultura y la civilización de un pueblo, ha de retratarse en el proceso, en formas, ritos y juicios correspondientes. Él, en verdad, refleja una cultura, sirve de índice de una civilización”. También Cândido R. Dinamarco, *A instrumentalidade*, cit., p. 217, aduce que es indispensable, en la determinación de los fines del Estado y (consecuentemente) de los fines de la jurisdicción, tener en cuenta las necesidades y aspiraciones de su pueblo, en tiempo presente, entrando ahí el elemento cultural a determinar concretamente los conceptos de bien común, de justicia y, particularmente, de justicia social.

14 Acerca de las estrategias gubernamentales de ejercicio del poder estatal y su relación con el proceso, es importante la reflexión de Carlos Augusto Silva, *O Processo Civil como Estratégia de Poder: reflexo da Judicialização da Política no Brasil*, Río de Janeiro, Renovar, 2004, *passim*.

15 Cf. Gaul, *Zur Frage nach dem Zweck des Zivilprozesses*, cit., p. 32. Idea semejante, por cierto, era defendida ya por Rudolf Pollak (*Sistem des Österreichischen Zivilprozessrechtes*, 2ª ed., Wien, Manz, 1932, p. III), para quien el derecho procesal civil constituye, en muchos aspectos, una de las más importantes partes del derecho constitucional. Al respecto, véase también, C. A. Alvaro de Oliveira, “O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais”. *Revista Forense*, 372, marzo/abril 2004, pp. 77-86.

demarcado conforme a las circunstancias de un momento histórico dado, influenciando inclusive la conformación del proceso.<sup>16</sup>

No se puede negar, por otro lado, el aprovechamiento de *técnicas* y soluciones para problemas comunes, no obstante la diversidad de valores entre los pueblos. Esto se da principalmente en virtud de una base común a todos los hombres y el consecuente establecimiento de un puente entre ellos, con intercomunicación de culturas en el tiempo y en el espacio.<sup>17</sup> Esta intercomunicación tiende a volverse cada vez más hiperactiva, no solo por la facilidad de comunicación característica de la fase actual de la historia de la humanidad, sino por la propia globalización de la economía, que propulsó la adopción de un modelo técnico único. El formalismo, sin embargo —precisamente porque es un fenómeno cultural informado por valores—, no se confunde con la técnica, que es neutra respecto de la cuestión axiológica.<sup>18</sup>

Anotadas estas premisas, es preciso repensar el problema como un todo, verificar las vertientes políticas, culturales y axiológicas de los factores condicionantes y determinantes de la estructuración y organización del proceso; establecer, en fin, los fundamentales del formalismo-valorativo. Y esto porque su poder ordenador, organizador y coordinador no es hueco, vacío o ciego, pues no hay formalismo por formalismo. Solo es lícito pensar en el concepto en la medida que se preste para la organización de

16 Esto lo resalta con acierto P. Calamandrei, *Istituzioni di diritto processuale civile*, en: *Opere Giuridiche*, vol. IV, Napoli, Morano, 1970, § 8º, p. 34. Sobre la influencia de la lógica en la conformación del proceso, véase el ensayo de Nicola Picardi, *Processo Civile (dir. moderno)*, en: *Enciclopedia del Diritto*, vol. 36, Milano, Giuffrè, 1987, p. 110-117.

17 Así reflexiona, con inteligencia, Isaiah Berlin (*A busca do ideal*, in *Limites da utopia (Capítulos da história das idéias)*, organização de Henry Hardy, trad. Valter Lellis Siqueira, São Paulo, Companhia das Letras, 1991: 21), ponderando inclusive que los fines y los principios morales son variados, pero no infinitamente variados: ellos deben situarse en los límites del horizonte humano.

18 Al respecto, observa Del Vecchio (*L'Homo Juridicus*, Roma, 1936, p. 11, *apud* Eduardo García Máynez, *Introducción al estudio del Iderecho*, 4ª ed., Mexico, Porrúa, 1951, p. 13) que las reglas técnicas constituyen los medios obligatoriamente empleados para conseguirse un propósito, pero no prejuzgan si es lícito, obligatorio o ilícito proponerse el fin de que se trate. La técnica, prosigue, nada tiene que ver con el valor de las finalidades a que sirve, pues concierne exclusivamente a los procedimientos que permiten realizarlas, sin preocuparse por esclarecer si son buenas o malas. Apreciar el mérito de los fines del individuo es un problema ético, no técnico.

un proceso justo y sirva para alcanzar las finalidades últimas del proceso en tiempo razonable y, principalmente, se convierta en un aporte para la justicia material de la decisión.

Al meditar en los factores externos del formalismo, el pensamiento desde luego tiende, en una formulación esquemática inicial bastante amplia, a fijarse en los fines del proceso; y la noción de fin se entrelaza, necesariamente, con el valor o valores a ser idealmente alcanzados por medio del proceso. Se impone, por tanto, el análisis de los valores más importantes para el proceso: por un lado, la realización de la justicia material y la paz social; por otro, la efectividad, la seguridad y la organización interna justa del propio proceso (*fair trial*). Los dos primeros están más vinculados a los fines del proceso; los tres últimos ostentan un aspecto instrumental en relación a aquellos. A la par de esos valores específicos, también se muestran significativos para el proceso los valores constitucionales y los valores culturales relacionados con el medio donde se inserta determinado sistema procesal.

La efectividad y la seguridad se presentan como valores esenciales para la conformación del proceso en tal o cual dirección, con vista a satisfacer determinadas finalidades, sirviendo también para orientar al juez en la aplicación de las reglas y principios. Se podría decir, en una perspectiva deontológica, que se trata de sobreprincipios, aunque sean, a su vez, también instrumentales en relación con el fin último del proceso, que es la realización de la justicia del caso. Es interesante que ambos se encuentren en permanente conflicto, en una relación proporcional, pues cuanto mayor efectividad menor seguridad, y viceversa. Así, por ejemplo, el ejercicio del derecho de defensa, garantía ligada a la seguridad, no puede ser excesivo ni irrazonado. En los casos no resueltos por la norma, cabrá al órgano judicial, con empleo de las técnicas hermenéuticas adecuadas, ponderar cuál de los valores deberá prevalecer. En verdad, garantismo y eficiencia deben ser puestos en relación de adecuada proporcionalidad, por medio de una delicada elección de los fines que se busca alcanzar.

La seguridad se liga a la propia noción de Estado Democrático de Derecho, erigida como principio fundamental de la Constitución de la República (art. 1, *caput*), a modo de garantizar al ciudadano contra el

arbitrio estatal, teniendo presente la salvaguarda de elementos fundantes de la sociedad realmente democrática, como el principio democrático, el de la justicia, el de la igualdad, el de la división de poderes y el de la legalidad.<sup>19</sup>

En tal contexto, gana lugar destacado el debido proceso legal (artículo 5, inciso LIV, de la Constitución), principio que exige como corolarios la prohibición de juicios de excepción y el principio del juez natural (artículo 5, inciso XXXVII y LVIII), la igualdad (artículo 5, *caput*), comprendida allí la paridad de armas,<sup>20</sup> el contradictorio y la amplia defensa, como los medios y recursos a ella inherentes (artículos 5, inciso LV), consideradas inadmisibles las pruebas obtenidas por medios ilícitos (artículo 5, inciso LVI), debiendo ser solucionado el litigio por medio de decisión fundamentada (artículo 94, inciso ).

Además, el desarrollo, que se puede juzgar excesivo, de la penalización de la vida social y política exige que las reglas jurídicas sean formuladas de manera simple, clara, accesible y previsible: de ahí la noción de Estado de Derecho y el principio de seguridad jurídica, productos de desenvolvimientos sociales cada vez más complejos y de evoluciones cada vez más inciertas.<sup>21</sup> En una visión más abarcante, excediendo

19 Sobre el punto, véase José Afonso da Silva, *Curso de direito constitucional positivo*, 5ª ed., São Paulo, RT, 1989, p. 103-108, y J. J. Gomes Canotilho y Vital Moreira, *Fundamentos da Constituição*, Coimbra, Coimbra ed., 1991, p. 82-85. Walther J. Habscheid (*Droit Judiciaire Privé Suisse*, Genève, Librairie de L'Université, 1981, § 50, I, p. 306), al referirse a la autoridad de la cosa juzgada, menciona que el Tribunal Federal Constitucional alemán (*BverfGE* 15, 319) subrayó que el Estado de Derecho tiene como tarea preservar la seguridad del derecho.

20 Para la Corte Europea de los Derechos del Hombre, "conforme al principio de igualdad de armas —uno de los elementos de la noción más amplia de proceso equitativo—, debe ser ofrecida a cada una de las partes la posibilidad razonable de presentar su causa en condiciones tales que no la coloquen en situación de desventaja en relación a la otra": Así, v. g., decisiones *Dombo Beheer B.V vs. Países Bajos*, de 27.10.1993, série A, nº 274, § 33; *Bulut vs. Austria*, de 22.2.1996, *Recueil* 1996, II, § 47; *Foucher vs. Francia*, de 17.3.1997, § 34; *Kuopila vs. Finlandia*, de 27.4.2000, *apud* Silvio Marcus-Helmons, "Quelques aspects de la notion d'égalité des armes (Un aperçu de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme)". En: *Aux sources du procès équitable une certaine idée de la qualité de la Justice*, en: *Le procès équitable et la protection juridictionnelle du citoyen*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 68.

21 Cf. Bertrand Mathieu e Michel Verpeaux, *Contentieux Constitutionnel des Droits Fondamentaux*, Paris, LGDJ, 2002, p. 703, que resaltan el empleo sustancial de esos conceptos tanto por el juez constitucional francés como por el juez ordinario.

el estricto campo del derecho procesal, el principio de la seguridad jurídica está ligado a dos exigencias: calidad de la ley y previsibilidad del derecho. Para Bertrand Mathieu y Michel Verpeaux,<sup>22</sup> provienen de la primera los siguientes principios: claridad, accesibilidad, eficacia y efectividad (confusión entre dos valores antagónicos). De la segunda, los siguientes principios: no-retroactividad de la ley, protección de los derechos adquiridos, confianza legítima y estabilidad de las relaciones contractuales.

Adviértase, sin embargo, que el jurista debe observar el orden jurídico, atento al valor de la seguridad jurídica, sin confundirla con la manutención ciega e indiscriminada del *statu quo*. Conviene no identificar, otrosí, el valor de la seguridad jurídica con la "ideología" de la seguridad, que tiene por objetivo el inmovilismo social. No se trata, tampoco, de identificar al Estado con el orden, ni la ley con la justicia, subproductos del positivismo, con lo que se impediría el acogimiento de cualquier derecho no-estatal, así como la absorción de los reclamos de justicia del pueblo, a menos que sea con el expreso beneplácito del legislador. Esa percepción se revela miope y no deseada. La manutención del orden jurídico solo puede ser realizada mediante cuestionamientos y perfeccionamientos, en consonancia con la racionalidad, que ciertamente pasa por el Estado, pero que va más allá de él: refleja los derechos construidos por el proceso histórico.<sup>23</sup>

Es preciso tener en cuenta, además, que la seguridad no es el único valor presente en el ambiente procesal, principalmente porque todo el proceso es polarizado por el fin de realizar la justicia material del caso, por medio de un proceso ecuaníme y efectivo. De tal manera, el formalismo excesivo puede inclusive inhibir el desempeño de los derechos fundamentales del jurisdicionado.

A su vez, la efectividad está consagrada en la Constitución Federal, artículo 5, xxxv, pues no es suficiente con solo abrir la puerta de entrada del poder judicial, sino prestar jurisdicción —tanto cuanto posible—

22 Bertrand Mathieu e Michel Verpeaux, *Contentieux constitutionnel*, op. cit., pp. 704-718.

23 Reproducimos, con algunas alteraciones, la lección ejemplar de Plauto Faraco de Azevedo, "Poder Judiciário e justiça social". *Revista da Ajuris*, 63 (mar./1995): 5-16, esp. p. 14.

eficiente, efectiva y justa, mediante un proceso sin dilaciones temporales ni formalismos excesivos, que conceda al vencedor en el plano jurídico y social todo aquello a lo que tenga derecho. Además, las dificultades temporales actuales en la administración de justicia y el cambio cualitativo de los litigios justifican la inaudita elasticidad de la tutela cautelar en nuestra época, así como la concepción de remedios jurisdiccionales de índole provisoria, autónomos o no, con carácter anticipatorio y satisfactorio del pretendido derecho.<sup>24</sup> Adviértase, además, que la efectividad fortalece, sea en relación con el derecho ya lesionado, o con aquel simplemente amenazado (Constitución Federal, artículo 5, xxxv), abarcando así la tutela preventiva sustancial y definitiva, además de la meramente provisoria o temporal.<sup>25</sup> Más aun, la perspectiva constitucional del proceso vino a contribuir para apartar este del plano de las construcciones conceptuales y meramente técnicas e insertarlo en la realidad política y social. Ello se muestra particularmente adecuado en lo que se refiere al formalismo excesivo, pues su solución exige el examen del conflicto dialéctico entre dos exigencias contrapuestas, pero igualmente dignas de protección, aseguradas constitucionalmente: de un lado, la aspiración de un rito premunido de un sistema posiblemente amplio y articulado de garantías "formales" y, de otro, el deseo de disponer de un mecanismo procesal eficiente y funcional.

En esa línea de entendimiento, la Corte Europea de los Derechos del Hombre en varios pronunciamientos viene proclamando que la Convención Europea de los Derechos del Hombre ostenta por finalidad proteger derechos, no más "teóricos o ilusorios, sino concretos y efectivos".<sup>26</sup>

24 Señálese, por ejemplo, la Ley n. 8.952, del 13 de diciembre de 1994, consustanciada en el artículo 273 y respectivos parágrafos del CPC y las alteraciones en ellos introducidas por la Ley n. 10.444, del 07.05.2002.

25 Sobre esa problemática, ver J. C. Barbosa Moreira, "Tutela sancionatória e tutela preventiva". Em: *Temas de Direito Processual*, 2.ª serie, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1988: 21-29.

26 Decisión del 24.07.1968, en el caso "lingüístico belga", serie A, N.º 6, p. 31, §§ 3 *in fine* y 4; Golder vs. Reino-Unido, de 25.02.1975, serie A, N.º 18, p. 18, § 35 *in fine*; Luedicke, Belkacem y Koç, del 28.11.1978, serie A, N.º 29, pp. 17-18, § 41; Marckx, del 13.06.1979, serie A, N.º 31, p. 15, § 31, *apud* Bertrand Fravreau, *Aux sources du procès équitable: une certaine idée de la qualité de la Justice*, in *Le procès équitable*, cit., p. 11 e nota 3.

Para la Corte, la efectividad supone, además, que el acceso a la justicia no sea obstaculizado por la complejidad o costo del procedimiento. Ello implica que las limitaciones, siempre dejadas al margen de apreciación de los Estados nacionales, no pueden en ningún caso restringir el acceso asegurado al litigante de manera tal que su derecho a un tribunal sea alcanzado en su propia sustancia, debiendo ser observada "una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin visado". También según el Tribunal, el litigante no debe ser impedido "de emplear un recurso existente y disponible", prohibiéndose toda "traba desproporcionada a su derecho de acceso al tribunal".<sup>27</sup>

Se impone resaltar, otrosí, que en los días actuales varios factores vienen determinando una mayor prevalencia del valor de la efectividad sobre el de la seguridad. Uno de los aspectos relevantes es el cambio cualitativo de los litigios traídos al Judicial, en una sociedad de masas, con interés de amplias camadas de la población, al volver imperativa una solución más rápida del proceso y la efectividad de las decisiones judiciales. Otro factor significativo es la propia adopción de los principios y su constitucionalización, fenómeno que se inició después del término de la Segunda Guerra Mundial. La anterior tramitación cerrada y la minucia reglamentadora de las actuaciones procesales (exceso de formalismo) de los códigos procesales, formados en periodo autoritario o informados por ideología de esta especie, servía a la finalidad de control de la jurisdicción y de los agentes forenses por el centro del poder político, disminuyendo la participación democrática de los sujetos de derecho. Todo vino a cambiar con la emergencia de los principios, considerados en esa nueva perspectiva como derechos fundamentales, que pueden y deben tener lugar de destaque en la aplicación práctica del derecho, sobreponiéndose a las simples reglas infraconstitucionales.<sup>28</sup> Ese cambio de paradigma, que introduce un derecho mucho más flexible, menos rígido, determina también una alteración en lo que concierne a la seguridad jurídica, que

27 Decisiones *Levages Prestations Services vs. Francia*, de 23.10.1996, *Recueil*, 1996-V, p. 1996-V, p. 1543, § 40; *Brualla Gómez de la Torre vs. Agne*, de 19.12.1997, § 33; *García Manibardo vs. España*, de 15.2.2000, *apud* Bertrand Fravreau, op. cit., p. 11 y nota 8.

28 Al respecto, véase Lebre de Freitas, *Introdução ao processo civil — conceito e princípios Gerais à luz do Código Revisto*, Coimbra, Coimbra ed., 1996: 74-76.

pasa de un estado estático a un estado dinámico. Así, la seguridad jurídica de una norma se mide por la estabilidad de su finalidad, abarcada en caso de necesidad por su propio movimiento. No se busca más el absoluto de la seguridad jurídica, sino la seguridad afectada de un coeficiente, de una garantía de realidad. En esa nueva perspectiva, la propia seguridad jurídica introduce el cambio, el movimiento, en la medida que ella está al servicio de un objetivo mediante de permitir la efectividad de los derechos y garantías de un proceso ecuánime.<sup>29</sup>

En suma, la seguridad jurídica no es vista con los ojos del Estado liberal, donde tendía a prevalecer como valor, porque no sirve más a los fines sociales a los que se destina el Estado. Dentro de esas coordenadas, el aplicador debe estar atento a las circunstancias del caso, pues a veces, aun atendido el formalismo establecido por el sistema, frente a las circunstancias peculiares de la especie, el proceso puede presentarse injusto o conducir a un resultado injusto.

Por otro lado, el abandono de una visión positivista y la adopción de una lógica argumentativa, con la colocación del problema en el centro de las preocupaciones hermenéuticas, así como el empleo de principios, de conceptos jurídicos indeterminados y juicios de equidad, en detrimento de una visión puramente formalista en la aplicación del derecho, obviamente habría de reflejarse en el proceso.

Proviene de ahí, en primer lugar, la recuperación del valor esencial del diálogo judicial en la formación del juicio, que ha de fructificar en la cooperación de las partes con el órgano judicial y de este con las partes, según las reglas formales del proceso. El coloquio así estimulado, señálese, deberá sustituir con ventaja la oposición y la confrontación, dando ocasión al concurso de las actividades de los sujetos procesales, con amplia colaboración tanto en la pesquisa de los hechos como en la valorización de la causa. Las directivas aquí preconizadas se refuerzan, por otro lado, por la percepción de una democracia más participativa, con un consecuente ejercicio más activo de la ciudadanía, inclusive de naturaleza procesal. Además, se revela innegable la importancia del

<sup>29</sup> Marie-Emma Boursier, *Le principe de loyauté en droit processuel*, Paris, Dalloz, 2003, p. 408, N.º 679.

contradictorio para el proceso justo, principio esencial que se encuentra en la base misma del diálogo judicial y de la cooperación. La sentencia final solo puede resultar del trabajo conjunto de todos los sujetos del proceso.

Ahora, la idea de cooperación, además de exigir un juez activo y leal, ubicado en el centro de la controversia, significará, si no el restablecimiento del carácter isonómico del proceso, por lo menos la búsqueda de un punto de equilibrio. Ese objetivo es alcanzado por el fortalecimiento de los poderes de las partes, por su participación más activa y leal en el proceso de formación de la decisión, en consonancia con una visión no autoritaria del papel del juez, y más contemporánea en cuanto a la división del trabajo entre el órgano judicial y las partes.

De ahí la necesidad de que se establezca el permanente concurso de las actividades de los sujetos procesales, con amplia colaboración tanto en la investigación de los hechos como en la valorización jurídica de la causa. Colaboración esa, acentúese, vivificada por un permanente diálogo, con la comunicación de las ideas suministradas por cada uno de ellos: juicios históricos y valorizaciones jurídicas capaces de ser empleados convenientemente en la decisión.<sup>30</sup> Semejante cooperación, resáltese, se justifica aun más por la complejidad de la vida actual.

Un entendimiento contrario padecería de vicio dogmático y positivista, sobre todo porque la interpretación de la *regula iuris*, en el mundo moderno, solo puede nacer de una comprensión integrada entre el sujeto y la norma, generalmente no unívoca, con fuerte carga de subjetividad. Y esa constatación se refuerza aun más por el reconocimiento de que todo derecho litigioso se presenta incierto de forma consustancial.

Faceta importante a resaltar es que la participación en el proceso para la formación de la decisión constituye, de forma inmediata, una posición subjetiva inherente a los derechos fundamentales, por tanto ella misma

<sup>30</sup> Así lo plantea Eduardo Grasso (*"La Collaborazione nel Processo Civile"*. *Rivista di Diritto Processuale*, 21, 1966, pp. 580-609, esp. p. 587), para quien el proceso debe rebasar el simple fin de la paz jurídica, debiendo también ser direccionado a la búsqueda de la verdad y de la justicia, objetivos solo alcanzables, según él, mediante la colaboración entre las partes y el juez.

es el ejercicio de un derecho fundamental.<sup>31</sup> Tal participación, además de constituir ejercicio de un derecho fundamental, no se reviste solamente de carácter formal, pero debe ser calificada sustancialmente.

Eso me lleva a extraer del propio derecho fundamental de participación la base constitucional para el principio de la colaboración, en la medida en que tanto las partes como el órgano judicial, e igualmente todos aquellos que participaron del proceso —servidores de la justicia, peritos, asistentes técnicos, testigos, etc—, deben intervenir en él desde su instauración hasta el último acto, actuando e interactuando entre sí con buena fe y lealtad.

Ejemplo interesante de la aplicación de ese modo de ver se encuentra en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español. Para aquella alta corte, el deber judicial de promover y colaborar en la realización de la efectividad de la tutela jurisdiccional no es de carácter moral, sino un deber jurídico constitucional, pues los jueces y tribunales tienen la “obligación de protección eficaz del derecho fundamental”. El cumplimiento de ese mandato constitucional de proteger el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, a que tienen derecho todas las personas, ha de ser para los jueces y tribunales el norte de su actividad jurisdiccional. Por eso, el Tribunal Constitucional habla de la necesaria colaboración de los órganos judiciales con las partes en la materialización de la tutela y también en el deber específico de garantizar la tutela, deber que impide a los órganos jurisdiccionales adoptar una actitud pasiva en esta materia.<sup>32</sup>

#### 4. El formalismo excesivo y las herramientas para su combate

Puede acontecer, sin embargo, y ese es el meollo del problema, que el poder organizativo, ordenador y disciplinador del formalismo, en vez de

31 En ese sentido, J. J. Gomes Canotilho, “Tópicos de um Curso de Mestrado sobre Direitos Fundamentais, Procedimento, Processo e Organização”. *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, 1990, p. 151-163, esp. p. 155, con amparo en la sugerencia del *status activus processualis*, formulado por P. Häberle.

32 Cf. Francisco Chamorro Bernal, *La Tutela Judicial Efectiva (Derechos y garantías procesales derivados del artículo 24.1 de la Constitución)*. Barcelona: Bosch, 1994, p. 329, con mención de diversos precedentes (op. cit., pp. 329-330 y notas 72 a 77).

concurrir para la realización del derecho, aniquile el propio derecho o determine un retardo irrazonable de la solución del litigio. En este caso el formalismo se transforma en su contrario: en vez de colaborar para la realización de la justicia material, pasa a ser su verdugo; en vez de propiciar una solución rápida y eficaz del proceso, contribuye para la extinción de este sin juzgamiento del mérito, obstando que el instrumento alcance su finalidad esencial.

Para apartar las consecuencias nefastas del formalismo excesivo, pernicioso o negativo, es necesario que el jurista, el operador práctico del derecho, se premuna de herramientas que impidan tal desvío de perspectiva.

Antes que nada, se impone reparar en las particularidades del caso concreto en el trabajo de adaptación de la norma, principal o no, que por hipótesis es general y abstracta. Realmente, el proceso de aplicación del derecho se muestra, necesariamente, obra de acomodación de lo general a lo concreto, que requiere incesante trabajo de adaptación y hasta de creación,<sup>33</sup> inclusive porque el legislador no es omnipotente en la previsión de todas las innumerables posibilidades ofrecidas por la inagotable riqueza de la vida. Por esa vía, el rigor del formalismo resulta temperado por las necesidades de la vida, así como el conflicto entre el aspecto unívoco de las características externas y la racionalización material que debe llevar a cabo el órgano judicial, mezclada de imperativos éticos, reglas utilitarias y de conveniencia o postulados políticos, que rompen con la abstracción y la generalidad. A su vez, el juez no es una máquina silogística, ni el proceso, como fenómeno cultural, se presta a soluciones de exactitud matemática. Se impone rechazar la tesis de la mecanicista aplicación del derecho.<sup>34</sup> Semejante constatación se

33 Ver a propósito el ensayo de Mauro Cappelletti, (“Giudice legislatori?”. Milano: Giuffrè, 1984, *passim*), donde la cuestión es ampliamente discutida. El problema pertenece a la teoría general del derecho, ingresando en el plano filosófico, y por eso escapa al tema central del presente trabajo.

34 Respecto de la problemática solo podemos remitir al lector a las obras maestras de Guido Calogero, *La logica del giudice e il suo controllo in cassazione*, cit., e de Giuseppe Capograssi, *Il problema della scienza del diritto*, Roma, Foro Italiano, 1937; el primero preocupado por la estructura lógica del proceso jurisdiccional, y el segundo por la inagotable riqueza de la experiencia jurídica. El problema es tratado, en tiempos más recientes, por Luigi Ferrajoli,

muestra válida no solo en el plano estrictamente jurídico, vinculado a la solución de cuestiones puramente de derecho, sino también en la propia conducción del proceso, y evidentemente en la recolección y valorización del material fáctico de interés para la decisión. Al respecto, se observa de manera ejemplar que la forma como opta el juez en el curso de la selección de informaciones lleva la marca, estigmatizada, de su visión personal. Inclusive la conducción del proceso no siempre presenta un aspecto uniforme, variando el ritmo impreso a partir de elementos que solo se pueden encontrar en la marca individual gravada del magistrado en la utilización de los instrumentos procesales, a pesar de la importancia y del carácter imperativo con que se le dan a producir los procedimientos en la manufactura de las decisiones y otras manifestaciones esenciales en el manejo del proceso.<sup>35</sup>

Tal vez con mayor evidencia, tampoco en la formación y apreciación del material fáctico se verifica uniformidad. Influyen para ese resultado factores vinculados a la propia individualidad del ser humano. De un lado, las informaciones reunidas no solo pueden variar en cualidad o cantidad, sino también en el modo como serán acogidas y seleccionadas inevitablemente según el punto de vista personal del juez. Aunque la ley procesal busque imprimir una deseable uniformidad, la regla solo indica el camino, pero no el paso del caminante. El subjetivismo, otrosí, se revela aun más presente en el propio conocer del juez, en su actitud epistemológica frente a los hechos, a variar infinitamente conforme su capacidad intelectual con vista a comprender, seleccionar y combinar las informaciones y de ellas extraer las debidas inferencias. Lo mismo sucede, probablemente con mayor intensidad, en la evaluación del material recogido, tarea en que, no obstante la vinculación axiológica del sistema, también pasan a tener peso, aunque de modo inconsciente, los

*Derecho y razón — teoría del garantismo penal*, trad. Perfecto Andrés Ibañez y otros, Madrid: Trotta, 1995, pp. 172-175, *passim*, advirtiendo que “en ningún sistema el juez es una máquina automática; concebirlo como tal significa hacer de él una máquina ciega, presa de la estupidez o, peor, de los intereses y condicionamiento del poder más o menos ocultos y, en todo caso, favorecer su irresponsabilidad política y moral”.

35 Mônica Sette Lopes, *A equidade e os poderes do juiz*, Belo Horizonte: Del Rey, 1993, pp. 207-209.

propios valores del órgano judicial, desempeñando un papel importante su sensibilidad personal ante los matices del caso.<sup>36</sup>

Ese constante trabajar del órgano judicial con la incapacidad de la ley de prever todas las hipótesis posibles, con la generalidad de la regla, e inclusive con factores fácticos inciertos e inconstantes, agravado por los diversos grados de su capacidad personal, tanto en la recolección del material probatorio como en su selección y evaluación, evidencia de forma bastante clara los riesgos siempre presentes de un conflicto entre el valor del formalismo y el de la justicia en la solución del caso traído a consideración. Además, la cuestión se vuelve precisamente problemática en el pasaje de lo abstracto a lo concreto, cuando se pueden crear situaciones-límite, no previstas expresamente en la ley, capaces de romper con el sentimiento de justicia.

Es claro, sin embargo, que la situación habrá de estar dentro del propio sistema, pues en esa materia, como fue visto anteriormente, se muestra inconveniente la atribución de amplia libertad al órgano judicial. En el dominio del derecho procesal, por cierto, se revela particularmente importante el papel del sistema, en cuanto capaz de traducir y realizar la adecuación valorativa y la unidad del orden jurídico.<sup>37</sup> Un entendimiento contrario desviaría la cuestión del plano metodológico para situarla, de forma indeseada, en el dominio de la simple ideología, terreno en que las circunstancias concretas pasan a tener un significado excesivo, todo dependiendo del contexto general en que se insertan, conforme la subjetiva valoración atribuida al *statu quo*.<sup>38</sup> El capricho personal,

36 Sobre ese aspecto de la subjetividad de la actividad del órgano judicial, véase Mônica Sette Lopes, *A equidade*, op. cit., p. 207 y nota 492, recurriendo a la obra de Théodore Ivainier, *L'Interprétation des faits en droit (Essai de mise en perspective cybernétique des 'lumières du magistrat')*, con prefacio de Jean Carbonnier, Paris, LGDJ, 1988, merecedora de profunda meditación por los nuevos ángulos ofrecidos al tema de la interpretación judicial de los hechos.

37 Cf. la concepción de Claus-Wilhelm Canaris, *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, introdução e trad. A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Gulbenkian, 1989, § 1º, II, 2, p. 23.

38 Este aspecto de la cuestión es resaltado con argucia por Norberto Bobbio, *El problema del positivismo jurídico*, trad. Ernesto Garzón Valdés, revisão técnica Genaro R. Carrió, Buenos Aires, Eudeba, 1965, pp. 27-31. Además, según el notable jusfilósofo, generalmente es

insístase, no solo podría poner en riesgo la realización del derecho material (piénsese en la hipótesis en que el juez impida, a su voluntad, la realización de ciertas pruebas), sino también hacer periclitar la igualdad de las partes en el proceso, sin hablar de la afrenta a garantías fundamentales del ciudadano frente al arbitrio estatal. En ese aspecto influye también la excesiva valorización del rito, con apartamiento completo o parcial de la sustancia, conduciendo a la ruptura con el sentimiento de justicia.

Sin embargo, ese mismo sentimiento de justicia —atributo del verdadero juez— puede servir para eliminar la distancia entre la abstracción de la norma y lo concreto del caso traído a juicio.<sup>39</sup> El sentimiento de lo justo concreto conduce al problema de la equidad con función interpretativa-individualizadora. Esa función de la equidad constituye recurso normal puesto a disposición del operador jurídico en el proceso de aplicación de las normas, con vista a la ponderación de las particularidades del caso.<sup>40</sup> Tal entendimiento proviene de la actividad connatural al acto de juzgar, expresa en la comprensión *equitativa* de la regla de ley, y más ampliamente del derecho a aplicar en el momento de la decisión. Parece adecuada la imagen de que en esa aplicación de la regla legal, del derecho *tout court*, el sistema funcione como una *lengua*, esto es, como un sistema de reglas de uso de las palabras del *lenguaje* jurídico en el cual se nombran los hechos a ser apreciados y juzgados. Y eso porque los significados expresos en la lengua jurídica, empleada en la aplicación

---

considerado formalista quien está contra el cambio; si el cambio es progresivo, el formalista es conservador, si es en el sentido de la reacción o de la restauración, el formalista es progresista.

39 Calamandrei acostumbraba recordar que la propia palabra *sentenza* viene de *sentire*, par de la palabra *sentimento*, y llamaba la atención constituir la justicia "creación que nace de una conciencia viva, sensible, vigilante, humana. Es exactamente ese calor vital, ese sentido de continua conquista, de vigilante responsabilidad que es necesario apreciar y desarrollar en el juez" (*apud* Cappelletti, "Ideologie nel processo civile". En: *Processo e ideologie*, Bologna, Il Mulino, 1969 p. 3, nota 1).

40 Ese entendimiento es pacífico en la doctrina brasileña. En este sentido, pueden ser mencionados, e. g., Mônica Sette Lopes, *A equidade*, cit., p. 75 e segs.; Maria Helena Diniz, *As lacunas no direito*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1989, pp. 258-267; Wilson de Souza Campos Batalha, *Lei de Introdução ao Código Civil*, vol. I, cit., n. 57, p. 384; Celso Agrícola Barbi, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. I, cit., p. 318. En el plano filosófico, la cuestión se remonta a Aristóteles, *Ética Nicomáquea*, trad. esp. J. Pallí Bonet, Madrid, Gredos, 1985, V, 10, 1137b, p. 263.

operativa del derecho, son tan ambiguos y opinables como las reglas de uso de la lengua jurídica dictada por las normas.<sup>41</sup>

En esa perspectiva, el juicio de legalidad constata las características esenciales y comunes, mientras que el juicio de equidad se ocupa de la comprensión de las características accidentales y particulares de la hipótesis individual verificada, pero siempre teniendo en cuenta el sistema en que se inserta. Así, legalidad y equidad se presentan como dos aspectos distintos pero lógicamente indisociables del lenguaje jurídico y del significado de los signos en él empleados, de manera que conviven en una relación necesaria e inapartable, no existiendo el uno sin el otro. En el fondo, por tanto, se verifica una falsa contraposición entre formalismo excesivo e informalismo arbitrario, ya que todos los juicios son o deben ser más o menos equitativos, o inicuos, según su grado de comprensión de las connotaciones específicas y diferenciadas de la hipótesis puesta a la apreciación del juez.<sup>42</sup>

Dentro de tal concepción, la equidad asoma como la justicia del caso concreto, como mediación, que no se puede omitir, entre el carácter abstracto del sistema y las exigencias de las hipótesis singulares y concretas. Se trasciende a la justicia abstracta y genérica de la ley para alcanzarse la justicia concreta e individualizada del caso; se sale por fin de la legalidad para ingresar en el derecho.

Por otro lado, en derecho procesal, más aun que en otras ramas del derecho, en cuanto trabajo de adaptación de lo general a lo concreto, la equidad se relaciona, íntimamente, con los fines de la norma y de la propia finalidad del proceso y de la tarea afecta a la jurisdicción. Aunque el principio más alto sea el de la justicia, por medio de una igualdad de todos ante la ley, no se puede olvidar el carácter esencialmente finalístico del derecho procesal. Finalismo no vuelto para sí mismo, pues no existe un formalismo en sí, sino direccionado para los fines últimos de la jurisdicción.

---

41 Cf. Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón*, op. cit., p. 56. También la correlación entre la lengua y el lenguaje interno del sistema se muestra esencial para la teoría hermenéutica preconizada por Tércio Sampaio Ferraz Júnior, *Introdução ao estudo do direito — técnica, decisão, dominação*, São Paulo, Atlas: 1989, pp. 231-281, asentada en el tenor de la traducción.

42 Cf. Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón*, op. cit., pp. 162-163.

A este respecto, no se puede dejar de resaltar que el fin del derecho es servir a la finalidad pragmática que le es propia. Procesalmente, se dirige a alcanzar un proceso ecuánime, peculiar del Estado Democrático de Derecho, que sirva a la idea de un equilibrio ideal entre las partes y al fin material del proceso: la realización de la justicia material.

Además, las formas procesales imperativas no deben ser consideradas “formas eficaciales” (*Wirkform*), pero “formas finalísticas” (*Zweckform*), subordinadas de modo instrumental a las finalidades procesales, a impedir así el entorpecimiento del rigor formal procesal, materialmente determinado, por un formalismo de forma sin contenido. A ese ángulo visual, las prescripciones formales deben ser siempre apreciadas conforme a su finalidad y sentido razonable, evitándose toda exageración de las exigencias de forma. Si la finalidad de la prescripción fue alcanzada en su esencia, sin perjuicio a intereses dignos de protección de la contraparte, el defecto de forma no debe perjudicar a la parte. La forma no puede, así, ser colocada “más allá de la materia”, por no poseer valor propio, debiendo, por razones de equidad, vencer a la forma. La no observancia de formas vacías no implica perjuicio, pues la ley no reclama una finalidad hueca y vacía. En la medida que el punto de vista de la equidad concede espacio a la discreción judicial, inclusive tratándose de prescripciones formales de naturaleza imperativa, proporciona el instrumento para la superación de la hasta entonces amenazadora inflexibilidad de la forma, normalmente porque la equidad —según Radbruch— representa la justicia del caso concreto. Una actitud libre también toma la visión de la equidad contra la letra de la determinación formal. Ella rechaza toda obediencia ciega al Código. Por no ser reconocidos principios especiales restrictivos en la hermenéutica de las normas formales, la interpretación no debe ser “mezquina”, sino lo más “generosa” y libre posible.<sup>43</sup>

Dentro de esa línea de orientación, decidió el Tribunal Constitucional español que

43 Max Vollkommer, *Formenstrenge und prozessuale Billigkeit*, München, Beck, 1973, pp. 10-12, 24-25, 26-27, 30, 32-39, *passim*.

[...] las normas que contienen los requisitos formales deben ser aplicadas teniéndose siempre presente el fin pretendido al establecerse dichos requisitos, evitando cualquier exceso formalista que los convertiría en meros obstáculos procesales y fuente de incerteza e imprevisibilidad para la suerte de las pretensiones en juego.<sup>44</sup>

Ciertamente, siempre se verifica una contraposición entre lo ideal y lo realizable, y aquí, como en la política y en otros campos de actuación de lo humano, debe prevalecer el lema de que los fines no justifican los medios: el derecho material no debe ser realizado a costa de los principios y garantías fundamentales del ciudadano. El informalismo solo puede ocurrir si es atendida la finalidad jurídica primacial del proceso de realización del derecho material, en tiempo adecuado, y preservadas las garantías y derechos fundamentales de las partes. Y eso porque tal preservación sirve al fin mayor de la justicia materia de la decisión, pues es muy posible, por ejemplo, que el contradictorio venga a demostrar que la mejor solución no sería aquella imaginada por el órgano judicial.

Se impone, por tanto, el vehemente rechazo del formalismo hueco y vacío, que desconoce lo concreto y las finalidades mayores del proceso, descuidando la realización de la justicia material del caso.

Si la forma no es hueca ni vacía, lo que importa es el contenido, no el nombre del acto procesal. Un significativo avance en ese campo provino de la célebre decretal del Papa Alejandro III, de 1160, Libro II, título I, *de judiciis*, capítulo VI, al dispensar a las partes de expresar en el libelo el nombre de la acción, bastando la proposición clara del hecho motivador del derecho de accionar y de la cual se yergue un principio hoy fundamental:<sup>45</sup> en derecho procesal, el nombre atribuido

44 Sentencia 57, del 08.05.1984, en la línea de otros precedentes, como resalta Francisco Chamorro Bernal, *La Tutela*, op. cit., p. 315. Adelante, op. cit., p. 317, refiere que el mismo tribunal entendió que había exceso de formalismo en la no admisión de un recurso porque faltaban 360 pesetas en una cuantía de 327.846.

45 Mencionada por João Mendes de Almeida Júnior, *Direito Judiciário Brasileiro*, 5.ª ed., adaptada por João Mendes Neto, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1960, p. 133. Hans Karl Briegleb, *Einleitung in die Theorie der summarischen Prozesse*, Leipzig, Tauchnitz, 1859, Nachdruck des Verlages Ferdinand Keip, Frankfurt a. M., 1969, § 7, p. 20, así la reproduce: “Nomen actionis in libello exprimere pars non cogitur; debet tamen factum ita clare proponere, ut ex eo jus agendi colligatur”.

por la parte al acto procesal, aunque esté equivocado, no habrá de tener ninguna influencia, pues importa solamente su contenido. De otro lado, su involucramiento exterior, la manera como se exterioriza, también perdió terreno para su tenor interno.<sup>46</sup>

Por su parte, tanto la organización del proceso como su ordenamiento y disciplina tampoco son destituidos de contenido. El orden por el orden no tiene significado. Así, si el juez preserva las garantías de las partes, no le es vedado adoptar un punto de vista más maleable, adaptando el rigor formal al caso, cuando sea necesario para vencer al formalismo, obstaculizador de la justicia en la hipótesis concreta. Desde esa visión finalista, bien resalta la mejor doctrina brasileña que el capítulo más importante y fundamental de un Código de Proceso moderno se encuentra en los preceptos relativizantes de las nulidades, integrándose las reglas referentes a las nulidades en el "sobrederecho" procesal, porque se sobreponen a las demás, por interés público eminente, condicionándoles, siempre que fuera posible, la imperatividad.<sup>47</sup>

Además, conviene advertir que rigor formal no significa interpretación "estricta" de la ley procesal.<sup>48</sup> No solo es admisible la interpretación sistemática y teleológica, como se impone; observado el cambio del sentido de la ley por la alteración de las ideas éticas fundamentales, el trabajo hermenéutico jamás debe olvidar las líneas maestras del sistema constitucional, sus garantías y principios, normas violatorias primaciales para la concretización de conceptos jurídicos indeterminados,

46 Como subraya Arwerd Blomeyer, *Zivilprozessrecht—Erkenntnisverfahren* (Berlín, Springer: 1963), § 30, IV, p. 139, nota 2, recurriendo a la jurisprudencia alemana, cuando la ley exige determinadas declaraciones no es necesario, por tal motivo, el empleo de "palabras solemnes y determinadas".

47 Cf. Galeno Lacerda, "O Código e o formalismo processual". *Revista da Ajuris*, 28, 1983, pp. 7-14, esp. p. 11, y su inspirada adaptación analógica del concepto de Ernst Zitelmann para definir las normas de derecho internacional privado: derecho sobre derecho (*Recht über Recht*).

48 Véase al respecto, Eduardo J. Couture, "Interpretación de las leyes procesales". En: *Estudios de derecho procesal civil*, vol. III, 3.ª ed., Buenos Aires: Depalma, 1989, pp. 14-65, esp. pp. 48, 49-50, 51-52, 58-59, 62-63, 64, donde son destacados adecuadamente los principios procesales en la tarea hermenéutica.

nados, cumplimiento de lagunas e interpretación en general de la ley procesal.<sup>49</sup>

De todo lo que fue dicho y analizado se impone apartar el formalismo hueco y vacío, incapaz de servir normalmente a las finalidades esenciales del proceso —relativizada así cualquier invalidez de ahí proveniente— cuando atente contra los principios y valores imperantes en el ambiente procesal, como la efectividad, la seguridad, la buena fe y la lealtad del principio del proceso justo. Lo que importa, al fin y al cabo, es el formalismo-valorativo.

De tal suerte, el formalismo excesivo debe ser combatido con el empleo de la equidad en función interpretativa-individualizadora, tomándose siempre como medida las finalidades esenciales del instrumento procesal (proceso justo y ecuánime, del punto de vista procesal; justicia material, del punto de vista material) y los principios y valores que están en su base, siempre que sean respetados los derechos fundamentales de la parte y en ausencia de perjuicio.

Una interesante aplicación del principio de la finalidad esencial viene siendo implementada por los jueces de derecho de Porto Alegre, que generalmente, de oficio, convierten el procedimiento sumario en ordinario. Y la decisión proviene de una interpretación constructiva del artículo 244 del CPC, argumentándose que, frente a las dificultades de la estructura judicial, se alcanzará de modo más cabal la finalidad del proceso sumario —una más rápida y eficiente solución de la controversia judicial— con la adopción del rito ordinario. La solución, con ser

49 Así lo plantean Rosenberg-Schwab *Zivilprozessrecht*, 12. Aufl., München, Beck, 1977, § 7, II, pp. 30-31. Para ellos, la interpretación correcta debe ser procurada por el balance de los principios procesales y ético-jurídicos, como la igualdad de tratamiento de las partes, la claridad y seguridad del procedimiento, del rigor formal, de la equidad, de la tutela de la buena fe, de la economía procesal, y de una solución rápida y definitiva del proceso así como de la economía de costos y de trabajo. Ese balance presupone también la averiguación del interés de los participantes y de la sociedad. En esa tarea, las decisiones contrarias materialmente o lagunas valorativas de la ley deben ser resueltas constructivamente por medio de la interpretación. Para ello deben ser empleados, principalmente, la analogía, el argumento *a contrario* y la reducción teleológica. Si no fueran encontrados puntos de apoyo en la ley, decidirá por último la propia valoración libre del intérprete, con consideración de las ideas de justicia dominantes en la jurisprudencia y en la doctrina.

ingeniosa, parece estar dentro de los límites del sistema, más aun cuando aumenta las posibilidades de defensa del demandando y no implica ningún perjuicio a algún principio procesal fundamental. En suma, en el caso la efectividad sirve a la seguridad y relativiza la eventual nulidad proveniente de la alteración del procedimiento, aunque se argumente con un eventual interés público en la preservación del rito, del *Due Process of Law*, como un valor absoluto y abstracto. Como bien lo acentúa Galeno Lacerda, sin duda se trata de la presencia del interés público en la determinación del rito. Pero, encima de él, se yergue otro, también público, de mayor relevancia: el que el proceso sirva como instrumento a la justicia humana y concreta, que se convierte, en verdad, en su única y fundamental razón de ser.<sup>50</sup>

Otro ejemplo notable de ese trabajo de adaptación se estampa en el acuerdo unánime de la 4.<sup>a</sup> Turma del Superior Tribunal de Justicia,<sup>51</sup> en que, en vista de las circunstancias especiales del caso concreto, se apartó la caducidad de la acción rescisoria, porque la intempestividad del recurso extraordinario, admitido por fuerza de *agravo*, fuera declarado un decenio después, no habiéndose dado por unanimidad y basada en una interpretación discutible. El resumen de la decisión se muestra bastante expresiva:

Proceso Civil. Acción rescisoria. Recurso no admitido por intempestividad. Inicio del plazo de caducidad. Corrientes. Exégesis. Inclusive cuando se perfila la corriente según la cual el plazo de caducidad para el juzgamiento de la rescisoria se cuenta del tránsito en cosa juzgada de la decisión y no del acuerdo que no conoció, por intempestivo, del recurso, una vez que la interposición extemporánea de ese no elimina el tránsito ya consumado, circunstancias especiales del caso concreto pueden apartar el reconocimiento de la caducidad. La mejor interpretación de la ley es la que se preocupa con la solución justa, no pudiendo su aplicador olvidar que el rigorismo en la exégesis de los textos legales puede llevar a injusticias.

50 Galeno Lacerda, "O Código e o formalismo processual". Op. cit., p. 10.

51 REsp. 299-RJ, relator Min. Sálvio de Figueiredo, j. 28-8-1989, *RJSTJ*, 4, 1989, p. 1554-1562.

Por otro lado, constituye ejemplo emblemático de formalismo excesivo la extinción del proceso sin juzgamiento del mérito, después de realizada la prueba, en primero o segundo grado de jurisdicción, solamente por consideraciones de orden formal, con absoluta prevalencia del medio sobre el fin. En esa fase adelantada del proceso, ninguna razón justifica el reconocimiento de la inadecuación de la forma especial (por ejemplo: la inadecuación de acción regresiva por la vía de la denuncia de la lid, por no tratarse de una propia garantía, con introducción de fundamento nuevo o materia nueva). Si ya existen todos los elementos necesarios para el pronunciamiento de mérito, ¿para qué afrontar los principios de efectividad y de economía procesal y comenzar todo de nuevo en otro juicio, cuando ya es posible el pronunciamiento sobre el mérito, con realización de las finalidades esenciales del proceso? ¿Apenas porque la *forma* denuncia de la lid no es admitida, y sí la *forma* acción autónoma de regreso? Sin embargo, el propio Código da respuesta adecuada a la indagación. Conforme a lo dispuesto en la regla contenida en el artículo 250 del CPC, el error de forma del proceso acarrea únicamente la anulación de los actos que no puedan ser aprovechados, debiendo practicarse los que fueran necesarios, a fin de observarse, cuando sea posible, las prescripciones legales. Aun así, y el punto es asaz importante, en los términos del párrafo único del mismo dispositivo se dará el aprovechamiento de los actos practicados, siempre que no resulte en perjuicio a la defensa.

Esas consideraciones también son válidas para la hipótesis en que el actor, aunque disponiendo de título ejecutivo judicial, opte por proponer acción de conocimiento. Como bien resalta al respecto Humberto Theodoro Jr., suena falso, ante el proceso civil contemporáneo, defender la carencia de acción de cognición por parte del acreedor simplemente en razón de disponer de título ejecutivo extrajudicial que, de modo alguno, lo exime de disputas y cuestionamientos en lo que se relaciona con el negocio jurídico subyacente. El interés necesario al manejo de cualquier acción está en la necesidad que toca a la parte de recurrir al proceso jurisdiccional para evitar un daño jurídico. Es la existencia del litigio lo que representa esa posibilidad de daño. Como la previsión de ejecución forzada no impide la formación del litigio entre acreedor y deudor, continúan las partes

—tanto el acreedor como el deudor— con la posibilidad de que, antes o independientemente de la ejecución, recurrieran al proceso de conocimiento para obtener el definitivo *accertamento* de sus posiciones jurídicas en el orden material.<sup>52</sup> Cabe agregar a esas juiciosas observaciones que, habiendo eventualmente tramitado el proceso y alcanzado su finalidad esencial, su extinción sin juzgamiento de mérito, por falta de interés, implicaría en el fondo formalismo excesivo, hueco y vacío.

Por otro lado, el formalismo-valorativo, informado en ese paso por la lealtad y buena fe, que debe ser atributo de todos los sujetos del proceso, no solo de las partes,<sup>53</sup> impone, como se vio antes, la cooperación del órgano judicial con las partes y de estas con aquel. Ese aspecto es por demás relevante en el Estado Democrático de Derecho, que es tributario del buen uso por el juez de sus poderes, cada vez más incrementados por el fenómeno de la incerteza y complejidad de la sociedad actual y de la inflación legislativa, con aumento de las reglas de equidad y aplicación de los principios. Precisamente la lealtad en el empleo de esa libertad nueva atribuida al órgano judicial es la que puede justificar la confianza atribuida al juez en la aplicación del derecho justo.<sup>54</sup> Ahora, tanto la buena fe como la lealtad del órgano judicial serían flagrantemente irrespetadas sin un esfuerzo efectivo para salvar el instrumento de los vicios formales.

Del mismo modo, dentro de esa visión cooperativa, se impone al juez hacer suplir cualquier falla en la formación del instrumento que acompaña el recurso de *agravo*, cuando se trata de pieza no obligatoria, aunque necesaria para el juzgamiento.<sup>55</sup> El ideal, otrosí, sería que esa actividad

52 Humberto Theodoro Jr., "Tutela diferenciada: opção do credor entre a ação executiva e a ação ordinária de cobrança". En: *Studi di diritto processuale civile in onore di Giuseppe Tarzia*, Milano, Giuffrè, 2005, pp. 2527-2548.

53 Nótese que el artículo 14 del CPC, según la redacción de la Ley n. 10.358, del 27.12.2001, imputa el deber de proceder con lealtad y buena fe a "todos aquellos que de cualquiera forma participan del proceso".

54 Sobre esa nueva realidad, véase la tesis fundamental de Marie-Emma Boursier, *Le principe de loyauté em droit processuel*, op. cit., pp. 372-377, *passim*.

55 Merece aplausos la orientación actual del STJ, adoptada por la Corte Especial, en el juzgamiento del EREsp 433687-PR, relator para el acuerdo el Min. Fernando Gonçalves, j. en 5.5.2004, DJU del 04.04.2005, p. 157, decisión encabezada por este significativo resumen:

saneadora del juez se extendiese también a las piezas obligatorias, lo que sin embargo depende de una reforma legislativa.<sup>56</sup>

En homenaje al principio de la buena fe y la lealtad, el juez tampoco puede extender, más allá de lo razonable, los presupuestos de admisibilidad del recurso para facilitar su trabajo. Así, si la semejanza de los casos confrontados se refiere al núcleo del derecho, demostrando la necesidad de uniformización jurisprudencial (en los casos, por ejemplo, de recurso especial por discordia ante decisiones o de *embargos de divergencia*), es inadmisibile no conocer el recurso, porque se verifica disparidad en puntos fácticos irrelevantes.

La buena fe y la lealtad impiden, también, la creación de situaciones que impliquen verdadera artimaña procedimental, haciendo que el proceso sucumba ante exigencias meramente formales, distantes de la verdadera finalidad de la ley y establecidas por medio de ratiocinios elaborados para darle a la norma un sentido complemente distinto. La materia también está vinculada a la transparencia y claridad en la aplicación del derecho, aspectos ligados a la seguridad jurídica.

Véase, por ejemplo, la cuestión de la posibilidad de interposición del recurso vía facsímil, instituida por la Ley n. 9.800, del 26 de mayo de 1999. En un país de dimensiones continentales como Brasil, se procuró facilitar la vida de los ciudadanos, permitiéndose la transmisión del recurso con el empleo del sistema de transmisión de datos e imágenes, dentro del plazo del recurso, y mediante entrega de los originales en juicio "necesariamente hasta cinco días de la fecha de su término", esto es, de la fecha del término del plazo del recurso (Ley n. 9.800/1999, artículo 2).

"PROCESAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PIEZAS FACULTATIVAS. ESENCIALES AL JUZGAMIENTO. JUNTADA POSTERIOR. OPORTUNIDAD. POSIBILIDAD. 1.- La falta de piezas esenciales al juzgamiento, pero de colación facultativa, no previstas en el artículo 525, I del CPC, solamente obsta el conocimiento del agravo si, siendo oportuna su juntada, queda inerte la parte interesada. 2.- Embargos de divergencia conocidos y recibidos para determinar la intimación del agravante, a fin de juntar los documentos considerados indispensables".

56 El CPC portugués, en el aspecto adquirido después de las reformas de 1996 y 1997, al instituir la cooperación como principio basilar (artículo 266) no descuidó de determinar saludablemente en el artículo 742, 4 que "si faltare algún elemento que el tribunal superior considere necesario para el juzgamiento del recurso, lo requerirá por simple oficio".

Esa es la finalidad esencial de la innovación. El plazo para la *juntada*<sup>57</sup> de los originales solo será contado de la fecha de la recepción del material si el acto no estuviera sujeto a plazo, lo que evidentemente no abarca los recursos (Ley n. 9800/1999, parágrafo único del artículo 2). Invocando, sin embargo, el principio de la consumación, parte de la jurisprudencia del STJ invirtió totalmente el sentido de la ley y prácticamente revocó el mencionado artículo 2, para entender que, en todas las hipótesis, el plazo para la entrega de los originales deberá ser de hasta cinco días de la fecha de la recepción del material. Se ve, sin embargo, que la preclusión consumativa proviene de que el ejercicio de la facultad determinó que fuese alcanzada la finalidad del acto, lo que consumaría el interés en su práctica.<sup>58</sup> En la especie en comentario, no obstante, no se trata de practicar nuevamente el acto, sino de juntar el original de la copia antes enviada, hipótesis en que la propia ley cuidó de resguardar el efecto consumativo permitiendo la entrega de esa pieza cinco días después del término del plazo del recurso. El interés continúa existiendo porque no basta el envío de la copia, siendo imprescindible el envío del original, para que la finalidad del acto sea alcanzada. Además, la desagradable y a veces terrible sorpresa de ver el recurso no conocido por intempestividad, nada tiene que ver con la visión cooperativa del proceso, única capaz de conducir a una efectividad virtuosa y no simplemente perniciosa, preocupada esta solamente con la performance, con la estadística, mas no con los valores fundamentales del proceso. Sería importante una reflexión respecto del asunto, inclusive en pro de la necesaria legitimación del Poder Judicial ante la sociedad civil, de fundamental importancia en el Estado Democrático de Derecho.

También el principio de seguridad puede apartar el formalismo excesivo.

Es inaceptable, por tanto, no conocer del recurso porque el sello autenticador, del propio tribunal, es ilegible. Es evidente que la parte no

57 [N. del T.]: La expresión *juntada* es el acto de introducir la sentencia, ya firmada, a los autos del proceso. En realidad, todo documento que es anexado al proceso se dice que fue *juntado*.

58 Giuseppe Guarneri, *Preclusione (diritto processuale penale)*. En: *Novissimo Digesto Italiano*, XIII, Napoli, UTET, s/d, pp. 570-576, esp. p. 574.

puede pagar por el error de la secretaría del tribunal; principalmente, porque lo impide el principio de confianza legítima, corolario del principio de seguridad. A eso se añade el principio de cooperación, al que está obligado el órgano judicial. Conviene, por tanto, en tal hipótesis, al pretenderse apartar los riesgos de un proceso de carácter dualístico y privado, ya rebasado, determinar inclusive de oficio cualquiera sea la duda esclarecida por la parte interesada.

Si la parte, al ingresar con *agravo*, relacionó las piezas que forman el instrumento, entre ellas todas las obligatorias, sería inadmisibles que el recurso no fuese conocido por falta de una de estas, cuando el proceso llegó al relator. La parte no puede ser perjudicada por falla de la secretaría o del tribunal, y la confianza legítima en los actos de la administración, corolario del principio de seguridad, así como del principio de cooperación, impone que sea reabierto el plazo para la erradicación de la falla.

La aplicación del principio de confianza legítima también es de utilidad en los equívocos en las informaciones procesales prestadas por la red de computadoras operadas por el Poder Judicial, como ocurre en el Estado de Río Grande do Sul, porque estas pueden inducir en error al usuario y provocar la pérdida del plazo. En tal hipótesis, aplicándose el principio y lo dispuesto en el artículo 183, 2.ª parte, y respectivos parágrafos, es posible reconocer justa causa y relevar la falta.<sup>59</sup>

Ejemplo paradigmático, tanto de exceso de formalismo como de su corrección por las normas mayores del sistema brasileño, ocurrió en Río Grande do Sul. En determinada demanda promovida contra ese Estado, seis antiguas asistentes judiciales reclamaron el reconocimiento del derecho de opción por la carrera de defensor público, asegurado en el artículo 22 del Acto de Disposiciones Constitucionales Transitorias anexo a la Constitución de 1988. El ente estatal, al contestar la demanda,

59 Aplicando el principio de confianza en casos de esa especie, el TJRS, 6.ª Cámara Civil, AI 70005354196, 27.8.2003, v.u., rel. Des. C. A. Alvaro de Oliveira; STJ, 1ª T, REsp 390.561, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJU de 26.8.2002, p.175, RSTJ 162/116; 4ª. Turma, rel. Min. Barros Monteiro, REsp 49.456/DF, j. en 25.10.94, DJU de 19.12.94, p. 35.321; en contrario, entre otros, TJRS, 6.ª Cámara Civil, AC 70008133027, 9.6.2004, mayoría, redactor para el acuerdo, Des. Palmeiro da Fontoura.

reconoció la situación fáctica no contestada de las autoras, pero les negó el derecho, con el argumento de que la norma transitoria solo albergaría a los funcionarios concursados, no aquellos en desvío de función. En el juicio de apelación, el órgano fraccionario del Tribunal de Justicia acogió el pedido en relación a cuatro de las postulantes. Rechazó, sin embargo, el pedido de dos de ellas, bajo el fundamento de inexistencia de prueba de desempeño de las funciones de defensoría pública anteriormente a la instalación de la Asamblea Nacional Constituyente, considerando desprovista de eficacia la admisión de la contestación por tratarse de ente estatal, incidiendo lo dispuesto en el párrafo único del artículo 302 del Código de Proceso Civil. Se verificó, por tanto, un giro de ciento ochenta grados, por cuanto se volviera incontrovertido en los autos el propio soporte fáctico de la regla constitucional transitoria. La parte sorprendida aun intentó elucidar el juicio interponiendo embargos declaratorios, a los cuales anexó certificado pasado por el Estado, comprobando la circunstancia fáctica reclamada por la decisión. El recurso, sin embargo, no tuvo éxito, pues la Cámara juzgadora entendió que había pasado el momento propio para la presentación de documentos, no pudiéndose prestar efecto infringente a esa modalidad de inconformidad. El exacerbado conflicto entre justicia y formalismo encontró un ejemplar correctivo en una decisión del 2.º Grupo Civil del mismo Tribunal, por vía del remedio excepcional de la acción rescisoria.<sup>60</sup> Prevaleció la tesis de que fue infringido el principio del contradictorio, pues el órgano judicial no podría haber sorprendido a la parte, sin oírla previamente, en cuestión de hecho fundamental para la decisión.<sup>61</sup>

Si el nombre no importa, y sí el contenido, constituye señal indiscutible de formalismo excesivo dejar de recibir como secuestro el pedido de aprehensión y depósito de algún bien para prevenir daño, con vista a asegurar la futura ejecución de probable crédito. De la misma

60 Acción rescisoria n. 595132226, juzgada el 10.05.96, redactor designado, Des. José María Rosa Tesheiner, con sustancioso voto de vista del Des. Araken de Assis, *RF*, 338 (abril, mayo y junio), pp. 301-309, en que actuó como abogado de las actoras el autor de estas líneas.

61 Se trata, efectivamente, de un nuevo concepto, más ampliado, del principio del contradictorio, hoy adoptado en la doctrina y en la práctica judicial europea. Ver al respecto C. A. Alvaro de Oliveira, *O juiz e o princípio do contraditório*, cit.

impropiedad padece el rechazo del pedido de secuestro por no atender a las abstrusas exigencias del artículo 813 del CPC, al argumento de que se debería haber apoyado en el poder cautelar general del juez previsto en el artículo 798. ¡El nombre es lo que menos importa!

## 5. Conclusiones

En conclusión, se puede afirmar que el sistema brasileño dispone de medios suficientes para vencer al formalismo pernicioso y conducir el proceso a sus reales metas. Se muestra necesaria, tan solamente, una actitud más abierta, tal vez un cambio de mentalidad, para el enfrentamiento de problemas de ese orden.

Adviértase, sin embargo, que el juez no puede ser arbitrario y despreciar el formalismo virtuoso a su voluntad. Por eso mismo, la solución de la situación problemática, generada por la antinomia entre la justicia y el formalismo concreto, encuentra su camino y solución solamente dentro del discurso jurídico, proferido este con el lenguaje que le es propio. No se olvide que la comprensión hermenéutica de la realidad, inclusive la jurídica, solo es posible porque el sujeto cognoscente conoce de antemano el lenguaje en juego y el alcance de la instrumentación en ella empleada.<sup>62</sup> Y el discurso jurídico solo obliga hasta donde conduzca su fuerza de intrínseca persuasión, fuerza vinculante que ha de asentarse en el sistema jurídico (constitucional e infraconstitucional), en las valoraciones y principios de ella emanantes, y en la valoraciones sociales y culturales dominantes en el seno de la colectividad, en fin, en el derecho como totalidad, para que al final no todo redunde en puro arbitrio.<sup>63</sup> En ese difícil pero necesario equilibrio, en que ejerce papel fundamental el deber de motivación adecuada del acto judicial, habita la fuerza y la legitimación de la justicia ante la sociedad civil.

62 Gadamer, *Wahrheit und Methode*, 4.ª ed. (1975), p. 250 e ss., *apud* A. Menezes Cordeiro, *Introdução ao livro de Canaris, Pensamento sistemático*, cit., p. LIV.

63 Véase al respecto el excelente prefacio del traductor portugués J. Baptista Machado a la obra de Karl Engisch, *Introdução ao pensamento jurídico*, 2ª ed., Lisboa, Calouste-Gulbenkian, 1968, p. XXIII, nota 4., cuando trata sobre el descubrimiento del derecho *praeter legem* y *contra legem*, esp. p. LVII y LVIII.



# Asimetrías de poder, resistencias y derechos de las víctimas frente a los procesos de “Justicia y Paz”

*Gabriel Ignacio Gómez Sánchez\**

Sumario:

1. Introducción. 2. Perspectiva crítica sobre la justicia transicional. 3. Las asimetrías de poder. 4. Resistencia a la impunidad. 5. Conclusiones.

## **1. Introducción**

Los acuerdos de paz celebrados en Colombia en 2003 entre el gobierno de Álvaro Uribe Vélez y las fuerzas paramilitares, así como la posterior adopción de marcos jurídicos orientados a la desmovilización de tales grupos, desataron desde entonces un intenso debate político entre dos

---

\* Profesor asociado, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia. Investigador del grupo Derecho y Sociedad. [gomez.gabrielignacio@gmail.com](mailto:gomez.gabrielignacio@gmail.com). De este capítulo apareció una versión en la *Revista Estudios de Derecho* de la Universidad de Antioquia, 69 (153), de 2012, pp. 89-112.

posturas políticas claramente identificables. De un lado, los paramilitares desmovilizados, el gobierno, así como sectores políticos cercanos al proyecto del gobierno, hicieron énfasis en la necesidad de promover, en nombre de la paz y la reconciliación, unos mecanismos jurídicos orientados a la desmovilización de los grupos paramilitares. Del otro lado, las organizaciones transnacionales y nacionales de derechos humanos, así como grupos de víctimas y académicos, desde distintas perspectivas y matices políticos, mostraron la necesidad de incorporar límites éticos y jurídicos en la negociación política, así como de tomar en serio los reclamos de verdad, justicia y reparación. Esta confrontación de perspectivas, si bien no es extraña en los estudios sobre justicia transicional y procesos de paz, tiene que entenderse dentro de un contexto que hace del caso colombiano una experiencia bastante relevante para efectos de estudios comparados. En primer lugar, este proceso, a diferencia de otros casos que han sido estudiados en la literatura sobre justicia transicional, no puede ser entendido como una transición de la guerra hacia la paz. Tal como lo han sugerido varios analistas, se trata más bien de una experiencia de utilización de mecanismos conocidos como de "Justicia Transicional" para la desmovilización de un actor armado en medio de un complejo conflicto armado de larga duración, o de "Justicia Transicional" sin transición (Díaz, 2008; Uprimny y Saffon, 2006). Y en segundo lugar, la contradicción entre las perspectivas anteriormente descritas refleja una enorme asimetría de las partes en contienda. En tal sentido, también debe tenerse en cuenta que este proceso emergió en el contexto de un discurso hegemónico transnacional y nacional sobre seguridad y lucha contra el terrorismo. El gobierno colombiano promovió un marco jurídico que fue especialmente ideado para facilitar la desmovilización de los grupos paramilitares, en un momento en que libraba una ofensiva militar y jurídica orientada a desarrollar la guerra contra los grupos armados de izquierda.<sup>64</sup> Así, los reclamos de las organizaciones de víctimas y de derechos humanos por los derechos de verdad, justicia y reparación, no

64 Con ocasión del proceso de paz con las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC), el gobierno promovió unos mecanismos en los que, de un lado, el Estado renunciaba al ejercicio de la persecución penal (Ley 782 y Decreto 128 de 2002), y del otro, otorgaba una pena alternativa que no superaría los ocho años de prisión para los comandantes desmovilizados que confesaran discrecionalmente sus acciones (Ley 975 de 2005).

contaron con la visibilidad y el respaldo político que parecían tener las propuestas de seguridad y orden lideradas por el gobierno de Álvaro Uribe.

Casi una década después del inicio de dicho proceso, y seis años después de la expedición de la Ley 975 de 2005, conocida como "Ley de Justicia y Paz", los reportes de derechos humanos y las evaluaciones sobre la aplicación de la ley llaman la atención sobre el alto nivel de impunidad en Colombia, y coinciden en manifestar la preocupación por los precarios resultados de los procesos judiciales de "justicia y paz" en términos de la protección de los derechos de las víctimas de graves violaciones de derechos humanos.<sup>65</sup> Estos ejercicios de balance proporcionan elementos para sugerir un primer problema de reflexión que se relaciona con la capacidad de los mecanismos judiciales de "justicia y paz" para satisfacer los reclamos de verdad, justicia y reparación en medio de un conflicto armado y en un contexto político caracterizado por la hegemonía del discurso de seguridad y guerra contra el terrorismo. Un segundo aspecto, menos mencionado pero muy importante en el caso colombiano, está relacionado con los procesos de resistencia liderados por las organizaciones de derechos humanos y las altas cortes frente a un proyecto político de impunidad. Teniendo en cuenta estas consideraciones, surgen los siguientes interrogantes: i) ¿en qué medida las asimetrías de poder existentes en el contexto político, jurídico e institucional han incidido en los procesos judiciales de "justicia y paz"?; y ii) ¿qué acciones de resistencia han sido promovidas por las organizaciones y redes de derechos humanos? Con el fin de responder a estos interrogantes, se propone un análisis sociojurídico sobre las asimetrías de poder y las expresiones de resistencia frente a los procesos de "justicia y paz" en Colombia.

65 Véase, por ejemplo, Movimiento Víctimas de Crímenes de Estado, Movice; Fundación Comité de Solidaridad con los Presos Políticos, Cspj; y Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo, Cajar: *Sin Justicia y sin Paz. Verdad fragmentada, reparación ausente. Balance de la Aplicación de la "Ley de Justicia y Paz"*, Bogotá, 2009; igualmente véase Comisión Colombiana de Juristas, ccj: *Colombia: el espejismo de la justicia y la paz. Balance sobre la aplicación de la ley 975 de 2005*, Bogotá: ccj, 2007; así mismo, Comisión Colombiana de Juristas, CCJ, *Colombia: la metáfora del desmantelamiento de los grupos paramilitares. Segundo informe de balance sobre la aplicación de la ley 975 de 2005*. Bogotá: ccj, 2010; asimismo, véase Observatorio Internacional DDR Justicia y Paz, *Tercer Informe*. Bogotá: Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo, Centro Internacional de Toledo para la Paz, CITpax, 2010.

Aquí se presenta parte de los resultados de una investigación doctoral de mayor alcance sobre los actores, discursos y prácticas en contienda en el proceso de configuración y puesta en marcha de los mecanismos de justicia transicional en Colombia, así como sobre el rol que han desempeñado las redes de derechos humanos en tal contienda. La investigación da cuenta del análisis de material documental consistente en informes sobre el desarrollo de los procesos de “justicia y paz”, del análisis de entrevistas en profundidad realizado con más de cincuenta personas pertenecientes a más de diez organizaciones de derechos humanos y de víctimas, así como de varias organizaciones intergubernamentales, y diversos programas de cooperación internacional.<sup>66</sup> Estas entrevistas se realizaron entre agosto de 2009 y julio de 2010 en las ciudades de Bogotá y Medellín. El artículo se concentra entonces en las relaciones entre política y derecho en la puesta en marcha de los procesos judiciales de “justicia y paz”, y en consecuencia, en la manera como las asimetrías de poder existentes en el contexto sociopolítico inciden en tales procesos. Igualmente, el artículo identifica diferentes expresiones de resistencia políticas y jurídicas ejercidas por las redes de derechos humanos con el fin de promover la protección de los derechos de las víctimas de graves violaciones de derechos humanos. Para la presentación de los argumentos expuestos en el artículo, me apoyaré en perspectivas críticas de sociología del derecho que permiten entender el espacio de la justicia transicional como un escenario de contienda. Luego, daré cuenta de varias asimetrías y barreras que inciden en la protección de los derechos de las víctimas, para finalmente explicar las principales acciones desplegadas por las redes de derechos humanos orientadas a resistir la impunidad y proteger los derechos de las víctimas.

## 2. Perspectiva crítica sobre la Justicia Transicional

Para efectos de este artículo me baso en una perspectiva de sociología jurídica crítica, de la cual retomo dos herramientas conceptuales que pueden ser relevantes para el análisis del caso colombiano. En primer lugar, con base en la perspectiva de los campos sociales propuesta por

<sup>66</sup> Para proteger a las personas entrevistadas, se omiten sus nombres.

Pierre Bourdieu (1987: 1992), sostengo que la justicia transicional es un espacio de intersección entre la política y el derecho, en el cual se presenta una contienda entre múltiples actores sociales que cuentan con distintitos intereses, perspectivas y recursos. En segundo lugar, con base en perspectivas de derechos humanos y justicia transicional desde abajo, sugiero que la posibilidad de realización y construcción de contenidos y prácticas de derechos humanos no depende exclusivamente de las esferas institucionales, sino también de las prácticas de actores no estatales, como organizaciones no gubernamentales —en adelante ONG—, movimientos sociales y redes de derechos humanos. Estos actores han desplegado diferentes repertorios de acciones políticas y jurídicas, como lograr apoyo político de la comunidad internacional, incorporar el discurso de derechos de las víctimas en el espacio político y jurídico colombiano, y finalmente, promover acciones de litigio estratégico en escenarios judiciales.

### 2.1. La Justicia Transicional desde la perspectiva del campo social

El concepto de justicia transicional, o justicia en tiempos de transición, emerge a finales de la década de los ochenta y comienzos de los noventa, como consecuencia de los procesos de transición a la democracia que experimentaron algunos países del Cono Sur, del colapso del sistema socialista en la antigua Unión Soviética y Europa del Este, así como de los procesos de paz que se vivieron luego de las guerras civiles en Centroamérica (Elster, 2004; Minow, 1998; 2002; Teitel, 2000). Con base en tales experiencias, se observó que no se trataba exclusivamente de procesos de transición política hacia formas de democracia liberal, sino que además había reclamos sociales sobre rendición de cuentas por violaciones contra los derechos humanos cometidos en el pasado. Durante las últimas dos décadas, la justicia en tiempos de transición se ha consolidado como un área de estudio interdisciplinario orientado a examinar el conjunto de mecanismos judiciales, cuasijudiciales o sociales, orientados a resolver las necesidades políticas de convivencia y los reclamos de justicia por la comisión de violaciones de derechos humanos cometidos en el pasado por parte de regímenes dictatoriales o de actores armados. Sin embargo, más que los mecanismos y las

expresiones institucionales formales, me interesa indagar sobre los procesos y prácticas sociales asociadas a la configuración y puesta en escena de tales mecanismos. En tal sentido, me apoyo en la perspectiva de campos sociales sugerida por Pierre Bourdieu (1987) para sostener que la justicia transicional es un espacio de intersección entre dos campos sociales: la política y el derecho. Este espacio de intersección es, a su vez, un escenario de disputa en el que diferentes actores, con diferentes niveles de poder, intereses, discursos y recursos, luchan alrededor de la conceptualización, el diseño y aplicación de los mecanismos para resolver conflictos políticos y, a su vez, hacer frente a las demandas de justicia por la comisión de graves violaciones de derechos humanos (McEvoy y McGregor, 2008). Pero las implicaciones sociales de los procesos de transformación política van más allá de los simples diseños institucionales, pues las tensiones políticas y culturales continúan presentándose, tanto en espacios institucionales como en otros no institucionales.

En este espacio de conflictividad que representan los procesos de justicia transicional, emergen entonces múltiples tensiones, entre las cuales quiero resaltar especialmente dos contradicciones. En primer lugar, se puede observar una tensión entre las necesidades políticas percibidas en un determinado contexto, como pueden ser la búsqueda de la paz y la estabilidad política, y los valores normativos de justicia, expresados usualmente como la lucha contra la impunidad y el respeto por la verdad, la justicia y la reparación.<sup>67</sup> La segunda tensión se relaciona con las contradicciones entre los intereses de grupos poderosos y los intereses y perspectivas de sectores marginados socialmente. Por ejemplo, en los casos de las dictaduras militares, las élites políticas, cercanas a los regímenes militares, intentaron promover leyes de punto final con el fin de garantizar mayor estabilidad política, desatendiendo las voces de las víctimas, tal como ocurrió en Chile y en Argentina (Orozco, 2005: 175-224). La literatura contemporánea en justicia transicional y derechos

67 Por ejemplo, Ruti Teitel hace referencia a esta tensión como una contradicción entre "realistas" e "idealistas". Mientras los realistas consideran que el derecho es producto de una realidad política a la cual este debe adecuarse, los idealistas consideran que los valores de justicia, representados por el discurso de derechos humanos, deben inspirar el diseño de las nuevas reglas de juego político (Teitel: 2000).

humanos reconoce estas contradicciones a través de categorías como "justicia transicional desde arriba" y "justicia transicional desde abajo" (McEvoy y McGregor, 2008). Sin embargo, esta distinción está lejos de ser una división dicotómica, y se plantea más bien como un campo en medio del cual se presentan múltiples expresiones intermedias (Goodale y Merry, 2007).

## 2.2 Justicia Transicional desde abajo

La perspectiva "desde abajo" en materia de justicia transicional y de derechos humanos, sin desconocer necesariamente las contribuciones de perspectivas institucionales, intenta aportar nuevos elementos teóricos para comprender las condiciones de arraigo social de los mecanismos de justicia transicional, así como hacer visible las prácticas sociales que emergen en sectores sociales de base y que suelen ser invisibilizados por discursos formales e institucionales (McEvoy y McGregor, 2008). Esta perspectiva se concentra, de un lado, en la participación de actores no estatales en el diseño y aplicación de mecanismos de justicia transicional, y de otro, en prácticas no formales de resolución de conflictos en espacios locales. A pesar de que la literatura sobre justicia transicional "desde abajo" es relativamente exploratoria, defensores de esta aproximación, como Patricia Lundy y Mark McGovern (2008), y McEvoy (2008), convergen en tres aspectos fundamentales. En primer lugar, estos autores critican la forma restrictiva y unidimensional de entender la justicia, la democracia y el estado de derecho que sugiere la perspectiva "desde arriba". Tal aproximación en materia de justicia transicional y derechos humanos reproduce una concepción occidental y liberal sobre la democracia, los derechos humanos y el derecho, y suele maximizar la centralidad del derecho estatal (McEvoy, 2008; Lundy y McGovern, 2008). A esta restricción se agrega el dominio disciplinar sobre el tema. Por ejemplo, para McEvoy, el crecimiento del campo de la justicia transicional como área de estudio ha coincidido con la expansión de un lenguaje jurídico dominado especialmente por expertos en derecho internacional de los derechos humanos y derecho penal internacional. Sin embargo, el crecimiento de esta tendencia legalista ha reducido la posibilidad de tomar en cuenta otras perspectivas epistemológicas de

acuerdo con las cuales los tribunales y el castigo no son necesariamente la principal forma de lograr justicia en escenarios locales.

En segundo lugar, la perspectiva “desde abajo” intenta analizar el rol de los actores no estatales, como los movimientos sociales o sujetos subalternos, cuyas voces tienden a ser invisibilizadas por los discursos y prácticas institucionales (Rajagopal, 2005). Dependiendo entonces de quiénes son los sujetos que participan en los procesos de justicia transicional “desde abajo”, se podría distinguir entre un sentido restringido y un sentido más amplio. De acuerdo con un sentido más restringido, las prácticas “desde abajo” son experiencias fundamentalmente locales, informales y que permiten mayor grado de participación de grupos sociales de base. En tal sentido, el valor y riqueza de estas experiencias dependen entonces de su arraigo social, de su potencial creativo y del hecho de que van más allá de los mecanismos institucionales (McEvoy y McGregor, 2008). Sin embargo, diferentes experiencias examinadas muestran que las propuestas “desde abajo” pueden entenderse desde una perspectiva más amplia en el sentido de que también dan cuenta de la participación de actores institucionales y de lenguajes formales en los procesos emancipadores de grupos de base. Por ejemplo, el trabajo de Lorna McGregor sugiere que las instituciones y el lenguaje del derecho internacional de los derechos humanos, si bien han sido herramientas que han reproducido desigualdades y prácticas colonialistas y etnocéntricas, igualmente ofrecen la posibilidad de ser apropiadas por los grupos marginados, que pueden utilizarlos para la resistencia frente a prácticas opresivas (2008, 64).

En tercer lugar, las perspectivas “desde abajo” suponen la existencia de un proceso de resistencia y de búsqueda de alternativas frente a una situación de opresión y de exclusión. En este artículo, apoyándome en una concepción amplia de la perspectiva “desde abajo”, sostengo que ante una situación de hegemonía del discurso de seguridad, y ante la existencia de actores armados opuestos que continúan ejerciendo violencia contra la sociedad civil, las redes de derechos humanos son los principales actores que han resistido un proyecto de “reconciliación desde arriba” y de impunidad que se quiso imponer en Colombia por parte del gobierno colombiano durante la pasada década. Las redes de

derechos humanos son alianzas entre organizaciones transnacionales, nacionales, movimientos sociales, organismos intergubernamentales, y también gubernamentales, que comparten unos mismos valores y objetivos (Keck y Sikkink, 1998: 8). En el caso colombiano, si bien las redes de derechos humanos no son actores homogéneos y totalmente coherentes (Orozco, 2005: 348), sí han logrado definir unos consensos mínimos, así como unas complementariedades, en virtud de las cuales se han podido identificar objetivos comunes y desarrollar acciones políticas y jurídicas. Las redes de derechos humanos han promovido una visión alternativa en el contexto de un discurso hegemónico sobre seguridad, y han hecho frente a las asimetrías de poder en los procesos de diseño y aplicación de los mecanismos jurídicos que se crearon para promover la desmovilización de las fuerzas paramilitares y la protección de las víctimas. La fuerza de las redes de derechos humanos se derivó entonces del apoyo internacional y del peso moral del discurso de derechos humanos frente a lo que se observaba como un proyecto que maximizaba la impunidad en Colombia. Luego de exponer este marco teórico y con el fin de responder a los interrogantes formulados inicialmente, identifico, en primer lugar, varios niveles de asimetrías de poder que han condicionado el desarrollo de los procesos de justicia y paz; en segundo lugar, diferentes acciones desplegadas por las redes de derechos humanos para enfrentar tales asimetrías de poder, y finalmente, el espacio judicial de justicia y paz como un escenario de contienda.

### 3. Asimetrías de poder

En esta parte busco resolver el primer interrogante formulado en la introducción, en virtud del cual se indaga por la incidencia del entorno político, jurídico e institucional en los procesos de “justicia y paz”. Con base en múltiples aproximaciones empíricas y críticas sobre el derecho, ha sido posible mostrar que las fronteras entre derecho y política son bastante porosas (Bourdieu, 1987; Galanter, 2001; Kairys, 1998; Santos, 2009; Santos y Rodríguez, 2005; Uprimny y Saffon, 2006; Uprimny, Rodríguez y García, 2006). Pero tales fronteras se hacen aun más difusas en el contexto de un conflicto político, y específicamente en el desarrollo de los procesos judiciales de “justicia y paz”. Así, las lógicas de la

contienda política logran incidir en los procesos de creación jurídica, en el diseño institucional y finalmente en la puesta en marcha de los procesos judiciales. Desde esta perspectiva, la reflexión sobre las limitaciones en el ejercicio de los derechos de las víctimas no pueden restringirse a la dinámica interna de los procesos de "justicia y paz", sino que exigen una perspectiva más amplia que dé cuenta de las condiciones de distribución de poder en el contexto social y político, en la definición de las normas jurídicas y en el diseño y puesta en marcha de arreglos institucionales orientados al desarrollo de tales procesos. A continuación identifico entonces tres formas de asimetría de poder que inciden en los procesos de "justicia y paz": 1) asimetrías en el contexto social y político, 2) asimetrías en el tratamiento jurídico, y 3) asimetrías en los diseños institucionales.

### **3.1. Asimetrías en el contexto social y político**

A comienzos de la primera década de siglo, varias condiciones hicieron posible la emergencia de un discurso y unas prácticas orientadas a la promoción de la seguridad como objetivo prioritario del Estado colombiano. En primer lugar, la frustración colectiva generada por las negociaciones fallidas entre el gobierno de Andrés Pastrana (1998-2002) y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia —Farc— (Pecaut, 2006: 449 y ss.). En segundo lugar, el proceso de expansión paramilitar que se intensificó en la última década del siglo xx, en virtud del cual los grupos de autodefensa no solamente se expandieron militarmente sino que también lograron un alto nivel de penetración en las esferas públicas locales y regionales (Romero, 2003: 15-276; Valencia, 2007: 13-47). En tercer lugar, para 2002, en medio de la frustración colectiva en contra de las Farc y del ascenso político de los grupos paramilitares, fue elegido el candidato que más se opuso a las negociaciones con las Farc, quien promovió la idea de seguridad como el punto central de su campaña política.

La emergencia de un discurso hegemónico en materia de seguridad, liderada especialmente por el gobierno de Álvaro Uribe, trajo consigo la redefinición de los términos del conflicto, en la medida que para el gobierno no había conflicto político sino "amenaza terrorista". Así mismo,

promovió una nueva construcción política de enemigos y amigos, en virtud de la cual los enemigos dejaban de ser percibidos como contendores con los cuales se podía promover una negociación política, para adquirir la categoría de "terroristas" con los que era inadmisibles adelantar un proceso de paz. Por su parte las representaciones de los grupos paramilitares, que décadas atrás habían sido considerados los mayores desestabilizadores del país y los responsables de múltiples violaciones de derechos humanos, se transformaban de tal manera que para la primera década de este siglo comenzaban a ser considerados como adversarios con los cuales se podía intentar una negociación política. En este contexto, el conflicto político, lejos de estar resuelto, y a pesar de ser negado por el gobierno de Álvaro Uribe, persistía en el lenguaje político, en las representaciones sobre "amigos" y "enemigos", en las medidas institucionales adoptadas, en los debates (y silencios) públicos, en las prácticas sociales de la vida cotidiana y en el escenario micropolítico de los procesos judiciales.

En este escenario, el alto nivel de apoyo al gobierno de Álvaro Uribe por parte de la opinión pública y los medios de comunicación, así como cierto nivel de aceptación en algunos sectores sociales de los grupos paramilitares como un "mal necesario", contrastaban con el débil respaldo político de las organizaciones de derechos humanos en el contexto nacional y, aun más, con la invisibilidad y marginalidad de las víctimas de violaciones de derechos humanos. Ante esta situación, las negociaciones con las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC) y la posterior promoción de un marco jurídico para facilitar la desmovilización de tales grupos tuvieron las siguientes características: en primer lugar, se trató de un proceso complejo en el que se combinaron elementos del modelo de Desmovilización, Desarme y Reintegración (DDR) con elementos de justicia transicional. Sin embargo, tal como lo señalan Lisa Laplante y Kimberly Theidon (2006: 49-108), se trató de un proceso en el que, más que garantizar los derechos de verdad, justicia y reparación, se buscaba "legalizar la política" (108). En segundo lugar, el gobierno no solo contaba con una alta popularidad sino también con el control de las mayorías en el Congreso. Tal como habría de corroborarse años después, buena parte de los miembros del Congreso no solo tenían vínculos políticos con los grupos paramilitares, sino que habían realizado pactos

políticos orientados a capturar instituciones estatales (Corporación Nuevo Arco Iris, 2007; López, 2010). Finalmente, el gobierno y el Congreso de la República, debido a la presión internacional y a la creciente presión nacional, tuvieron que incorporar algunos elementos del discurso de verdad, justicia y reparación, pero con una evidente manipulación política, dando a entender que Colombia había entrado en una fase de transición y en la superación de la expresión paramilitar.<sup>68</sup>

La anterior observación nos muestra entonces las ambivalencias del discurso de justicia transicional en la medida que, además de hacer referencia a un área de estudio, también ofrece la posibilidad de construir un lenguaje que puede ser usado, ya para promover el reconocimiento de las víctimas desde una perspectiva democrática, o ya para buscar réditos políticos sugiriendo la existencia de una transición de la guerra a la paz (Uprimny y Saffón, 2009), o por lo menos de una transición “desde una democracia [sic] sin el monopolio de las armas hacia una democracia con el monopolio de las armas”, tal como lo expresaba el entonces director de la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación (Pizarro, 2009: 36).

Pero además de la apropiación de sentidos en un contexto de hegemonía del proyecto de seguridad, y a pesar de una retórica oficial que anunciaba el fin del paramilitarismo en Colombia, los grupos paramilitares desmovilizados, y los no desmovilizados, continuaron ejerciendo un control social y desarrollando prácticas violentas en algunas regiones del país (Comisión Colombiana de Juristas, 2010). Durante los últimos años ha surgido una nueva generación de grupos paramilitares, denominada por el gobierno como Bandas Criminales (Bacrim), que ha ido copando territorios, controlando rutas de narcotráfico y promoviendo procesos de captura estatal, especialmente en espacios locales. Ante la continuidad de las estructuras económicas y políticas del proyecto paramilitar en Colombia, y ante la reactivación de nuevos grupos paramilitares, las posibilidades del ejercicio pleno de los derechos de las víctimas termina cediendo paso a la intimidación y las prácticas del miedo. En algunas regiones, como Urabá y Córdoba, los grupos paramilitares han amenazado

68 Sobre la incorporación del lenguaje de verdad, justicia y reparación en los proyectos de ley promovidos por el gobierno nacional, véase Fundación Social (2006).

a los líderes de las organizaciones de víctimas que reclaman sus derechos así como la recuperación de sus tierras. Hasta noviembre de 2011, más de 70 líderes de organizaciones de víctimas que reclamaban sus derechos habían sido asesinados por fuerzas paramilitares, generando un terrible efecto de intimidación y desmovilización entre las organizaciones de víctimas del país (Noguera, 2011).

### 3.2. *Asimetrías en el tratamiento jurídico*

Una de las preguntas fundamentales en un proceso de diseño y aplicación de mecanismos de justicia transicional tiene que ver con quién y cómo se define la agenda y los contenidos normativos en un momento de cambio político. En el caso colombiano, debido al enorme capital político del gobierno, del Congreso y de los grupos paramilitares, hubo una notable influencia en el diseño de los instrumentos normativos. Los mecanismos que se promovieron desde el gobierno, más que obedecer a un gran acuerdo democrático que permitiera responder a los reclamos de verdad, justicia y reparación, obedecían a la necesidad percibida desde el gobierno de facilitar la desmovilización, usando figuras similares a las empleadas anteriormente en los procesos de desmovilización de grupos armados de izquierda. En principio se diseñaron dos mecanismos. En primer lugar, se buscó extender el campo de aplicación de normas existentes en materia de desmovilización y que habían sido usadas anteriormente para procesos de paz con grupos guerrilleros. Así, con base en la ley 782 y el decreto 128 de 2002, el gobierno logró que de los 33.000 paramilitares desmovilizados, a cerca de 29.000 no se les iniciara ninguna investigación penal (Movice, CSPP y Cajar, 2009; Comisión Colombiana de Juristas, 2007). Con base en este marco legal, el Estado renunció a investigar a los miembros de grupos paramilitares que no estuvieran vinculados a la comisión de crímenes de lesa humanidad. A estos desmovilizados no se les comprometió seriamente para que contribuyeran en el esclarecimiento de los hechos y la reparación de las víctimas.

En segundo lugar, con el fin de promover la desmovilización de los comandantes paramilitares, se buscó un marco jurídico especial, conocido como proyecto de “Alternatividad Penal”, que otorgaba penas

alternativas a aquellos desmovilizados involucrados en la comisión de graves violaciones de derechos humanos. Posteriormente, debido a la presión de la comunidad internacional y las ONG de derechos humanos, el gobierno incluyó, aunque de manera restrictiva, vagas referencias a los derechos de las víctimas. La ley 975 de 2005, también conocida como “Ley de Justicia y Paz”, previó un procedimiento breve para la desmovilización de miembros de grupos paramilitares involucrados en graves violaciones de derechos humanos. De acuerdo con varios litigantes en derechos humanos, a los desmovilizados les habría tomado aproximadamente seis meses finalizar el proceso judicial, lo que les hubiera permitido posteriormente legalizar sus propiedades y participar en política, tal como lo habían planeado.<sup>69</sup> Vale recordar que el mismo comisionado de paz, Luis Carlos Restrepo, había definido el proceso de paz, no como una negociación política sino como una negociación para “acceder a la política” (Restrepo, 2005: 216). Sin embargo, la decisión de la Corte Constitucional en 2006 cambió los planes de los comandantes paramilitares y de las élites políticas en el gobierno y el congreso. Como sostuvo un destacado defensor de derechos humanos, “la Corte Constitucional dañó la fiesta”.<sup>70</sup> La Corte, en la sentencia C-370 de 2006, cambió el contenido de la “Ley de Justicia y Paz” e introdujo modificaciones significativas en lo relacionado con los procedimientos. Igualmente, la Corte redujo los incentivos a los paramilitares y amplió el alcance de los derechos de las víctimas. Aun así, solo el 10% de los miembros de grupos paramilitares, es decir, un poco más de 3.000 paramilitares, decidió inicialmente someterse a los procesos de “justicia y paz”. Estos procesos implicaban que la Fiscalía debía contar con la capacidad para recibir la confesión de cada uno de esos postulados y responder a la expectativa de las víctimas de participar en los procesos de “justicia y paz” para conocer el paradero de sus familiares y esclarecer los motivos de los crímenes cometidos. En resumen, las reglas de juego

69 Entrevistas con miembros de la Comisión Colombiana de Juristas —CCJ— y del Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo —Cajar—. Bogotá, septiembre de 2009-febrero de 2010.

70 Entrevista con un abogado del Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo —Cajar—, Bogotá, noviembre de 2009.

promovidas por el gobierno y el Congreso se orientaron principalmente a la desmovilización de los grupos paramilitares y redujeron las posibilidades de esclarecimiento de la verdad, la justicia y la reparación, a través de un proceso judicial especial en el cual las víctimas no han contado con las herramientas, los recursos, el conocimiento y la representación para participar adecuadamente.

### 3.3. *Asimetrías de poder en el desarrollo de arreglos institucionales*

Un tercer aspecto a tener en cuenta se relaciona con el desarrollo de arreglos institucionales que vinieron luego de la desmovilización de los grupos paramilitares. El espacio institucional, tal como ha sido estudiado en ciencias sociales, es a la vez un espacio estructurado y estructurante.<sup>71</sup> Es estructurado en la medida que es el resultado de fuerzas políticas y económicas que definen su alcance y limitaciones; y es estructurante en la medida que condiciona el campo de acción de los agentes estatales, sean ellos fiscales, jueces o defensores públicos. De esta forma los arreglos institucionales relacionados con los procesos de “justicia y paz” no escapan a las limitaciones que implica la existencia de un conflicto político y la hegemonía de un discurso de seguridad. Para quienes promovían políticas de reconciliación, perdón y olvido “desde arriba”, no era una prioridad diseñar mecanismos institucionales y reforzar las capacidades para desarrollar los derechos de verdad, justicia y reparación. El diseño y desarrollo de los arreglos institucionales en materia de “justicia y paz”, a pesar de los esfuerzos individuales de algunos funcionarios en la Fiscalía General de la Nación o en la Defensoría del Pueblo, no se tradujo en capacidades económicas, administrativas ni técnicas suficientes para enfrentar el reto de desarrollar las investigaciones penales de crímenes de lesa humanidad cometidos por los grupos paramilitares en Colombia durante las últimas tres décadas.

71 En tal sentido las instituciones no solo están determinadas por estructuras económicas y políticas, sino que también son un espacio de interacción y lucha entre agentes y organizaciones en las que se normalizan formas de regulación y control social. Ver al respecto, Bourdieu y Wacquant, 2001. Véase también Smith, 2005.

En el caso de la Fiscalía General de la Nación, si bien se creó una estructura administrativa consistente en tres unidades permanentes de “justicia y paz” y once unidades satélites, tal estructura no ha sido suficiente para llevar a cabo las investigaciones penales. Las principales unidades de “justicia y paz” estaban localizadas en tres de las ciudades más importantes del país: Bogotá, Medellín y Barranquilla. Además, desde la perspectiva de acceso a la justicia, estos diseños dejan ver la existencia de barreras geográficas, económicas y culturales que impedían que las víctimas, especialmente campesinos y comunidades marginadas, viajaran desde lugares remotos en el país para acudir a las audiencias.<sup>72</sup> Las unidades de la Fiscalía estaban compuestas por 28 fiscales, quienes estaban a cargo de recibir las confesiones de más de 3.000 paramilitares que decidieron hacer parte de los procesos de justicia y paz. Cada una de las audiencias de confesión se ha tenido que desarrollar en múltiples sesiones, y ha estado expuesta a múltiples contingencias, como la disposición de colaboración de los postulados, las intimidaciones, o la extradición de los mismos. Adicionalmente al volumen de casos, los fiscales nombrados para “justicia y paz” al principio no contaban con la experiencia requerida en temas de justicia transicional, tal como lo sostenía una antigua funcionaria de la fiscalía: “ellos no tenían ni idea de justicia transicional, los fiscales venían de hacer investigación en otras unidades, como corrupción u otros temas”.<sup>73</sup> De hecho, abogados de derechos humanos y miembros de organismos intergubernamentales reconocen que “el tema era nuevo para todos”.<sup>74</sup> En cuanto a la representación legal de las víctimas, el gobierno no apoyó un programa comprensivo para representar los intereses de las víctimas en los procesos judiciales. A pesar de los esfuerzos de la Defensoría del Pueblo para responder a las solicitudes de las víctimas, esta institución no ha podido atender apropiadamente a tales demandas, puesto que el programa de defensoría pública fue diseñado para la representación de

72 Sobre el concepto de acceso a la justicia, véase Cappelletti y Garth, 1996. en el contexto latinoamericano, véase Méndez, 2002. Con respecto a las dificultades para el acceso de las víctimas a la justicia, véase Observatorio Internacional DDR Justicia y Paz, 2010.

73 Entrevista con una antigua fiscal. Bogotá, septiembre de 2009.

74 Entrevistas con diferentes miembros de ONG de derechos humanos, Bogotá, septiembre de 2009-febrero de 2010.

procesados. Sin embargo, con las nuevas exigencias, consistentes en ofrecer representación a las víctimas en los procesos de “justicia y paz”, el programa de defensoría pública debió asumir tales funciones con los mismos recursos y con el mismo personal.<sup>75</sup>

#### 4. Resistencia a la impunidad

En medio de un contexto político adverso al reconocimiento de los derechos de las víctimas, especialmente durante el gobierno de Álvaro Uribe Vélez, es posible observar diferentes formas de asimetrías de poder entre quienes promovían un proyecto de desmovilización y quienes buscaban la protección de los derechos de las víctimas. Sin embargo, las redes de derechos humanos han promovido distintos espacios y expresiones de resistencia frente a lo que Winifred Tate (2007: 215) ha denominado “la construcción política de la impunidad”. En esta parte doy cuenta del segundo interrogante formulado en la introducción y que hace referencia a las expresiones de resistencia frente a la construcción política de la impunidad, y para ello resalto especialmente tres formas de acción que las diferentes organizaciones de derechos humanos han desplegado con el fin de proteger los derechos de las víctimas: 1) la búsqueda de apoyo político de la comunidad internacional; 2) la incorporación del discurso de derechos de las víctimas; y 3) el ejercicio de litigio estratégico.

##### 4.1. Apoyo de la comunidad internacional

Las redes de activistas de derechos humanos, tal como lo han mostrado Margaret Keck y Kathryn Sikkink (1998), han contribuido significativamente en la transformación de la política internacional y en la lucha por la promoción de políticas públicas y regulaciones en materia de protección de derechos humanos. La acción de estas redes transnacionales tiene unos efectos transformadores, conocidos como efecto “bumerán” y de “cascada”, consistentes en que cuando los Estados no tienen en cuenta las voces de la sociedad civil, las ONG nacionales acuden ante organizaciones

75 Intervención de un funcionario de la Defensoría del Pueblo en un Seminario sobre Políticas Públicas para el Acceso de las Víctimas a la Justicia. Bogotá, noviembre de 2009.

transnacionales, para que estas a su vez incidan sobre otros Estados y organismos intergubernamentales. Esta movilización termina ejerciendo entonces presión sobre los Estados nacionales con el fin de producir cambios políticos y adopción de normas y políticas públicas en materia de protección de derechos. En el caso colombiano, la acción de las redes de derechos humanos no es una novedad, pues estas vienen trabajando activamente desde hace varias décadas. Sin embargo, durante la última década la movilización de las redes de derechos humanos se ha hecho más intensa, como consecuencia de las políticas desarrolladas por el gobierno de Álvaro Uribe Vélez. Las acciones promovidas por las redes de derechos humanos con respecto al caso colombiano han buscado, en primer lugar, denunciar ante la comunidad internacional las políticas promovidas por el gobierno colombiano, y en segundo lugar, llamar la atención a los países donantes sobre los riesgos de seguridad y de impunidad que implica apoyar esos procesos promovidos por el gobierno.

Durante la década pasada, la comunidad internacional jugó un papel muy significativo dentro del proceso Londres-Cartagena-Bogotá.<sup>76</sup> Desde la celebración de la conferencia de Londres en 2002, los países donantes han manifestado su preocupación por el conflicto político y la situación de derechos humanos en Colombia.<sup>77</sup> Posteriormente, en la cumbre de Cartagena celebrada en febrero de 2005, los miembros de la comunidad internacional y representada por el Grupo de los 24, o G-24, solicitaron al gobierno colombiano que respondiera a las preocupaciones formuladas por Michael Fruhling, representante de la Oficina de la Alta Comisionada de Derechos Humanos de Naciones Unidas, sobre el proyecto de "Alternatividad Penal". La participación de la comunidad

76 El proceso Londres-Cartagena-Bogotá, se inició con la conferencia de Londres de 2002, en la que países donantes y representantes del gobierno colombiano se reunieron para discutir posibles programas de cooperación para apoyar programas de interés del gobierno. A la conferencia asistieron representantes de la sociedad civil, quienes le manifestaron a la comunidad internacional la preocupación por el posible apoyo a programas de seguridad y de reinserción, sin tomar en cuenta la situación de derechos humanos en el país (Entrevistas con miembros de diferentes ONG de derechos humanos. Bogotá: agosto de 2009-abril de 2010).

77 Véase Declaración de Londres (2003), disponible en: <http://www.hchr.org.co/documento-seinformes/documentos/internacional/DeclaraciondeLondres.pdf>

internacional habría entonces de jugar un rol crucial, y a la vez sería un punto de inflexión en el rumbo que tomó el proyecto de ley de "Justicia y Paz", en la medida que el gobierno tuvo que incorporar, así fuera solo formalmente, los derechos de las víctimas en el proyecto de ley (Fundación Social, 2006: 142-143). En la siguiente cumbre, que tuvo lugar en Bogotá en noviembre de 2007, también se presentó un debate entre el gobierno colombiano y las ONG de derechos humanos.<sup>78</sup> Mientras que el gobierno solicitaba a la comunidad internacional que reconociera el mejoramiento de la situación de derechos humanos, las organizaciones de la sociedad civil, nacionales e internacionales, controvertían la posición del gobierno y denunciaban la asimetría de las víctimas comparadas con los privilegios otorgados a los desmovilizados. En medio de este contexto político, los miembros del G-24 han jugado el rol de mediador activo entre dos sectores, tratando de reconocer algunos de los objetivos del gobierno, y al mismo tiempo intentando crear mayor compromiso institucional sobre los derechos de las víctimas.<sup>79</sup>

Adicionalmente a los espacios de debate público sobre los derechos de las víctimas, la comunidad internacional y las organizaciones de derechos humanos han buscado incrementar la capacidad institucional de las agencias estatales que están a cargo de poner en marcha los derechos a la verdad, la justicia y la reparación. En esta perspectiva, algunos miembros de la comunidad internacional decidieron coordinar esfuerzos para fortalecer las capacidades institucionales y económicas de algunos programas relacionados con los planes de protección de los derechos de las víctimas. Este instrumento les permitiría a los donantes, esto es, los países que destinan recursos de cooperación internacional a Colombia, desarrollar programas con base en información más comprensiva, y evitar reproducir esfuerzos realizados por otras agencias. Desde 2005, diferentes agencias de cooperación vinculadas con los miembros del G-24, con el apoyo de PNUD, han contribuido con un fondo multidonante para el fortalecimiento institucional de varias entidades que tienen a cargo la protección de los derechos de las víctimas. Con estos programas de

78 Entrevista con integrantes del equipo de PNUD Colombia. Bogotá: febrero 2 de 2010.

79 Ídem.

cooperación se han apoyado programas específicos relacionados con la Defensoría del Pueblo, la Fiscalía General de la Nación, y acciones de algunas ONG.<sup>80</sup>

#### **4.2. Los activistas de derechos humanos como intermediarios**

Adicionalmente al rol de la comunidad internacional y de los esfuerzos de las agencias de cooperación internacional, las organizaciones transnacionales y nacionales de derechos humanos han cumplido un importante rol como intermediarias y promotoras de transformaciones políticas en el escenario nacional (Goodale y Merry, 2007; Merry, 2006: 38-51). Con ocasión de los debates sobre el proyecto de "Alternatividad Penal" y la reacción social y política que produjo el intento de diseñar un marco jurídico que desconocía la situación de las víctimas de violaciones de derechos humanos, se produjo un intenso debate público que tomó fuerza entre 2004 y 2005. Inicialmente, el rechazo de las organizaciones transnacionales y nacionales de derechos humanos al proyecto del gobierno, y luego la necesidad de promover una discusión informada sobre los estándares internacionales en materia de verdad, justicia y reparación, hizo que múltiples actores promovieran foros académicos, con expertos internacionales, y publicaciones sobre los temas de verdad, justicia y reparación, así como justicia transicional.<sup>81</sup> Las diferentes organizaciones de derechos humanos, así como sectores académicos, se convirtieron en intermediarios en medio de un proceso que funcionaba en múltiples vías. En primer lugar, las organizaciones de derechos humanos realizaron actividades de denuncia sobre la situación colombiana ante la comunidad nacional e internacional mediante mecanismos de acción urgente y reportes de derechos humanos. En segundo lugar, promovieron la incorporación en la esfera pública nacional del lenguaje de justicia transicional, incluyendo aspectos como los límites éticos y jurídicos en el contexto de negociaciones políticas, y el respeto por los estándares internacionales de derechos humanos.

80 Ídem.

81 Entrevistas con miembros de la Alianza de Organizaciones Sociales. Bogotá, octubre de 2009-abril de 2010.

La incorporación del discurso internacional de derechos humanos, bajo los términos de "verdad, justicia y reparación", se constituyó en un discurso muy poderoso que gozaba de legitimidad política y, sobre todo, de mucho respaldo internacional, frente al cual el gobierno colombiano no podía hacer caso omiso. Varias ONG de derechos humanos, especialmente organizaciones que hacían trabajo jurídico, iniciaron entonces un trabajo de información conceptual orientado no solo a incidir en los tomadores de decisiones en el Congreso y en el gobierno, sino también a promover capacitaciones y publicaciones cuyos destinatarios eran los operadores jurídicos, especialmente los fiscales, los jueces y los abogados de la Defensoría del Pueblo.<sup>82</sup> Así, por ejemplo, siguiendo las experiencias de los tribunales internacionales, varias organizaciones de derechos humanos han promovido entrenamiento en materia de derecho internacional de los derechos humanos y derecho internacional humanitario con el fin de generar mayor conocimiento sobre los estándares internacionales en materia de derechos de las víctimas. Igualmente, han promovido capacitaciones y actividades académicas relacionadas con crímenes de sistema, con el propósito de transformar las prácticas de investigación de la Fiscalía consistentes en investigación de casos individuales. En tal sentido se ha buscado que la Fiscalía transforme sus metodologías de investigación concentradas en hechos punibles específicos, para incorporar una lógica que dé cuenta de patrones comunes en el caso de crímenes masivos.<sup>83</sup>

#### **4.3. Litigio Estratégico**

Una tercera forma de acción se ubica dentro de un repertorio que ofrece el derecho y que podría definirse como un ejercicio de resistencia desde el derecho. Si bien el litigio estratégico tiene varias expresiones, entre las cuales se encontrarían la activación de mecanismos jurídicos nacionales e internacionales para la defensa de los derechos de las víctimas, en este apartado me concentraré en una forma de litigio estratégico que se basó en la representación de casos emblemáticos. El desarrollo de este tipo de acción no fue propiamente el resultado de un consenso, puesto que

82 Entrevista con miembro de ICTJ. Bogotá, febrero 23 de 2010.

83 Ídem.

una vez que la “ley de justicia y paz” fue expedida, las ONG de derechos humanos afrontaron un serio debate sobre la representación de las víctimas ante los jueces de “justicia y paz”. Las organizaciones más críticas consideraban que representar a las víctimas en dicho escenario significaba jugar el juego de impunidad propuesto por el gobierno.<sup>84</sup> De acuerdo con estas organizaciones, era necesario procurar que los paramilitares desmovilizados respondieran por sus crímenes en el escenario de la justicia ordinaria. Sin embargo, para otras ONG con amplia experiencia en representación jurídica, el nuevo marco normativo de la “ley de justicia y paz” exigía, en consecuencia, participar en tales procesos con el fin de acceder a la información expuesta en las confesiones y evaluar las posibilidades de luchar contra la impunidad desde tal escenario.<sup>85</sup>

Los litigantes de derechos humanos reconocen que las ONG no tienen la capacidad de representar a todas las víctimas; sin embargo, para ellos el principal objetivo, más que representar un elevado número de víctimas, consiste en transformar el proceso judicial, esclarecer la verdad y evitar que haya impunidad. De acuerdo con varios de los litigantes en derechos humanos, por medio de la representación de una sola víctima ha sido posible conocer la formación de los grupos paramilitares en unas regiones específicas, sus modos de proceder, así como sus relaciones con grupos políticos y económicos.<sup>86</sup> Los litigantes también han intentado transformar las relaciones asimétricas de poder dentro del proceso judicial, ejerciendo un rol más activo en las audiencias, lo cual implica la solicitud de práctica de pruebas, la formulación de preguntas a los desmovilizados y la presentación de recursos frente a las decisiones de los fiscales cuando los derechos de las víctimas han sido desconocidos. Por esta vía, los litigantes en derechos humanos han incorporado el discurso del derecho internacional de los derechos humanos con el fin de promover transformaciones en las decisiones de los funcionarios judiciales. Este tipo de acción ha sido bastante efectiva en la medida que ha hecho posible activar una serie de pronunciamientos de la Sala

84 Entrevista con activistas de derechos humanos. Bogotá septiembre de 2009-febrero de 2010.

85 Entrevista con diferentes miembros de la Comisión Colombiana de Juristas (CCJ) y de Cajar. Bogotá, septiembre de 2009-febrero de 2010.

86 Entrevista con un litigante en derechos humanos. Medellín, septiembre de 2010.

Penal de la Corte Suprema de Justicia, los cuales se han caracterizado, en términos generales y a pesar de las contradicciones de la misma sala penal de la Corte, por tomar en serio los derechos de las víctimas de violaciones de derechos humanos.

## 5. Conclusiones

En este trabajo se ha intentado responder a dos interrogantes: el primero se relaciona con la incidencia del entorno político, jurídico e institucional en los procesos de “justicia y paz”, y el segundo se relaciona con las expresiones de resistencia promovidas por las redes de derechos humanos. Una primera respuesta que emerge en el texto sugiere que el análisis de los procesos judiciales de “justicia y paz” no puede restringirse a la perspectiva interna del proceso judicial, sino que hace necesario tener en cuenta las condiciones políticas, jurídicas e institucionales en las que se han desarrollado tales procesos. A lo largo del texto se mostró que en medio de un discurso hegemónico en materia de seguridad, unos actores políticos con enorme capital económico y político, tales como los desmovilizados paramilitares, políticos, y el gobierno mismo, han aprovechado y reproducido las asimetrías y desbalances de poder entre los paramilitares desmovilizados y las víctimas de graves violaciones de derechos humanos. Estas asimetrías, además de mantenerse en el escenario político como consecuencia de la continuidad del conflicto, se reproducen en los diseños normativos así como en los arreglos institucionales que sirvieron como base para los procesos judiciales de “justicia y paz”. Esto se constata al observar el alcance restrictivo de los derechos de las víctimas en las regulaciones expedidas durante el gobierno de Álvaro Uribe, y las dificultades que han tenido instituciones como la Fiscalía General de la Nación y la Defensoría del Pueblo en el desarrollo de sus funciones dentro de los procesos de “justicia y paz”.

Con respecto al segundo interrogante, el artículo igualmente muestra que con el fin de resistir, al menos, algunos aspectos de la construcción política de la impunidad, las redes de derechos humanos han desplegado diferentes mecanismos de movilización política y jurídica. En primer lugar, se ha promovido la intensificación de redes con organizaciones

transnacionales, así como con otros Estados, con el fin de generar apoyo a las actividades de defensa de los derechos humanos y, más concretamente, a los derechos de las víctimas. En segundo lugar, las redes de derechos humanos también han jugado un rol consistente en incorporar un discurso de los derechos de las víctimas y del derecho internacional de los derechos humanos en el escenario político y jurídico colombiano. Además, las redes de derechos humanos han promovido acciones de litigio estratégico que han permitido representar a las víctimas en casos emblemáticos. Los litigantes en derechos humanos han desafiado las relaciones de poder asimétricas que los miembros de los grupos paramilitares intentaron reproducir dentro del espacio judicial. Se ha tratado de un proceso de resistencia a la legalización de la política mediante la judicialización de la política, en el cual los litigantes han confiado en el capital cultural y simbólico del discurso jurídico, en este caso el discurso del derecho internacional de los derechos humanos. Estas acciones se han constituido entonces en expresiones de “justicia transicional y derechos humanos desde abajo”, en la medida que han permitido, entre otras cosas, dar herramientas a las víctimas para reclamar sus derechos dentro de los procesos judiciales. Finalmente, en medio de un proceso tan complejo, quedan pendientes muchos aspectos que sobrepasaban las posibilidades de este artículo, tales como el espacio interno de los procesos de “justicia y paz” como escenarios de disputa, el rol de las altas cortes en la protección de los derechos de las víctimas, las perspectivas de los funcionarios judiciales, o las experiencias de las víctimas en todo este proceso, pero que se constituyen en elementos para la construcción de una agenda necesaria para futuras investigaciones y debates académicos sobre el caso colombiano.

## Bibliografía

- Bourdieu, Pierre. 1987. “The Force of Law: Toward a sociology of the juridical field”. *The Hastings Law Journal*, 1987, 38 (5), pp. 805-853.
- Bourdieu, Pierre y Loic Wacquant. (1992). *An Invitation to Reflexive Sociology*. Chicago: University of Chicago Press.
- . (2001). *La Fuerza del Derecho: hacia una sociología del campo jurídico*. Bogotá: Universidad de los Andes-Siglo del Hombre Editores.

- Cappelletti, Mauro y Bryant Garth. (1996). *El Acceso a la Justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Comisión Colombiana de Juristas. (2007). *Colombia: el espejismo de la justicia y la paz. Balance sobre la aplicación de la ley 975 de 2005*. Bogotá: CCJ.
- . (2010). *Colombia: la metáfora del desmantelamiento de los grupos paramilitares. Segundo informe de balance sobre la aplicación de la ley 975 de 2005*. Bogotá: CCJ.
- Corporación Nuevo Arco Iris. (2007). *Parapolítica, la ruta de la expansión paramilitar y los acuerdos políticos*. Bogotá: Intermedio Editores.
- Díaz, Catalina. (2008). “Challenging Impunity from Below: The Contested Ownership of Transitional Justice in Colombia”. En: *Transitional Justice from Below, Grassroots Activism and the Struggles for Change*. Oxford y Portland: Hart Publishing, pp. 177-214.
- Elster, Jon. (2004). *Closing the Books. Transitional Justice in Historical Perspective*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Fundación Social. (2006). *Trámite de la ley de Justicia y Paz*. Bogotá: Fundación Social.
- Galanter, Marc. (2001). “Por qué los ‘poseedores’ salen adelante: especulaciones sobre los límites del cambio jurídico”. En: García, Mauricio (ed.). *Sociología Jurídica. Teoría y sociología del derecho en Estados Unidos*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, pp. 69-102.
- Goodale, Mark y Sally Merry (eds). (2007). *The Practice of Human Rights, Tracking Law Between the Global and the Local*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Kairys, David (ed.). (1998). *The Politics of Law. A progressive critique*. New York: Basic Books.
- Keck, Margaret y Kathryn Sikkink. (1998). *Activists Beyond Borders: Transnational Advocacy Networks in International Politics*. Ithaca: Cornell University Press.
- Laplante, Lisa y Kimberly Theidon. (2006). “Transitional Justice in Times of Conflict: Colombia’s Ley de Justicia y Paz”. En: *Michigan Journal of International Law*. Ann Arbor. Vol.28, N.º 49. 2006-2007. Pp. 49-108.
- López, Claudia (ed.). (2010). *Y refundaron la patria... De cómo mafiosos y políticos reconfiguraron el Estado colombiano*. Bogotá: Corporación Nuevo Arco Iris, Congreso Visible, Dejusticia, Grupo Método, MOE.
- Lundy, Patricia y Kirsten McGovern. (2008). “The Role of Community in Participatory Transitional Justice”. En: McEvoy, Kieran y Lorna McGregor. *Transitional Justice from Below, Grassroots Activism and the Struggle for Change*. Oxford y Portland: Hart Publishing, pp. 99-121.
- McEvoy, Kieran y Lorna McGregor. (2008). *Transitional Justice from Below, Grassroots Activism and the Struggle for Change*. Oxford y Portland: Hart Publishing.

- McGregor, Lorna. (2008). "International Law as a 'Tiered Process': Transitional Justice at the Local, National and International Level". En: McEvoy, Kieran y Lorna McGregor. *Transitional Justice from Below, Grassroots Activism and the Struggle for Change*. Oxford y Portland: Hart Publishing, 2008, pp. 1-15.
- Méndez, Juan, Guillermo O'Donnell y, Paulo Sergio Pinheiro (compiladores). (2002). *La (in)eficacia de la ley y la exclusión en América Latina*. Buenos Aires-Barcelona-México: Paidós.
- Merry, Sally Engle. (2001). "Transnational Human Rights and Local Activism: Mapping in the Middle". *American Anthropologist*. Vol. 108. N.º 1. Pp. 38-51.
- Minow, Martha. (1998). *Between Vengeance and Forgiveness: Facing History after Genocide and Mass Violence*. Boston: Beacon Press.
- . (2002). *Breaking the Cycles of Hatred. Memory, Law and Repair*. Princeton and Oxford: Princeton University Press.
- Movice —Movimiento Víctimas de Crímenes de Estado—, CSPP —Comité de Solidaridad con Presos Políticos— y Cajar —Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo—. (2009). *Sin Justicia y sin Paz: Verdad fragmentada, reparación ausente*. Balance de la Aplicación de la "Ley de Justicia y Paz". Bogotá: Movice, CSPP y Cajar.
- Noguera, Gustavo. (2011). "Líderes desplazados asesinados por reclamar tierra y exigir los derechos de población desplazada". *Caja de Herramientas*. Semanario Virtual. Disponible en: <http://viva.org.co/cajavirtual/svc0251/articulo05.html>. [Consultado el 11 de noviembre de 2011].
- Observatorio Internacional DDR Justicia y Paz. (2010). Tercer Informe. Bogotá: Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, Agencia Española de Cooperación Internacional y de Cooperación, Centro Internacional de Toledo para la Paz CITpax.
- Orozco Abad, Iván. (2005). *Sobre los límites de la conciencia humanitaria. Dilemas de la paz y la justicia en América Latina*. Bogotá: Temis-Universidad de Los Andes.
- Pécaut, Daniel. (2006). *Crónicas de cuatro décadas de política colombiana*. Bogotá: Norma.
- Pizarro, Eduardo. (2009). "Reparar el bote en alta mar". En: *Ley de Justicia y Paz*. Bogotá: Grupo Editorial Norma y Semana.
- Rajagopal, Balakrishnan. (2005). "Limits of law in counter-hegemonic globalization: the Indian Supreme Court and the Narmada Valley Struggle". En: Santos, Boaventura y César Rodríguez-Garavito. (eds). *Law and Globalization from Below: Towards a Cosmopolitan Legality*. Cambridge: Cambridge University Press, pp. 183-217.
- Restrepo, Luis Carlos. (2005). *Justicia y Paz. De la negociación a la gracia*. Medellín: ITM.
- Romero, Mauricio. (2003). *Paramilitares y autodefensas, 1982-2003*. Bogotá: Iepri, Universidad Nacional de Colombia.
- Santos, Boaventura de Sousa. 2009. *Sociología Jurídica Crítica, Para un nuevo sentido común en el derecho*. Bogotá: ILSA.

- Santos, Boaventura y César Rodríguez-Garavito (eds). (2005). *Law and Globalization from Below: Towards a Cosmopolitan Legality*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Smith, Dorothy. (2005). *Institutional Ethnography. A Sociology for People*. Lanham, New York, Toronto, Oxford: Altamira Press.
- Tate, Winifred. (2007). *Counting the Dead. The Culture and Politics of Human Rights Activism in Colombia*. Berkeley-Los Angeles-London: University of California Press.
- Teitel, Ruti. (2000). *Transnational Justice*. Oxford: Oxford University Press.
- Uprimny, Rodrigo y María Paula Saffon. (2006). *¿Justicia Transicional sin transición?* Bogotá: Dejusticia.
- . (2009). "Usos y Abusos de la Justicia Transicional". En: Rangel, Alfredo (ed.) *Justicia y Paz. ¿Cuál es el precio que debemos pagar?* Bogotá: Intermedio, pp. 165-195.
- Uprimny, Rodrigo, Rodríguez, César, y García, Mauricio (2006). *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*. Bogotá: Norma.
- Valencia, León. (2007). "Los Caminos de la Alianza entre los paramilitares y los partidos políticos". En: *Parapolítica. La ruta de la expansión paramilitar y los acuerdos políticos*. Bogotá: Intermedio Editores y Corporación Nuevo Arco Iris, pp. 27-59.



# El principio de oralidad y sus consecuencias

**Por qué decimos oralidad cuando queremos decir inmediación**

*Iñaki Esparza Leibar\**

Sumario:

1. Líneas generales y relevancia del procedimiento.
2. Oralidad y sus principios consecuencia. 2.1. Principio de inmediación. 2.2. Principios de concentración y celeridad. 2.3. Principio de publicidad. 3. Oralidad y principio de preclusión.
4. Conclusión.

## **1. Líneas generales y relevancia del procedimiento**

El procedimiento, su configuración, es un instrumento esencial para lograr un proceso ágil (sin dilaciones indebidas) y eficaz (cuyas resoluciones sean adecuadamente cumplidas por todos y de forma inmediata); un proceso, en definitiva, que garantice la efectividad de la tutela jurisdiccional.<sup>87</sup>

---

\* Catedrático de Derecho Procesal en la Universidad del País Vasco/EHU.

87 Gómez, 2000; Esparza, 1996.

Partimos, por tanto, de la constatación de la influencia directa del procedimiento jurisdiccional en la efectividad del proceso, en la consecución del más amplio e irrenunciable fin de garantizar el debido proceso en un determinado ordenamiento. Por ello es importante analizar las novedades, de enorme calado, que al respecto introdujo en España la Ley de Enjuiciamiento Civil —LEC— de 2000.<sup>88</sup>

El ordenamiento español —como ocurre prácticamente en la totalidad de las sociedades desarrolladas— responde al sistema denominado de legalidad de las formas procesales. En el orden jurisdiccional civil, es el artículo 1 de la LEC el que exige el cumplimiento de determinadas formas, a las que deberán ajustarse tanto los solicitantes como los impartidores de justicia, y mediante las cuales se alcanzan unos aceptables niveles de certeza, de seguridad. La versión del mencionado artículo nos parece más perfecta que la de su antecedente, ya que se refiere expresamente a las partes y al órgano jurisdiccional como sujetos de la obligación de respetar las formas procesales. Al respecto, se pronuncia en los siguientes términos: “Principio de legalidad procesal. En los procesos civiles, los tribunales y quienes ante ellos acudan e intervengan deberán actuar con arreglo a lo dispuesto en esta Ley”. En otras palabras, nos encontramos ante un tipo de procedimiento caracterizado por darse exclusivamente dentro del ámbito de la jurisdicción, y precisamente por ello dotado de cierta relevancia con respecto al proceso, determinando en el mismo la presencia o no de algunas garantías básicas de los sujetos del proceso. No se trata entonces de un elemento neutro, sino que el propio procedimiento puede ser considerado como una garantía activa más del proceso.<sup>89</sup>

En la actualidad, la alternativa se presenta dentro ya del sistema de legalidad de las formas procesales, entre la oralidad y la escritura, ya que históricamente esta última ha prevalecido claramente en lo que al proceso civil se refiere, hasta el punto de acuñarse la máxima “*Quod non est in actis non est in mundo*”.<sup>90</sup> Traemos a colación en este punto las recomendaciones en torno a los principios de oralidad, intermediación y concentración, para

88 Oliva Santos, 2000.

89 Esparza, 1996: 1-5.

90 Lo que no existe en actas [expediente], no existe en el mundo

“agilizar en lo posible los trámites y garantizar en mayor medida la tutela efectiva”, contenidas en el *Libro Blanco de la Justicia*.<sup>91</sup>

Al hacer referencia a la alternativa transcrita, se hace preciso presentar ciertas matizaciones: el procedimiento será escrito u oral cuando los materiales fácticos y probatorios y la pretensión sean preponderantemente aportados, al amparo de una de estas formas, ante el órgano jurisdiccional sentenciador. Así, la oralidad o la escritura prevalecerán, pero ninguna de estas dos modalidades resultará práctica si se aplica de modo absoluto, rígido y excluyente. Podemos citar como ejemplo relevante y precoz en el derecho comparado europeo, la Ley Procesal Civil —ZPO— alemana, que desde 1877 acogió el principio de oralidad en su parágrafo 128.1.<sup>92</sup>

Otra precisión hace referencia a que una vez un sistema se ha decidido por una de las dos alternativas posibles, deberá acoger los principios lógicamente derivados de cada una de ellas, ya que de la efectiva existencia de todos ellos dependerá que un procedimiento sea realmente escrito u oral, debiendo atender al conjunto del procedimiento en lugar de a concretas y aisladas partes del mismo.

El legislador español finalmente diseña, en la LEC de 2000, un procedimiento inspirado y basado en los principios de oralidad, concentración e intermediación, que venía siendo larga e insistentemente reclamado por amplios sectores jurídicos. Un proceso que se pretende que sea más próximo a los ciudadanos; un proceso que le permitirá al juez reunir todos los elementos de alegación y prueba en condiciones más aceptables, y dictar la correspondiente resolución en un plazo más breve y en las condiciones intelectivas más favorables. Todo ello sin restringir nunca las posibilidades de defensa de las partes o, más en general, sin limitar las garantías procesales que les corresponden.

## 2. Oralidad y sus principios consecuencia

La preponderancia del principio de oralidad supondrá que, con carácter general, únicamente lo que se aporte al proceso de palabra —y por tanto

91 CGPJ, 1997.

92 Esparza, 2007: 49.

con intermediación—, podrá ser valorado por el juez y tenido en cuenta en la resolución final.<sup>93</sup>

Debemos comenzar señalando que, en el caso de España, desde la promulgación de la Constitución Española de 1978 —en lo sucesivo CE—, la oralidad goza de un tratamiento preferente como principio inspirador de todos los procedimientos. Así lo establece el texto constitucional en su artículo 120.2, y dentro de la citada preferencia se acentúa la misma respecto del procedimiento criminal. La expresión de aquella voluntad queda renovada y reafirmada en la Ley Orgánica del Poder Judicial —en lo sucesivo LOPJ— de 1985, que amplía la referencia, no limitándose únicamente a la oralidad sino incluyendo explícitamente —no podía ser de otra manera— la intermediación y la publicidad en sus artículos 229 y ss., con la pretensión de hacerlas extensivas a todos los procedimientos y a todos los órdenes jurisdiccionales.<sup>94</sup>

Los motivos de la preferencia por la oralidad posiblemente son variados, pero nosotros nos inclinamos a pensar que algo fundamental entre ellos es que un procedimiento en el que rija la oralidad —y naturalmente sus principios consecuencia—, es con notoria diferencia más apto para obtener la tutela efectiva, a la que anteriormente aludíamos, y a la que se refiere la propia CE en su artículo 24.1. El hecho de que existan en la actualidad y dentro del ordenamiento español procedimientos poco ajustados a estas directrices, obedece a diversas causas, y básicamente a la tradicional disfunción entre la norma y la realidad, a lo que hay que añadir que la efectiva aplicación de la oralidad supone no solo un mayor costo económico, sino también la ruptura con una práctica asentada y la

93 En relación con los principios procedimentales en general, véase Montero et al, 2011; Oliva Santos et al, 2012; Moreno y Cortés, 2010. En relación con la oralidad, véase Bernoza, 1998; Blanes, 1999; Cappelletti, 1972.

94 A fin de transmitir una imagen fiel de la realidad, no podemos dejar de mencionar que desde 1978, cuando se promulga la Constitución Española, su art. 120.2, y el artículo 229 de la LOPJ de 1985 han coexistido con procedimientos en los que prevalecía el principio de escritura. El punto de inflexión se produce seguramente con la entrada en vigor de la nueva LEC de 2000. Pero aún queda tarea pendiente, ya que todavía hoy dichos preceptos coexisten con relevantes procedimientos, como los seguidos ante el Tribunal Constitucional o los que corresponden al orden jurisdiccional contencioso-administrativo, en los que es preponderante la escritura.

consiguiente necesidad de capacitación para preparar a los operadores de manera que puedan actuar con desenvoltura y eficiencia en relación con la nueva metodología.

La oralidad en los procedimientos como alternativa a la escritura, realmente toma cuerpo a mediados del siglo XIX, principalmente en países del área germánica y en relación tanto con procedimientos penales como civiles. Las ventajas que aporta la oralidad son consideradas no solo desde lo metodológico, respecto a lo cual afirma Rosenberg que “la oralidad tiene la ventaja de la mayor claridad y energía, agilidad y naturalidad de la exposición”,<sup>95</sup> sino que se valora igualmente su trascendencia con respecto al proceso: esa garantía, a la que aludíamos al comienzo de esta parte, de un proceso eficaz, a partir de la mejor adaptación al caso particular; la eliminación de incorrectas interpretaciones; la mayor facilidad en el eventual complemento, la actualización y aclaración del material procesal, etc.

En la regulación positiva española, podemos considerar que son dos los procedimientos que responden al principio de oralidad: el establecido por la Ley de Enjuiciamiento Criminal —LECRIM— para el proceso penal, en particular la regulación del juicio oral, artículos 680 y ss. También es preciso mencionar el procedimiento laboral; así, en el artículo 74 de la Ley de Procedimiento Laboral se hace expresa referencia al principio de oralidad, y también a los principios consecuencia de intermediación y concentración, y el de carácter más novedoso, aunque lógicamente derivado de un procedimiento oral: el de celeridad. No es el caso de la LJCA, reguladora de la jurisdicción contencioso administrativa, que no opta por un procedimiento oral.

El objetivo de un procedimiento en el que la oralidad sea absoluta es, sin embargo, utópico. Tal y como adelantábamos, se habla de prevalencia y no de plenitud absoluta, pero la oralidad sí debe darse en las fases decisivas del procedimiento, en el juicio o vista, ya que solo a través de un debate oral, el órgano jurisdiccional puede hacer efectivo el mandato de la CE.

La LEC realiza una seria apuesta por el procedimiento oral, si bien hoy por hoy resulta poco acertado plantearse la vigencia absoluta de tal principio

95 Rosenberg, 1955: 349 y ss.

procedimental en el sentido antedicho. Debemos pensar más bien en una combinación entre la oralidad y la escritura, con prevalencia, eso sí, de la primera. En el apartado XII de la Exposición de Motivos de la LEC, en relación con los procedimientos, el legislador afirma que “La Ley diseña los procesos declarativos de modo que la inmediación, la publicidad y la oralidad hayan de ser efectivas”.

A la vista de la regulación procedimental de los procesos declarativos ordinarios, tanto en el caso del juicio o proceso ordinario —los términos “juicio” y “proceso” se siguen utilizando conscientemente en la LEC como sinónimos, como puede apreciarse en la Exposición de Motivos, apartado IV—, cuyo acto principal, el juicio (regulado en los arts. 431-433, LEC), comprende la práctica de la prueba admitida (también la incorporación eventual al proceso de hechos acaecidos o conocidos con posterioridad al momento específicamente establecido) y la formulación de conclusiones, todo ello de forma oral con efectiva presencia de las partes, y por tanto con inmediación. Igualmente, en el caso del juicio o proceso verbal, cuyo acto principal, la vista (regulada en los arts. 443-447.1), además de fijar las pretensiones de ambas partes, tiene análogo contenido al del juicio.

Podemos concluir que el principio procedimental general que ha inspirado al legislador español en relación con el orden jurisdiccional civil —culminando con la LEC de 2000 una tendencia de muchos años, materializada interlocutoriamente en una serie de reformas que parcialmente habían intentado incorporar la oralidad a la LEC de 1881, con escaso éxito, dado que se ofrecía la alternativa, oralidad/escritura para la realización de determinadas actuaciones procesales, lo que nunca llegó a constituir un incentivo suficiente a favor de la oralidad, y no se impuso, como ocurre ahora con la LEC, un único cauce— es el principio de oralidad, que, recordemos, goza de preferencia expresa por parte de la CE, que la considera como la mejor forma de asegurar la efectividad de la tutela, que debe ser garantizada por jueces y magistrados, y cuyas consecuencias procesales pasamos a exponer.

En cualquier caso, lo positivo de la reforma en este punto no debe ocultar que la materialización integral de la oralidad no se va a desplegar instantáneamente —el transcurso de los años lo ha acreditado así— y de

forma correcta, con la entrada en vigor de la Ley. El hábito de la escritura y sus consecuencias procedimentales están muy arraigados en todos los operadores jurídico-procesales, especialmente civiles, de manera que para que la reforma despliegue toda su potencialidad, y funcione correctamente, será precisa la concurrencia de la voluntad positiva de dichos operadores, junto con el establecimiento de las condiciones objetivas que permitan la interiorización y faciliten su materialización y, finalmente, el transcurso del tiempo suficiente y necesario para poder asimilar y desempeñarse con los nuevos instrumentos.

### 2.1. Principio de inmediación

Este importantísimo principio —que es finalmente lo que se pretende garantizar con el cambio de paradigma, lo que tiene consecuencias en la efectividad de la tutela jurisdiccional, siendo así que la oralidad es el instrumento para alcanzarla— significa que el proceso, al menos sus actuaciones decisivas —audiencias, juicios, vistas—, se desarrollarán ante el juez sin la interposición de elemento alguno. El objetivo es la mayor aproximación intelectual posible entre el órgano jurisdiccional y las alegaciones de las partes, por un lado, y la práctica de las pruebas, por el otro.

No es solamente la inmediación formal lo que se pretende garantizar, sino algo más, que es lógica consecuencia de ello: la —cuando menos— severa limitación en los cambios entre los miembros del tribunal; circunstancia que debemos entender como exigencia de la inmediación real, y también como garantía del justiciable. El artículo 194 de la LEC se pronuncia en términos taxativos al respecto.

Además de la producción de los materiales de hecho fundamentales para la resolución final del proceso directamente ante el juzgador, la inmediación también puede ser entendida como la utilización del medio de prueba más directo y adecuado, con exclusión de pruebas de segunda o tercera mano.

La LEC acoge, sin reservas en la medida de lo posible, el principio de

inmediación como la forma más correcta de abordar la relación entre el juez y las partes, especialmente en lo relativo a la práctica de la prueba. Así, el art. 137, titulado “Presencia judicial en declaraciones, pruebas y vistas”, mejorando sensiblemente lo establecido en el Anteproyecto, determina en su numeral 3 que “La infracción de lo dispuesto en los apartados anteriores —se refiere evidentemente a la intermediación— determinará la nulidad de pleno derecho de las correspondientes actuaciones”.

En la Exposición de Motivos de la LEC, y más concretamente en su apartado IX, vemos con claridad la importancia que el legislador quiere darle a la intermediación. Así,

Cabe destacar un singular énfasis en las disposiciones sobre la necesaria publicidad y presencia del Juez o de los Magistrados —no solo el Ponente, si se trata de órgano colegiado— en los actos de prueba, comparecencias y vistas. Esta insistencia en normas generales encontrará luego plena concreción en la regulación de los distintos procesos, pero, en todo caso, se sanciona con nulidad radical la infracción de lo dispuesto sobre presencia judicial o intermediación en sentido amplio.

Si la declaración de nulidad, en palabras de Manuela Carmena Castrillo, “ofrece una definitiva eficacia”, cabe pensar que el legislador ha pretendido garantizarla de forma absoluta e indubitada, al contemplarla de forma expresa.<sup>96</sup>

En idéntico sentido, pero circunscrito al ámbito de la prueba, el artículo 289.2 de la LEC establece que

será inexcusable la presencia judicial en el interrogatorio de las partes y de testigos, en el reconocimiento de lugares, objetos o personas, en la reproducción de palabras, sonidos, imágenes y, en su caso, cifras y datos, así como en las explicaciones, impugnaciones, rectificaciones o ampliaciones de los dictámenes periciales.

Lo que no impide —y resulta razonable cuando las circunstancias lo aconsejen— el empleo de soluciones que la tecnología pone a nuestra

96 Carmena, 1985: 267-270.

disposición, siempre que, garantizando los derechos fundamentales de las partes, proporcionen un escenario equivalente al que la intermediación supone.<sup>97</sup>

## 2.2. Principios de concentración y celeridad

Los principios de concentración y de unidad de acto que tradicionalmente han caracterizan al procedimiento penal, se extienden de la mano de la LEC al procedimiento civil, lo que constituirá —de materializarse en la forma prevista y deseada por el legislador— un cambio esencial con una directa incidencia, positiva, en la efectividad de la tutela jurisdiccional. Nuevamente, en el apartado IX de la Exposición de Motivos de la LEC, el legislador insiste en la importancia de la intermediación, conectándola con el principio de concentración:

Con tales normas, la presente Ley no exagera la importancia de la intermediación en el proceso civil ni aspira a una utopía, porque, además de la relevancia de la intermediación para el certero enjuiciamiento de toda clase de asuntos, la ordenación de los nuevos procesos civiles en esta Ley impone concentración de la práctica de la prueba y proximidad de dicha práctica al momento de dictar sentencia.<sup>98</sup>

Para hacerlo real y materializar el contenido de este principio, por lo que ello supone de celeridad y recto entendimiento de lo que la intermediación significa, no podemos dejar de tener en cuenta que la jurisprudencia (hasta ahora respecto del orden jurisdiccional penal) ha interpretado restrictivamente las posibilidades de suspensión del juicio, de lo que claramente deriva la importancia de este principio que comporta la oralidad

97 Es de la máxima relevancia mencionar que la LOPJ en su artículo 229.3 permite que declaraciones, interrogatorios, testimonios, careos..., e incluso vistas, puedan “realizarse a través de videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido y la interacción visual, auditiva y verbal entre dos personas o grupos de personas geográficamente distantes, asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes y la salvaguarda del derecho de defensa, cuando así lo acuerde el Juez o Tribunal” (Sarazá, 1985).

98 Artículo 290 de la LEC.

del procedimiento, y que a su vez es indispensable para la real existencia de la misma.<sup>99</sup>

Junto a la concentración y como manifestación de la misma, regiría el principio de unidad del debate (contrario a la preclusión y eventualidad del procedimiento escrito, a la que luego nos referiremos), que permite que las alegaciones y medios de prueba puedan ser propuestos con mayor flexibilidad a lo largo del procedimiento, lo que supondrá un redimensionamiento y actualización del debate, que a su vez garantiza una mayor eficiencia de la resolución.<sup>100</sup>

### 2.3. Principio de publicidad

Ante la alternativa existente entre publicidad y secreto, los procesos que hasta ahora se tramitaban a través de procedimientos orales, es decir, los procesos penal y laboral españoles, se decantaban (lo que se entiende en cuanto única alternativa coherente con la oralidad) por la publicidad, la cual, entendida en su correcta significación, publicidad para terceros —lo que debe incluir a los medios de comunicación, a los cuales se garantizará un estatus similar al de cualquier ciudadano interesado—, se incorpora por la ideología liberal como medio de control, relativamente efectivo, de la actividad jurisdiccional por parte de la ciudadanía y de la comunidad, cuyos conflictos debe resolver el Poder Judicial.

La publicidad es considerada como un principio básico del procedimiento y como una garantía esencial del proceso; por ello se encuentra recogida en los más relevantes textos jurídicos internacionales (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, en su artículo 14.1; Convenio Europeo para la Protección de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales de 1950, en su artículo 6), además de la propia CE en sus artículos. 24.2 y 120.1, en el caso español.<sup>101</sup>

99 En tal sentido, véase el artículo 188 de la LEC, que tasa los motivos de suspensión de las vistas. Véase también la STS del 30 de enero de 1992.

100 Véase artículo 433.1, 2.º, LEC.

101 En relación con el CEDH, véase Lasagabaster, 2009, comentario al artículo 6.º de Esparza Leibar y Etxebarria Guridi.

Hemos señalado ya que dentro del ordenamiento español, la publicidad goza igualmente de la más alta consideración, y así la encontramos como principio general informador de las actuaciones judiciales, en el artículo 120.1 de la CE; y por otra parte, con la consideración de Derecho Fundamental, y más específicamente como garantía procesal, encuadrada por algunos autores dentro del derecho de defensa, en el artículo 24.2 de la CE. En el artículo 232 de la LOPJ, que constituye la base común de todos los órdenes jurisdiccionales, se reproduce literalmente el mencionado precepto de la CE.

La razón última de la publicidad reside en la trascendencia “*ad extra*” de la actividad jurisdiccional (quizá especialmente en el caso del orden penal), que exige que dichas actuaciones no se lleven a cabo secretamente por la infinidad de connotaciones negativas que de ello se derivan, además de la imposibilidad de fiscalización social que comporta; lo que, dado que la actividad jurisdiccional es en definitiva una manifestación o derivación de la soberanía popular, sería insostenible en un Estado de Derecho.

Por ello, toda manifestación jurisdiccional en un Estado de Derecho, que es lo que denominamos proceso debido, insoslayablemente debe estar informada por el principio de publicidad, y deberá además producir una publicidad real.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional español se ha ocupado en varias ocasiones del derecho a un proceso público, delimitando su alcance, y lo ha hecho en el sentido de favorecer la publicidad y su aplicación real en los procedimientos, sin que las excepciones previstas puedan afectar a su vigencia; en este sentido es paradigmática la STC 96, del 10 de junio de 1987.<sup>102</sup>

Centrándonos en los diversos órdenes jurisdiccionales españoles, y como consecuencia de la ya mencionada incompatibilidad entre los principios de escritura y la publicidad real, podemos afirmar que hasta el año 2000 no se podía garantizar integralmente la publicidad respecto del orden jurisdiccional civil.

102 Véanse también los artículos 138 y 185.1, LEC.

A partir de la entrada en vigor de la LEC, también se alcanzará la publicidad real en el procedimiento civil, y ello como consecuencia de la implantación del principio de oralidad. Así, y con relación a las actuaciones judiciales en general, afirma el artículo 138.1: "Las actuaciones de prueba, las vistas y las comparecencias cuyo objeto sea oír a las partes antes de dictar una resolución se practicarán en audiencia pública". Las excepciones a la publicidad a las que se refiere el propio precepto en su número 2, motivos, y número 3, forma de adoptar la resolución, no constituyen sino una excepción puntual y justificada de la publicidad, que en modo alguno debe afectar a la vigencia sistemática del principio de publicidad.

En relación específicamente con la práctica de la prueba, dispone la Ley: "Las pruebas se practicarán contradictoriamente en vista pública, o con publicidad y documentación similares si no se llevasen a efecto en la sede del tribunal", art. 289.1.

### 3. Oralidad y principio de preclusión

El proceso —y con él el procedimiento que posibilita su tramitación— está dividido en diferentes fases, las cuales deben seguir un orden de sucesión lógico que haga posible alcanzar el fin del mismo. Es precisamente la existencia de estas unidades de tiempo computadas en plazos la que sugiere la necesidad del establecimiento de algún mecanismo que estimule la progresión del procedimiento e impida la anarquía o el estancamiento procedimental. En otras palabras, hacemos alusión al principio de preclusión, que "impone la carga de aprovechar libremente las oportunidades procesales en el término que tienen señalado para su producción" (STS del 16 de octubre de 1975). Así, la consecuencia de no realizar una actuación procesal concreta dentro del plazo establecido al efecto será la imposibilidad de su realización posterior. Cada acto concreto cuenta con un momento procesal oportuno dentro del procedimiento, y en caso de no llevarse a cabo a tiempo, las partes pierden —precluye para ellas— la posibilidad de realizarlo.

El art. 136 de la LEC se ocupa de esta cuestión afirmando expresa y categóricamente que "transcurrido el plazo o pasado el término señalado

para la realización de un acto procesal de parte se producirá la preclusión y se perderá la oportunidad de realizar el acto de que se trate".

La propia LEC se ha encargado de establecer con nitidez los momentos preclusivos para la realización de determinados actos: tal es el caso del art. 400, con respecto a la alegación de hechos y fundamentos jurídicos de lo que se pide, o el art. 401, en relación con la acumulación de acciones o la ampliación objetiva y subjetiva de la demanda.<sup>103</sup>

Si bien es cierto que el mecanismo de la preclusión debe existir en todos los procedimientos para garantizar una gestión adecuada de sus ritmos y tiempos, cabe señalar que su necesidad se acentúa con respecto al procedimiento escrito, respecto del que es el único medio para que el proceso avance ordenadamente. Además, su materialización en un proceso que se tramite por un cauce escrito, se caracterizará por una especial e inevitable rigidez, que ha conducido a la llamada acumulación eventual, táctica que distorsiona y dificulta, no poco, la gestión procesal. Ello significa que, como hemos mencionado anteriormente, estando el procedimiento dividido en varias fases (concebidas como compartimentos estancos), destinadas cada una de ellas a la realización de determinados actos concretos, aparece la necesidad de que las partes acumulen, cautelarmente, todos los medios de defensa de que disponen. De esta manera, por ejemplo, y teniendo en cuenta el proceso civil clásico, el demandado debería incluir en la contestación a la demanda todo lo alegable frente a la pretensión del actor, ya que, debido al desarrollo lineal e inexorable del procedimiento, podría no disponer de ulteriores ocasiones.

En los procedimientos orales, por contra, existiendo como hemos visto la preclusión, la propia dinámica procedimental, su desarrollo mediante actos celebrados con intermediación y concentración, que permiten una recapitulación y puesta al día del material procesal, la hace más flexible, haciendo que las diferentes fases no estén tan absolutamente separadas, y no obligando casi a la —en ocasiones absurda e ineficiente— acumulación.

<sup>103</sup> Véanse también los arts. 222.2. II de la LEC, en relación con la cosa juzgada material; 271.1, respecto de la preclusión en materia probatoria; 406.4, en materia de reconvenición; y 732, en lo que concierne a la preclusión de la posibilidad de proposición de medios de prueba, con la solicitud de adopción de medidas cautelares.

#### 4. Conclusión

A modo de conclusión general y desde nuestra particular perspectiva, creemos que en el caso de España la LEC presenta en su balance, en cuanto a modelo procedimental, más luces —hay indudables aciertos, así, y en la materia que nos ocupa, la oralidad, la intermediación, la aceleración, la simplificación, la inteligibilidad, etc.— que sombras. Evidentemente, se han planteado problemas a la hora de interpretar o incluso de aplicar algunos preceptos de la ley, lo cual, por otra parte, entra dentro de la normalidad. Consideramos por ello que los problemas reales que surgen en el ámbito de aplicación de preceptos concretos, son en su mayor parte de menor entidad, de ajuste, y por ello superables.

Desde un punto de vista más teórico y general, el de los principios, se hace un serio esfuerzo por adaptar la ley a las exigencias constitucionales, se desechan conscientemente tradicionales rémoras y lacras que ciertamente condicionaban nada menos que la efectividad de la tutela jurisdiccional, que es un derecho fundamental de cada ciudadano. Por lo que a la figura del juez respecta, la misma sale fortalecida en general y de forma particular en su terreno, es decir, como director o líder, y por ello también responsable del correcto desarrollo de la actividad jurisdiccional.

Desde un punto de vista práctico, de aplicación, entendemos que el salto propuesto debe estar ineludiblemente acompañado de recursos suficientes, medios personales (v. gr., capacitación de todos los operadores procesales —empezando por los jueces— en las nuevas formas de desarrollar su trabajo) y materiales (v. gr., habilitación en suficiente cantidad de salas de vistas, con sistemas de grabación de imágenes y sonido, y el consiguiente y exigible tratamiento de dichos datos), recursos idóneos y adecuados para garantizar el éxito de la nueva empresa, dado que de su ausencia (total o parcial) puede provenir, si no el fracaso, sí una delicada situación a la hora de hacer un balance de la aplicación de la LEC.

En nuestra opinión, la completa asimilación de la Ley por los operadores jurídicos implicados, la dotación de medios personales convenientemente capacitados, y materiales suficientes; y el correlativo funcionamiento

óptimo de la Ley, no se han terminado de verificar. Tampoco era esperable —ni siquiera en el mejor de los casos— que esto se produjera de forma inmediata, sino transcurridos varios años y en combinación con otras medidas que implican a la totalidad de los poderes públicos.

Aun reconociendo que desde el inicio se ha contado para esta empresa con el decidido y tenaz esfuerzo de todos los sujetos (personal jurisdiccional y no jurisdiccional) e instituciones (nacionales y autonómicas) implicados, transcurrido más de un decenio desde la entrada en vigor de la LEC podemos afirmar que habiéndose consolidado, eso sí, una tramitación del proceso civil basada en la oralidad y sus principios consecuencia —lo que constituye en sí mismo un gran avance—, no se han alcanzado los objetivos estratégicos derivados de reducir los atrasos y dilaciones indebidas, elevar el nivel de calidad de la tutela jurisdiccional y, correlativamente, aumentar el nivel de satisfacción de los ciudadanos con el funcionamiento de los tribunales.

Por otra parte, tampoco es lógico pensar que un cambio de paradigma en lo procedimental, sobre todo si este es sustancial, puede ser capaz por sí mismo (sin el concurso de otras disposiciones y modificaciones que incidan coordinadamente con él en otros aspectos de lo jurisdiccional —v. gr., la mejora del sistema de acceso a la carrera judicial y el adecuado dimensionamiento de sus efectivos—) de alcanzar los mencionados y ambiciosos objetivos que, por lo demás, son irrenunciables en un Estado de Derecho, que no tiene otra alternativa que garantizar el proceso debido.

#### Bibliografía

- Berzosa Francos, M. V. (1998). "Los principios inspiradores del futuro proceso civil". En: J. Picó I Junoy (coordinador). *Presente y futuro del Proceso Civil*. Barcelona: J. M. Bosch Editor, pp. 27-40.
- Blanes Rodríguez, E. (1999). *Notas críticas sobre la aplicación de los principios de oralidad, concentración e intermediación en el Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, organizadas por la Asociación de Jueces para la Democracia. Zaragoza: Edijus.
- Carmena Castrillo, M. (1985). "El incumplimiento del principio de intermediación real como causa de nulidad en el proceso civil". En *Jornadas sobre la Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, pp. 247-276.

- Cappelletti, M. (1972). *La oralidad y las pruebas en el proceso civil* (trad. De Sentís Melendo). Buenos Aires: Ejea.
- CGPJ —Consejo General del Poder Judicial—. (1997). *Libro Blanco de la Justicia*. Madrid: CGPJ.
- Esparza Leibar, I. (1996). *El presupuesto procesal del procedimiento adecuado*. Granada: Comares.
- . (2007). *La instancia de apelación civil. Estudio comparativo entre España y Alemania. Dos modelos para el S. XXI*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Gómez Colomer, J. L. (2000). "Principios y características esenciales del nuevo proceso civil (Ley 1/7 de enero de 2000, de Enjuiciamiento civil)". *Revista General de Derecho* 675, diciembre de 2000.
- Lasagabaster Herrarte, I. (2009). *Comentario sistemático al Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Cizur Menor (Navarra): Civitas.
- Montero Aroca, J., L. Gómez Colomer, A. Montón Redondo y S. Barona Vilar. (2011). *Derecho Jurisdiccional, I. Parte General*, 19ª edición, Valencia: Tirant lo Blanch.
- Moreno Catena, V. y V. Cortés Domínguez (2010). *Introducción al Derecho Procesal*, 4.ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Oliva Santos, A. de la. (2000). *Sobre la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil: criterios inspiradores e innovaciones principales*. *Revista Tribunales de Justicia* 2, febrero, pp. 127-141.
- Oliva Santos, A. de la., I. Diez Picazo y J. Vega torres. (2012). *Curso de Derecho Procesal Civil I, parte general*. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces.
- Rosenberg, L. 1955. *Tratado de derecho procesal civil*. Buenos Aires: Ejea.
- Sarazá Jimena, R. 1985. "Los principios del proceso civil en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil, con especial referencia a la primera instancia". En *Jornadas sobre el Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, coordinado por V. Cortés Domínguez. Madrid: Tecnos, pp. 95-106.



## ¿Libre valoración de la prueba pericial?

Andrea Planchadell Gargallo\*

Sumario:

1. Consideraciones generales. 2. Valoración de la prueba pericial.
3. Control de la valoración de la prueba pericial. 4. Conclusión.

### 1. Consideraciones generales

**S**i bien no es el objeto central de estas páginas, en las que abordaremos únicamente la valoración de la prueba pericial y su control, sí se hace una breve mención de los aspectos más importantes de la regulación de esta prueba en el Código Procesal Penal colombiano —CPP col.—, tomando como referencia en algún caso, cuando se considere conveniente, el derecho español; si bien las valoraciones finales pueden ser —con los matices obvios— predicables también del proceso civil.

\* Profesora Titular de Derecho Procesal, Departamento de Derecho Público, Facultad de Ciencias Jurídicas y Económicas de la Universidad Jaume I, España. Doctora en Derecho de la misma universidad.

El perito es una tercera persona, ajena al proceso, caracterizada por poseer un conocimiento específico sobre materias científicas, técnicas o artísticas, bien por razones profesionales, al desempeñar una profesión y oficio avalado por un título oficial, o bien por desarrollar una actividad para la que se precisa aquel; él es necesario para aportar al juez las máximas de la experiencia o los conocimientos de los que este carece y que le permitirán apreciar con rigor los hechos que esté investigando, si estamos en la fase de instrucción en un proceso penal, o que le permitirán dictar sentencia, en cualquiera de los procesos.<sup>104</sup>

El nombramiento del perito se hace de oficio, por el juez competente o fiscal (según la fase del proceso en que nos encontremos), y preferentemente a favor de los que sirvan al Estado. La ley no limita el número de peritos (art. 407, CPP col.). En España, el reconocimiento pericial se hará por dos peritos en el proceso ordinario, por delitos más graves (art. 459.1, LECrim—), y puede ser prestado por un solo perito en el procedimiento abreviado, cuando el juez lo considere conveniente (arts. 778.1 y 788.2, LECrim).

El nombramiento de oficio se completa con la regulación del perito de parte en tanto que las partes del proceso pueden presentar informes de peritos de su confianza y solicitar que estos sean citados para ser interrogados en juicio oral y público, y se debe acreditar, a través de la correspondiente certificación, la idoneidad de tal perito, en tanto que al perito nombrado por el juez se le presupone ya establecida. El art. 412 del CPP col. regula la comparecencia de los peritos a la audiencia, en tanto que les permite a las partes solicitarle al juez que haga comparecer a los peritos al juicio oral y público, para que sean interrogados y contrainterrogados en relación con los informes periciales que hubiesen rendido, o para que los rindan en la audiencia.

Si bien la admisión de la prueba pericial se regirá por los criterios generales establecidos en art. 376, que contempla la admisión general de los medios de prueba, salvo que concurran algunas de las excepciones legalmente previstas, las particularidades de la prueba pericial y el

hecho de ser consciente de la propia realidad en la que vivimos y en los avances de la ciencia y la tecnología, el art. 422 prevé los criterios a tener en cuenta para que pueda admitirse una opinión pericial referida a aspectos nuevos del conocimiento, exigiendo que la base científica o técnica satisfaga al menos uno de los siguientes criterios: a) que la teoría o técnica subyacente haya sido o pueda llegar a ser verificada; b) que la teoría o técnica subyacente haya sido publicada y haya recibido la crítica de la comunidad académica; c) que se haya acreditado el nivel de confiabilidad de la técnica científica utilizada en la base de la opinión pericial, y d) que goce de aceptabilidad en la comunidad académica.

Pese a las diferencias puntuales que podamos encontrar en la regulación del Código Procesal Civil o Penal (español y colombiano), lo cierto es que podemos apuntar un contenido común o estándar en el informe pericial; en concreto —e insistimos, sin perjuicio de las matizaciones pertinentes—, el informe pericial contendrá: a) la identificación más precisa posible del perito que realiza el informe: nombre, apellido, domicilio y Documento Nacional de Identidad (España) o Cédula de Ciudadanía (Colombia), así como el número de su registro profesional, en caso de colegiación obligatoria; b) la descripción de la situación o estado de hechos, sea persona o cosa, sobre los que se hizo el peritaje; c) la exposición detallada de lo que se ha comprobado en relación al encargo; d) la motivación o fundamentación del examen técnico; e) la indicación de los criterios científicos o técnicos, médicos y reglas de los que se sirvieron para hacer el examen; f) las conclusiones a las que se llega tras el estudio de la cuestión o persona a “peritar”; g) la fecha, sello y firma. Además, cuando se trate de un proceso penal, el informe no puede contener juicios respecto a la inimputabilidad del acusado, por lo que no se admitirán preguntas para establecer si, a su juicio, el acusado es imputable o inimputable (art. 421, CPP col.).

Un elemento fundamental en la regulación de la prueba pericial por sus implicaciones directas en la valoración judicial del dictamen emitido es, y debe serlo, la regulación del régimen de excusas y tachas del perito, llamado a garantizar la imparcialidad y objetividad con que los peritos deben cumplir su función. El art. 411 regula —muy someramente, debemos decirlo—, los impedimentos y recusaciones para ser peritos, realizando

104 Montón, 2004: 193. En sentido parecido, véase Moreno, 2011: 402.

una remisión directa a las mismas causales de impedimento y recusación señaladas para el juez. El perito cuyo impedimento o recusación haya sido aceptada, será excluido por el juez en la audiencia preparatoria o, excepcionalmente, en la audiencia del juicio oral y público.

El perito y su informe serán examinados en la audiencia o vista, sometándose a la contradicción que exige toda práctica de prueba en un Estado social y democrático de Derecho, para lograr una mejor explicación sobre la comprobación que se haya efectuado respecto al objeto de la pericia, sobre los fundamentos y la conclusión que sostiene. De hecho, el art. 417 de CPP col. establece los aspectos concretos sobre los que deberá ser interrogado el perito, teniendo especial incidencia los antecedentes de su conocimiento, el método utilizado y los principios que fundamentan su actuación; elementos estos sobre los que también versará particularmente el contrainterrogatorio del perito (art. 418, CPP col.).

Igualmente, el art. 415 del CPP col. establece la obligatoriedad de que toda declaración del perito sea precedida de un informe resumido, en el que expresará la base de la opinión pedida por la parte que propuso la práctica de la prueba; informe que deberá ser puesto en conocimiento de las demás partes, al menos con cinco días de anticipación a la celebración de la audiencia pública en la cual se recepcionará la peritación, sin perjuicio de lo establecido en este código sobre el descubrimiento de la prueba. Ahora bien, este informe en ningún caso será admisible como prueba, ni tiene virtualidad de sustituir la declaración del perito en el juicio.

Consideración especial merecen los informes científicos requeridos por el juez a instituciones oficiales especialmente calificadas, cuando se necesiten peritaciones exigentes de conocimientos muy específicos, como balística, huellas dactilares, determinación del ADN, etc., ya que por el carácter oficial de las instituciones a las que se encomienda, se debe presumir su capacidad y profesionalidad, ofreciendo unas garantías técnicas y de fiabilidad importantes. Por ello, además del alto número de funcionarios que puede haber participado, lo que dificulta su comparecencia en el juicio oral, estos reciben en España, con carácter general, el tratamiento de prueba preconstituida que se aporta al proceso

como prueba documental, salvo que sean impugnados por alguna de las partes.<sup>105</sup>

Los peritos tienen la obligación de ejercer el cargo, cuando se trata de un servidor público, salvo que estén incurso en alguna causa que se los impida; mientras que tratándose de un perito particular, solo tendrá obligación de aceptar ante la ausencia o inexistencia de peritos "oficiales" (art. 410, CPP col.). El perito designado solo podrá excusarse por enfermedad que lo imposibilite para ejercerlo, por carencia de medios adecuados para cumplir el encargo, o por grave perjuicio a sus intereses. Si el perito, sin mediar una de estas causas justificadas, se negare a cumplir con su deber, será sancionado con multa de 10 a 100 salarios mínimos legales mensuales. El perito deberá rendir su informe bajo juramento (art. 406, II, CPP col.).

De la lectura de estos artículos podemos sacar dos primeras conclusiones: en primer lugar, que el dictamen pericial es un auténtico medio de prueba; y en segundo lugar, que se acudirá a él, cuando para valorar o adquirir certeza sobre los hechos o cualquier circunstancia relevante para el asunto litigioso, sean necesarios los conocimientos científicos, artísticos o prácticos, de los cuales carezca el órgano jurisdiccional que deba tomarlos en consideración. Es necesario destacar la importancia que, considero, hay en la posibilidad de que el dictamen pericial se practique de oficio, ya que si la finalidad de la prueba es lograr la convicción del órgano jurisdiccional, creo que es este el que más adecuadamente puede valorar la necesidad del peritaje, ya que es el que mejor sabe si necesita o no esos conocimientos especializados para poder valorar los hechos; de forma que si el tribunal sentenciador tiene, por la vía que sea, ese saber específico, podría prescindir de la práctica

105 SS TC 100/1985, de 1 de octubre; 24/1991, de 11 de febrero y SS TS de 10 de diciembre de 1997, de 29 de junio de 2000 y de 15 de octubre de 2003.

Al respecto se habla de una "hipervaloración jurisprudencial de los informes periciales prestados durante la investigación por centros oficiales" (Conde Pumpido, 2004: 1691).

En España, cuando estemos en el procedimiento abreviado, estos informes adquieren carácter pleno de prueba documental, siempre que versen sobre la naturaleza, cantidad y pureza de sustancias estupefacientes, y se hayan practicado respetando los protocolos científicos exigidos para tales peritaciones, tal y como establece el art. 788.2 de Lecrim.

del medio de prueba, por considerarlo inútil para fijar su convicción, pues entiende que no le va a aportar nada nuevo o distinto a lo que ya conoce.

Precisamente por ello, considero que no tiene sentido privar al juez de la posibilidad de inadmitirlo, en los términos *supra* señalados, ni de la de incorporar de oficio el dictamen de peritos, cuando entienda que es indispensable, útil o conveniente para la correcta apreciación y valoración de los hechos. En este sentido, si bien es cierto que la iniciativa probatoria recae sobre las partes procesales, quienes para convencer al tribunal de la "verdad" de sus alegaciones utilizarán todos los medios de prueba a su alcance, también al juzgador deben concedérsele facultades en materia de prueba, pues el objetivo del proceso penal es el descubrimiento de la verdad material, lo que justifica la actuación de oficio del órgano jurisdiccional.

Partiendo de que es evidente que la pericia es un medio de prueba, no queremos terminar esta introducción sin hacer una breve mención a la discusión de la naturaleza jurídica del perito. En este sentido, la disyuntiva gira en torno a su consideración como sujeto de un medio de prueba o como un auxiliar del juez.<sup>106</sup> Aquí, como ya se ha adelantado, se sigue la doctrina que se muestra favorable a otorgarle a la pericia la naturaleza de medio de prueba, atendiendo principalmente a la función que cumple en el proceso.<sup>107</sup> Desde este punto de vista, la pericia se entiende como un

106 Véanse estas posturas y sus máximos representantes en Font Serra, 1974: 7 y ss; viada López-Puigcerver, 1951: 44 y ss; Devis Echandía, 1969: 878 y 896; Abel Lluch y Picó I Junoy, 2009: 26 y ss.

Fairén Guillén (1990: 462) califica de "inútil" esta polémica, ya que si bien formalmente es un medio de prueba, materialmente suministra al juez, y esta es su innegable función, las reglas de la sana crítica que le permiten apreciar la misma. Algo similar plantea Montero Aroca, 1998b: 181 y ss.

La Sentencia del Tribunal Supremo 1/1997, del 28 de octubre, entre otras muchas, entiende que la prueba pericial es "una prueba de *auxilio judicial* para suplir la ausencia de conocimientos científicos o culturales de los Jueces, porque en definitiva, y como medio probatorio, ayuda a constatar la realidad no captable directamente por los sentidos, en manifiesto contraste con la prueba testifical o la de inspección ocular (o reconocimiento judicial)". Véanse también, SS TS del 13 de diciembre de 2001 (RA 991); del 22 de septiembre de 2003 (RA 2761); y del 19 de enero de 2007 (RA 1771).

107 En este sentido, véanse Font Serra, 1974: 7 y ss.; Viada López-Puigcerver, 1951: 44 y ss. Devis Echandía, 1969: 878 y 896. Contrariamente, otros autores la consideran como un auxiliar del juez, entre ellos Serra Domínguez, 1969: 362; Tomás y Tio et al, 1989: 26.

medio de prueba de carácter complementario, ya que permite apreciar lo que ya ha sido adquirido anteriormente por otros medios de prueba; es decir, hechos ya probados.<sup>108</sup>

Tampoco debemos olvidar que el dictamen pericial también puede ser una diligencia de investigación, en virtud de la cual una persona con conocimientos especializados (científicos, artísticos o prácticos) que el juez no tiene, ajena al proceso, los aporta al mismo para que el órgano jurisdiccional pueda "conocer o apreciar circunstancias importantes" tanto para la investigación como para la valoración de hechos o situaciones relevantes en el asunto, adquiriendo certeza sobre ellos.

La prueba pericial, atendiendo pues a su función, se caracteriza porque no tiene como finalidad convencer al juzgador de la existencia o no de unos hechos concretos, sino ilustrarle sobre unas materias, que por su carácter especializado requieren conocimientos concretos, de los que él carece.

## 2. Valoración de la prueba pericial

### 2.1 Formulación general

Estemos estudiando el proceso penal español o el colombiano, lo cierto es que en todos los sistemas procesales que proclaman el principio de libre valoración de la prueba (art. 741, LECrimy Arts. 380, 404, 420 CPP col.), e incluso en aquellos en los cuales se establezca un sistema mixto de valoración, nos podemos encontrar con similares problemas a la hora de estudiar la valoración de la prueba pericial; de ahí que en estas páginas encontremos consideraciones que si bien al comienzo fueron planteadas para el proceso penal español, son también aplicables al proceso penal colombiano. El art. 741 de la LECrim dispone que el tribunal apreciará, "según su conciencia, las pruebas practicadas en el juicio"; igualmente, el art. 717, si bien referido a la prueba testifical, contempla las "reglas del criterio racional"; y la doctrina ha utilizado genéricamente la expresión "reglas de la sana crítica", "reglas del criterio racional", aplicable además

108 Onecha Santamaría, 1975: 627-628.

tanto al proceso penal como al civil.<sup>109</sup> Coherentemente con esta valoración, el legislador no hace ninguna referencia expresa a que el tribunal no está vinculado a los dictámenes periciales, pues no es necesario, haciéndose eco, de esta forma, tanto de la abundante jurisprudencia del Tribunal Supremo,<sup>110</sup> como de las demandas doctrinales en este sentido,<sup>111</sup> si bien centradas estas en el proceso civil, donde al respecto se han planteado más problemas.

Por tanto, si la valoración de la prueba debe ajustarse a las reglas del criterio racional, la siguiente pregunta que deberíamos hacernos es qué son las reglas del criterio racional, las cuales utilizamos también como genérica forma de valoración de la prueba.<sup>112</sup>

## 2.2 Limitaciones

El tribunal tiene, por tanto, facultad para apreciar de forma libre o discrecional la prueba pericial, valorándola de acuerdo con las reglas del criterio racional, que actúan así como límite a esa aparente libertad del juzgador. El segundo límite, evidente en tanto que estamos en el proceso penal, viene dado por el principio de la presunción de inocencia.<sup>113</sup>

109 Al referirse a las reglas de la sana crítica, centrándose en el proceso civil, que es en el ámbito en el que más se ha estudiado el concepto, algunos autores, como Fairén Guillén (1969: 754), Montero Aroca (1998a: 249) y Sánchez García (1989: 91) la destacan como un acierto terminológico. También se considera que estas son, en puridad, el único sistema de valoración admisible, pues el juez solo está sometido a su propia convicción (Sentís Melendo, 1979: 257).

110 SS TS de 19 de octubre de 1982 (RA 5561); 10 de marzo de 1984 (RA 1211); 13 de febrero de 1990 (RA 683); 4 de mayo de 1993 (RA 3439); 2 de noviembre de 1993 (RA 8566); 10 de noviembre de 1995 (RA 8117); 5 de diciembre de 1996 (RA 8944); 11 de marzo de 1998 (RA 2387); 23 de marzo de 1998 (RA 2047); 1 de mayo de 1998 (RA 3462); 11 de mayo de 1998 (RA 3712); 5 de octubre de 1998 (RA 7851); 10 de febrero de 1999 (RA 650); 6 de marzo de 1999 (RA 1367); 24 de septiembre de 2004 (RA 7579), entre otras.

111 Prieto Castro y Ferrandiz, 1985: 753; Devis Echandía, 1972: 63; Font Serra, 1974: 216-217; López Muñoz-Goñi, 1995: 266.

112 La dificultad de fijar un concepto de las mismas ha sido señalada por Sentís Melendo, 1979: 266.

113 Véase, entre otras, la S del TC español 43/2003, del 3 de marzo, en la cual se afirma que "toda sentencia condenatoria: a) debe expresar las pruebas en que se sustenta la declaración de responsabilidad penal; b) han de ser practicadas normalmente en el acto del juicio oral; c) las pruebas han de ser valoradas por los Tribunales con sometimiento a las reglas de la lógica y la experiencia; actividad probatoria de cargo: prueba indiciaria: requisitos: a) la

La vinculación a las reglas del criterio racional supone:

a) *La valoración acorde a las reglas del criterio racional no es sinónimo de arbitrariedad*

En este sentido, es importante matizar, en primer lugar, que la libertad en la apreciación de las pruebas no puede confundirse con arbitrariedad o estimación ilógica o irracional de las mismas; de ahí la referida función limitadora que las reglas de la sana crítica o del criterio racional cumplen en la valoración,<sup>114</sup> que deberá ser lógica y de sentido común.<sup>115</sup> En segundo lugar, la referencia a tales reglas, como veremos a continuación, no debe entenderse como una vinculación legalmente establecida del órgano jurisdiccional a ciertas pautas o criterios, pues de ser así nos encontraríamos con una prueba de valoración legal, lo cual no puede ser admitido; de hecho, si entendiéramos que el órgano jurisdiccional está obligado, en la apreciación que haga de las pruebas, por lo establecido en el dictamen pericial, difícilmente podría este decidir con base en la prueba practicada si se encontrara con dictámenes periciales que lleguen a conclusiones contradictorias, como hemos visto que es perfectamente posible y que está legalmente previsto. Este problema solo se salva si desechamos cualquier pretensión de otorgar valor legal a la prueba pericial.

prueba indiciaria ha de partir de hechos plenamente probados; b) los hechos constitutivos de delito han de deducirse de esos hechos completamente probados a través de un proceso mental razonado y acorde con las reglas del criterio humano...". Véase también la Sentencia del Tribunal Supremo 997/1997, del 8 de julio, en la cual se establece: "los informes periciales, como consta en el Auto del Tribunal Constitucional 868/1986, no vinculan de modo absoluto al Juez porque *no son en sí mismos manifestación de una verdad incontrovertible*"; y, en sentido similar, las SS TS del 28 de octubre de 1997, 22 de febrero de 1996, 13 y 12 de marzo de 1995, 27 de febrero de 1995, 14 de septiembre y 13 de julio de 1994, entre muchas otras.

114 Montón Redondo, 1978: 389; Font Serra, 1974: 212; López-Muñiz Goñi, 1995: 269; Onecha Santamaría, 1975: 629; Devis Echandía, 1967: 659; Garciandia González, 1999: 269.

Igualmente, las SS TS del 6 de abril de 1983 (RA 2103); 3 de febrero de 1987 (RA 674); 31 de julio de 1997 (RA 5529); 26 de septiembre de 1997 (RA 6863) y el Auto del 25 de junio de 1996 (RA 7863).

115 Fairén Guillén, 14; Montero Aroca, 1998a: 249; Sentís Melendo, 1979: 268 y ss; Tomás y Tío et al, 1989: 35.

Fairén Guillén (1990: 546) considera, en esta línea, que las reglas de la sana crítica son la vía más adecuada para formar correctamente la libre convicción judicial, por lo que no podemos considerar que estemos ante sistemas antagónicos o distintos.

Como señala Silvia Barona,<sup>116</sup> la jurisprudencia del Tribunal Supremo español amparó durante años

una ilimitada libertad del juez en la decisión sobre los hechos enjuiciados, de manera que, sin justificar qué es lo que influía en su decisión, la culpabilidad del acusado dependía del “convencimiento en conciencia” del juzgador, convirtiéndose esta expresión “según conciencia” en una facultad soberana, libérrima y omnímoda del juzgador en la configuración de su convicción atendiendo a los dictados de su razón analítica “y a una intención que se presume recta e imparcial”.

Esta situación descrita cambia en España ya con la S TC 31/1981, del 28 de julio, en la que se trata de clarificar cómo debe interpretarse la apreciación en conciencia del tribunal, y de establecer sus consecuencias. Una referencia a esta doctrina de nuestro Tribunal Constitucional puede ser muy clarificadora:

- a) La condena de un sujeto debe venir precedida de una mínima actividad probatoria que pueda ser considerada de cargo, y que se haya practicado respetando todas las garantías legales y constitucionales; lo que conlleva la obligación para el tribunal de motivar en la sentencia la valoración de dicha prueba.
- b) En conciencia no significa, sigue diciendo nuestro Tribunal Constitucional, “criterio personal e íntimo del juzgado, sino que debe implicar una apreciación lógica de la prueba, “no exenta de pautas o directrices de rango objetivo”. Este criterio ha sido acogido también por el Tribunal Supremo.<sup>117</sup>
- c) La configuración de este sistema supone, y es lo que aquí nos ocupa, un cierto control de la racionalidad y conformidad de la valoración de la prueba realizada por el juez, y las máximas de la experiencia. La motivación de la sentencia cumple así dos funciones: dar publicidad a las razones por las que el tribunal ha decidido del modo que lo ha

116 Barona Vilar: 310-311, en Montero et al, 2004. Véase también Moreno Catena, 2011: 383-384; Vegas Torres, 1993: 158.

117 STS del 29 de enero de 1988; 2 de septiembre de 1990 y 16 de enero de 1990.

hecho; y permitir ese control de la lógica de la valoración, conforme a los recursos legalmente establecidos.

*b) La valoración acorde a las reglas de la sana crítica exige motivación*

Por todo ello, el tribunal debe motivar o explicar por qué ha tomado una decisión contraria a la que se deriva del dictamen o dictámenes periciales presentados,<sup>118</sup> diversa a la opinión pericial mayoritaria, o cuáles han sido las razones que le llevaron a seguir uno de ellos prescindiendo del resto; pero no porque esté obligado o vinculado por lo establecido en el dictamen, sino por la existencia de un deber, constitucionalmente exigido, de motivar la valoración o apreciación que realiza de las pruebas. Esta exigencia de motivación será especialmente importante en aquellos casos en los que el juez dicte sentencia en contra de lo reflejado en el dictamen pericial; sobre todo cuando esta sea la única prueba,<sup>119</sup> y cuando se encuentra con los dictámenes contradictorios del perito oficial y del perito o peritos de parte, que precisamente se justifica en los casos de discrepancia.

De hecho, el Tribunal Supremo español entiende la motivación en el sentido de que toda decisión que se tome por el órgano jurisdiccional debe motivarse necesariamente, por imperativo constitucional, y deberá contener un análisis de las pruebas practicadas, explicando y razonando la fuerza probatoria que atribuye a cada una de esas pruebas practicadas, justificando por qué ha dado preeminencia a una o unas sobre otras, y qué incidencia han tenido en el hecho declarado probado.<sup>120</sup> Mediante la exigencia de

118 Por ejemplo, en las SS TS del 8 de febrero de 1989 (RA 762) y 17 de junio de 1996 (RA 5071).

119 Este es el sentir común de la jurisprudencia española. Véanse SS TS de 8 de febrero de 1989 (RA 762); 17 de junio de 1996 (RA 5071); y 11 de mayo de 1998 (RA 3712), entre otras.

120 Véase, a modo de ejemplo, la S TS del 22 de enero de 2003 (RA 1068): “Según reiterada jurisprudencia abarca tres aspectos (entre otras muchas SSTS de 14 de mayo de 1998 [RJ 1998, 4877], 18 de septiembre de 2001 [RJ 2001, 9015], núm. 480/2002 de 15 de marzo [RJ 2002, 4475]):

- a) La motivación de los hechos y de la intervención que el imputado haya podido tener así como las circunstancias que puedan incidir en la resolución —Motivación Fáctica.
- b) La subsunción de los hechos en el tipo penal correspondiente con las circunstancias modificativas —Motivación Jurídica.
- c) Las consecuencias tanto penales como civiles derivadas —Motivación de la Decisión—, por tanto, de la individualización judicial de la pena y medidas de seguridad en su caso, responsabilidades civiles, costas judiciales y de las consecuencias accesorias —arts. 127 a

129 del Código Penal (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777)-. (STS núm. 744/2002, de 23 de abril [RJ 2002, 6700]).

La motivación puede ser escueta, siempre que suponga una aplicación razonable y reconocible del ordenamiento jurídico, pero en cualquier caso una sentencia penal correcta debe contener una motivación completa, es decir, que abarque los tres aspectos anteriormente indicados, con la extensión y profundidad proporcionadas a la mayor o menor complejidad de las cuestiones que se han de resolver (STS núm. 258/2002, de 19 de febrero [RJ 2002, 3581]). No existe, desde luego, un derecho fundamental del justiciable a una determinada extensión de la motivación, pero sí a que el razonamiento que contenga, constituya lógica y jurídicamente, suficiente explicación en cada caso concreto que permita conocer los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión (en este sentido SSTC 8/2001, de 15 de enero [RTC 2001, 8] y 13/2001, de 29 de enero [RTC 2001, 13]) (STS núm. 97/2002, de 29 de enero [RJ 2002, 3248]).

La motivación en el aspecto jurídico relativo a la subsunción de los hechos en los correspondientes tipos penales, así como a la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, cumple con las funciones antes dichas en la medida en que quien resulta condenado solo puede ejercer su derecho a la tutela judicial efectiva mediante el recurso de casación partiendo del conocimiento de las razones concretas que el Tribunal ha tenido para fundamentar una determinada calificación de los hechos. Solo el conocimiento de esas razones le permite impugnarlas mediante el sostenimiento de criterios razonados diferentes.

En lo que se refiere a la motivación de la pena concretamente impuesta, esta Sala ha insistido con reiteración en la necesidad de expresar con la suficiente extensión, las razones que el Tribunal ha tenido en cuenta en el momento de precisar las consecuencias punitivas del delito. Las penas, máximas sanciones del ordenamiento, suponen siempre una afectación a algunos de los derechos que forman el catálogo de derechos del ciudadano. En ocasiones, cuando se trata de penas privativas de libertad, a derechos fundamentales. Es por eso que, con carácter general, es imprescindible expresar en la sentencia las razones de la individualización de la pena, con mayor o menor extensión en función de las características del caso concreto y especialmente, del grado de discrecionalidad atribuida al Tribunal por la Ley, con o sin el establecimiento de criterios orientadores.

En los casos de tentativa, la jurisprudencia de esta Sala, así en sentencias de 21-11-1997 (RJ 1997, 8317) y 20-2-1998 (RJ 1998, 1184), ha considerado necesaria la exposición de las razones por las que se baja la pena en un grado o en dos, debiendo ajustarse tales razones a las previsiones del artículo 62 del CP, y a la ponderación por tanto del peligro creado por la acción delictiva y del grado de ejecución alcanzado. Esta potestad no es absoluta, sino que debe ajustarse a los mencionados criterios, lo que implica que puede ser revisada en casación, por lo que el Tribunal tiene la obligación de motivar su decisión, con la finalidad de permitir un efectivo ejercicio del derecho al recurso y facilitar el control que corresponde a esta Sala como Tribunal de casación (cfr. STS núm. 592/2002, de 27 de marzo [RJ 2002, 4602]).

Otro tanto puede decirse de los supuestos previstos en el artículo 66.1º, de aplicación a la sentencia impugnada, en el que se refuerza la obligación general de motivar, al establecer la obligación de razonar en la sentencia la individualización de la pena atendiendo a los criterios establecidos, circunstancias personales del delincuente y mayor o menor gravedad del hecho.

motivación de la sentencia se garantiza que la prueba se valore conforme a las reglas del criterio racional.<sup>121</sup>

En la apreciación y motivación del dictamen pericial, el tribunal va a tener en consideración la autoridad científica del perito o peritos, la aceptabilidad de su dictamen según un conocimiento común, los métodos usados por los expertos, la coherencia lógica de la argumentación utilizada, la tacha que pueda haberse planteado frente al mismo, etc.<sup>122</sup> Así, el tribunal sí puede entrar a valorar los aspectos subjetivos referidos al perito (su personalidad, sus relaciones con las partes, su profesionalidad, su capacidad para realizar un análisis crítico, su capacidad de percepción, etc.), y los aspectos objetivos referidos al dictamen emitido (método científico empleado, grado de desarrollo técnico alcanzado en la materia, la lógica entre las distintas partes que integran el dictamen, la contundencia de las conclusiones, etc.).<sup>123</sup>

Desde otra perspectiva, la ausencia de fundamentación perturba seriamente las funciones que corresponden a unos y otros Tribunales en la organización del Poder judicial. Aun cuando en ocasiones esta Sala ha procedido a suplir la falta de motivación de la sentencia de instancia en atención a evitar dilaciones, lo cierto es que su función es, en este aspecto y dentro del recurso de casación, el control de la aplicación de la ley por el Tribunal de instancia, con la finalidad de establecer la doctrina correcta, como consecuencia de su configuración como órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales (artículo 123.1 CE [RCL 1978, 2836]), lo cual requiere, como «prius» lógico, conocer las razones que aquel Tribunal ha tenido para sostener un determinado entendimiento de la ley. Nuestro sistema prevé una inicial aplicación de la ley sujeta a las exigencias constitucionales, y un control posterior sobre tal aplicación a través del recurso, en este caso, de casación, que además, como hemos dicho, se orienta hacia la fijación de doctrina. Tales previsiones sólo se satisfacen si el Tribunal de instancia cumple las exigencias de motivación derivadas de los artículos 24.1 y 120.3 de la Constitución”.

Véase, en sentido parecido, las SS TS del 21 de junio de 1999 (RA 5974); 22 de marzo de 2001 (RA 1725).

121 STS de 14 de marzo de 1990; 5 de octubre de 1992. La necesidad de motivación, tanto de sentencias como de autos e incluso providencias, es reiterada insistentemente por el propio Tribunal Constitucional español. Véanse, entre otras, S TC 175/1985, del 17 de diciembre; 63/1990, del 2 de abril; 114/1994, del 14 de abril.

122 Fairén Guillén, 1990: 463; Devis Echandía, 1972: 63; Climent Durán, 1990: 2155; Döhring, 1986: 255; Onecha, 1975: 632.

123 Véase S Tribunal Supremo 811/2003, del 2 de junio de 2003 (RA 811): “Los informes periciales no son propiamente documentos, sino pruebas personales, generalmente documentadas en la causa, en las que determinadas personas dotadas de especiales conocimientos científicos o prácticos sobre concretas materias, aportan al Tribunal una valoración técnica sobre algunos aspectos de los hechos que se someten a su consideración, con la finalidad

No existe, por tanto, a nuestro entender, la pretendida contradicción entre la valoración de la prueba, según las reglas del criterio racional, y la naturaleza o fundamento de la misma, ya que hay que separar el razonar del perito —que solo es posible con esos conocimientos específicos o especializados— de la valoración o consideración del dictamen emitido en el conjunto de la actividad probatoria, pues de lo contrario ese carácter científico anularía completamente los poderes de apreciación del juzgador, siendo impensable tal conclusión.<sup>124</sup> Precisamente, atendiendo a lo que acabamos de decir, valoramos muy positivamente la regulación del art. 420 del CPP col., ya que se preocupa especialmente por establecer las pautas o aspectos que debe tener en cuenta el juzgado a la hora de valorar la prueba pericial; así, establece que para apreciar dicha prueba deberá tenerse en cuenta:

- 1) La idoneidad técnico-científica y moral del perito;
- 2) La claridad y exactitud de sus respuestas;
- 3) Su comportamiento al responder;

---

de facilitar al Tribunal la valoración de otras pruebas o de suministrarle elementos de juicio. Las conclusiones de los peritos están sujetas a la valoración conjunta de la prueba que ha de hacer el Tribunal, que no queda desapoderado de esta facultad-deber por el hecho de que algunas facetas del hecho enjuiciado presenten complejidades para cuya resolución es conveniente, o incluso necesario, el asesoramiento técnico. Lo que es exigible, también en este concreto aspecto es que la valoración del Tribunal sea racional. Es por eso que la doctrina de esta Sala ha entendido posible modificar el hecho probado a través del motivo por error en la apreciación de la prueba basándose en los informes periciales, cuando el Tribunal se aparta sin justificación razonable del único informe o de los varios coincidentes que obren en la causa, o cuando basándose en el informe pericial, incorpora sus conclusiones al hecho probado de manera incompleta o fragmentaria, pues en esos casos la valoración de los conocimientos propios de los peritos aportados al material probatorio no puede entenderse acompañada de la necesaria racionalidad.

En cualquier caso, hemos dicho reiteradamente que el documento, o en este caso, el informe pericial, ha de demostrar, por su propio poder probatorio, sin necesidad de acudir a otras pruebas ni a complejas argumentaciones, la equivocación del Tribunal sobre un extremo acerca del cual no haya dispuesto de otras pruebas, pues entonces se trataría de una cuestión no de error, sino de valoración conjunta del material probatorio. No basta, por ello, que el particular del documento designado o del informe aludido permita una conclusión distinta de la sostenida por el Tribunal, pues la labor enjuiciadora de este no puede ser sustituida por la que puedan realizar las partes".

124 Véanse al respecto, Devis Echandía, 1972: 55; Stein, 1990: 75.

- 4) El grado de aceptación de los principios científicos, técnicos o artísticos en que se apoya el perito;
- 5) Los instrumentos utilizados, y
- 6) La consistencia del conjunto de respuestas.

La consideración de estos aspectos servirá al tribunal, al apreciar conforme a las reglas del criterio racional la prueba practicada, para valorar "mejor" el dictamen pericial, dado que realmente carece de los conocimientos técnicos que motivaron la entrada del perito en el proceso.

De todo ello, podemos concluir que en realidad la libertad en la valoración de prueba se caracteriza, no por ser tal en su sentido más puro, sino por suponer siempre una valoración lógica, racional; es decir, una libertad "frenada", atemperada o modulada por las reglas del criterio racional; con lo que no podemos considerarlas como un tercer sistema de apreciación de la prueba distinto a los dos existentes.<sup>125</sup>

Por tanto, solo nos quedaría contestar a la cuestión de qué son estas reglas. Atendiendo a los textos legales no podemos encontrar una definición de qué cabe entender por reglas del criterio racional, pues no se encuentran recogidas en ningún precepto legal.<sup>126</sup> Esto no ha impedido que tanto la doctrina como la jurisprudencia, centrándose especialmente en el proceso civil, haya realizado un gran esfuerzo para fijar qué son estas reglas, que en tanto inspiran la apreciación de distintos medios de prueba, adquieren una gran importancia.

Así, y sin ánimo de hacer una tediosa enumeración de estas definiciones, podemos entender que: "Las reglas de la sana crítica, no son reglas legales ni tasadas, sino normas comunes a todo ser humano, no exclusivas de los Jueces y Magistrados, basadas en la razón, la lógica, en definitiva las

---

125 Montero Aroca, 1998a: 249; Devis Echandía, 1967: 650; Sentís Melendo, 1979: 21.

Este lo entiende Couture (1958: 270 y ss.) como un sistema intermedio entre los dos tradicionales.

126 Señala Miguel y Alonso (1972: 82) que la referencia a las reglas de la sana crítica se encuentra por primera vez en la legislación española en 1846, siendo Vicente y Caravantes el primer autor que llamó la atención sobre las mismas. Igualmente, sobre el origen de las reglas, véase Cabañas García, 1992: 134 y ss; Muñoz Sabaté, 993: 1013.

máximas de la experiencia".<sup>127</sup> Jurisprudencialmente, se han definido como "las más elementales directrices de la lógica humana".<sup>128</sup>

*c) Breve referencia a los informes de organismos oficiales*

La muy tecnificada realidad en que vivimos hoy lleva a pericias de carácter científico o técnico que solo son posibles partiendo de avances muy especializados y sofisticados que se generan en exclusivos ámbitos académicos y de la investigación, y que por regla general se producen por algunos organismos oficiales a los cuales se les encarga la elaboración de los informes (tras haberseles encomendado con la advertencia de respetar la cadena de custodia) para el Juzgado mediante un documento escrito en el que se expresan las operaciones realizadas y los resultados obtenidos y conclusiones correspondientes.<sup>129</sup> La jurisprudencia ha destacado en estos informes la concurrencia de dos notas singularizadoras: su especial fuerza probatoria, basada en las notas de objetividad e imparcialidad de los peritos dictaminantes, que hace surgir una presunción *iuris tantum* de credibilidad, a menos que sea debidamente contradicho por la parte perjudicada; y la no necesidad de sujetarse estrictamente a las normas procedimentales sobre elaboración de tales informes periciales.

Respecto a la primera de esas notas características, su especial fuerza probatoria, la jurisprudencia afirma que los informes periciales elaborados por organismos oficiales gozan de una "especial presunción *iuris tantum* de credibilidad", basada en la condición funcional de los peritos dictaminantes, que les lleva a actuar movidos únicamente por su afán de descubrir la verdad, sin que influya en ellos ningún tipo de interés parcial. Así, serán las partes quienes tendrán que destruir esa

127 Así lo plantea Asencio Mellado, 2000: 158. En sentido parecido, Fairén Guillén, 1991: 14; Ramos Méndez, 1996: 543; Devis Echandía, 1967: 651; Muñoz Sabaté, 1993: 1013.

128 S TS de 11 de abril de 1998 (RA 2387); y en el mismo sentido, véanse las SS TS del 5 de noviembre de 1986 (RA 6209); 23 de marzo de 1990 (RA 1722); 7 de noviembre de 1994 (RA 8379); 30 de noviembre de 1994 (RA 8640); 26 de febrero de 1999 (RA 1133); y del 6 de marzo de 1999 (RA 1367).

129 SS TS del 30 de mayo de 1997 (RA 4547); 10 de febrero de 1997 (RA 1282); 10 de diciembre de 1996 (RA 8898); 3 de noviembre de 1995 (RA 8013); 15 de noviembre de 1993 (RA 8577); 17 de noviembre de 1992 (RA 9345); 10 de julio de 1992 (RA 6671); 3 de abril de 1992 (RA 2741); 3 de febrero de 1992 (RA 870); 20 de diciembre de 1991 (RA 9508); y del 18 de noviembre de 1991 (RA 8321).

presunción que ampara este tipo de dictámenes, bien criticándolo, bien presentando un informe que ponga en entredicho las conclusiones del informe oficial; lo que —dado los costes que conllevan estos informes tan sofisticados— puede acabar convirtiéndose en un obstáculo al efectivo respeto del derecho a la prueba.

Clarificadora es al respecto la Sentencia del Tribunal Supremo 1091/1997, del 16 de julio:

Quando se trata de informes o dictámenes realizados por peritos oficialmente asignados a estos menesteres, en forma colegiada, y gozando de la permanencia e inmovilidad del funcionario público, normalmente alejados del caso concreto, con altos niveles de especialización y adscritos a organismos dotados de los medios costosos que exigen las modernas técnicas de análisis, *no parece desacertado —y así lo viene entendiendo reiteradamente esta Sala— concederles unas notas de objetividad, imparcialidad e independencia que les otorga "prima facie" eficacia probatoria sin contradicción procesal*, la cual puede, sin embargo, suscitarse, bien pidiendo por escrito ampliaciones o aclaraciones para su incorporación como documental al juicio oral, bien exigiendo su presencia en este acto; y la razón de dotar del carácter de preconstitución a estas pruebas, reside en la operatividad del sistema procesal, o si se quiere en razones de oportunidad o de practicidad, porque *los funcionarios de dichos Institutos, Gabinetes y Laboratorios no podrían atender a su cometido si tuvieran que acudir a Juzgados y Audiencias de toda la Nación a ratificar sus informes en los juicios orales*.

En segundo lugar, se considera que, precisamente por las peculiaridades de estos informes periciales, el procedimiento para su elaboración no necesariamente ha de ajustarse a las reglas establecidas en la Ley, sino que puede ser realizado con una mayor celeridad para así obtener con prontitud los resultados del análisis, lo cual no deja de ser preocupante desde la óptica del proceso debido. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo 223/1997 del 18 de marzo afirma que:

una constante doctrina de esta Sala, representada entre muchas, por las Sentencias del Tribunal Supremo 427/1994, de 1 de marzo, 938/1994, de 29 de abril, 2039/1994, de 23 de noviembre, 88/1995, de 1 de febrero, y 427/1995, de 24 de marzo, ha subrayado que *los dictámenes procedentes*

*de órganos o departamentos especializados del Ministerio de Sanidad y Consumo (u órganos equivalentes de las Comunidades Autónomas) ofrecen garantías de imparcialidad y competencia que no los sujetan de modo estricto a las reglas legales propias de otras pruebas periciales.*<sup>130</sup>

### 3. Control de la valoración del dictamen pericial

El no encontrar ninguna definición de las reglas del criterio racional en ningún precepto legal, sino tan solo referencias a las mismas, tiene una

<sup>130</sup> Véase también la Sentencia del Tribunal Supremo 1084/1997, del 22 de julio: "La doctrina de esta Sala ha puesto de relieve la naturaleza particular de los informes de los laboratorios oficiales en el ámbito probatorio. Ya las Sentencias de este Tribunal de 18 de noviembre y 20 de diciembre de 1991 *patentizaron la apremiante práctica de los análisis a unos trámites premiosos*, y de los que depende hasta la libertad de los imputados si acreditasen que la sustancia analizada no era droga estupefaciente o psicotrópica. Ello, aparte de la dificultad de practicarse por personas capacitadas y con medios técnicos suficientes.

En el caso ahora revisado casacionalmente tal prueba se acuerda en el mismo auto de incoación; difícilmente podía ser notificado cuando aún no se había imputado en el Juzgado a los ahora recurrentes.

Las partes pueden durante la instrucción solicitar una pericia y asimismo en el plenario someter el dictamen del laboratorio oficial a contradicción, con la comparecencia del perito o peritos intervinientes.

No deben olvidar los recurrentes que estos informes, en forma colegiada, gozan de permanencia e inamovilidad del funcionario público, permanentemente alejado del caso concreto, con altos niveles de especialización.

Así se ha recogido en la doctrina de este órgano de casación —ver, por todas, las Sentencias de 25 de mayo de 1992, 2513/1993, de 11 de noviembre, 427/1994, de 1 de marzo, 938/1994, de 29 de abril, 88/1995, de 1 de febrero, 427/1995, de 24 de marzo, 1208/1995, de 1 de diciembre, 8/1996, de 15 de enero, y 232/1997, de 24 de febrero".

En sentido similar, también la Sentencia del Tribunal Supremo 1345/1997, de 5 de noviembre: "al tratarse de informes emitidos por funcionarios de Centros Oficiales, especializados en estas materias, tiene declarado la jurisprudencia que 'el Juez podrá pedir informe a Academias, Colegios o Corporaciones oficiales, cuando el dictamen pericial exija operaciones o conocimientos científicos especiales... Dependiendo la verificación de los análisis de las sustancias tóxicas de los laboratorios existentes en instituciones oficiales, y urgiendo su realización en la fase inicial de la investigación sumarial, por diversas y patentes razones, el sistema seguido es el habitual y procedente. *No puede subordinarse ni condicionarse* —se dice en las Sentencias de esta Sala de 18 de noviembre y 20 de diciembre de 1991, 3 de febrero, 3 de abril y 10 de julio de 1992 y 4 de octubre de 1994— *la acuciante práctica del análisis a unos trámites premiosos*, de otra parte difíciles de llevar a efecto en cuanto las personas capacitadas y designadas para el examen de los productos estupefacientes y su ulterior informe, ostentan carácter oficial y no están a merced de designaciones de las partes. Estas podrán adoptar iniciativas tendentes a someter aquellos dictámenes a contradicción, ya en la fase sumarial, ya en el juicio oral' (ver Sentencia de 17 de diciembre de 1996)".

consecuencia fundamental, ya que impide que se pueda impugnar en casación la valoración que del dictamen pericial, y con base en aquellas, hubieran realizado los tribunales, salvo cuando

resulta que las conclusiones obtenidas lo han sido al margen de la prueba practicada o se presenten ilógicas, dotadas de incoherencia entre sí, hasta absurdas, desrazonables o disparatadas, por lo que su censura casacional cabe ser combatida de darse dichos supuestos, expresivos de un fallo deductivo que intensa y notoriamente atenta a las reglas de la sana crítica...<sup>131</sup>

Teniendo en cuenta todo lo dicho en las páginas anteriores, es fundamental determinar cómo pueden las partes impugnar la valoración que del dictamen pericial hubiera realizado el tribunal, especialmente en los casos en que se ha apartado de lo dictaminado por el perito o ha tomado como referencia uno de los distintos dictámenes presentados, en contradicción con los demás.

Lógicamente, este "control" se podrá realizar por vía de los recursos legalmente establecidos; pero, ¿cuál de ellos en concreto será el más adecuado?

El recurso de apelación permite, dentro de los límites de la pretensión impugnatoria interpuesta, examinar la resolución recurrida tanto en la declaración de hechos como en la aplicación del derecho, con la finalidad de anular o revocar total o parcialmente la resolución impugnada. En apelación, el Tribunal solo podrá valorar de manera independiente la prueba actuada en la audiencia de apelación, y las pruebas pericial, documental, preconstituida y anticipada; pero no puede otorgar diferente valor probatorio a la prueba personal que fue objeto de intermediación por el juez de primera instancia, salvo que su valor probatorio sea cuestionado por una prueba actuada en segunda instancia. Por tanto, salvo que se hubiera practicado expresamente prueba en la segunda instancia con la finalidad de poner de manifiesto el error, el tribunal de apelación no puede entrar a cuestionar la prueba practicada en primera instancia.

<sup>131</sup> Véanse al respecto, Fairén Guillén, 1991: 29 y ss; Muñoz Sabaté, 1993: 1017.

El recurso de casación, cuando proceda en virtud de lo previsto en el art. 181 del CPP col., se puede interponer, entre otros motivos indicados en dicho artículo, ante “el manifiesto desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de la prueba sobre la cual se ha fundado la sentencia”. Ahora bien, aquí debemos reiterar que las reglas del criterio racional conforme a las que el tribunal debe valorar la prueba no aparecen reflejadas, pues lo contrario no tendría sentido, en ningún precepto legal; por lo que este motivo no podría alegarse por la parte que entienda que no se ha valorado adecuadamente el dictamen pericial.

Por ello, podría plantearse el recurso de casación en estos casos alegando que la sentencia se ha dictado con falta o manifiesta ilogicidad de la motivación. Es decir, en este caso la parte debería alegar que las conclusiones alcanzadas por el tribunal han sido obtenidas al margen de la prueba practicada; o se presentan ilógicas, incoherentes entre sí, absurdas, desrazonables o disparatadas; o ellas no contienen explicación o motivación alguna. Con una interpretación extensiva de esta idea, incluso podría pretenderse la casación por “desconocimiento de la estructura del debido proceso por afectación sustancial de su estructura o de la garantía debida a cualquiera de las partes”, entendiendo en este caso que la afectación se deriva de la falta de motivación de la sentencia o de la ilógica valoración de la misma.

Si trasladamos la cuestión al proceso penal español, llegaríamos a igual o similar conclusión, salvadas las diferencias, en primer lugar, mediante la aplicación del art. 851.1 de la LECrim, que permite la casación “cuando en la sentencia no se exprese clara y terminantemente cuáles son los hechos que se consideren probados, o resulte manifiesta contradicción entre ellos, o se consigne como hechos probados conceptos que, por su carecer jurídico, impliquen predeterminación del fallo”, relacionándolo con el numeral 2, que lo permite cuando “en la sentencia sólo se exprese que los hechos alegados por las acusaciones no se han probado, sin hacer expresa relación de los que resultaren probados”. Por tanto, se podrá fundar el recurso en la falta de claridad y determinación de los hechos probados, que nada tiene que ver con el mayor o menor detalle del

relato fáctico;<sup>132</sup> la contradicción entre hechos probados; la sustitución por conceptos jurídicos predeterminantes del fallo, y la falta de prueba.

En segundo lugar, el art. 849.2, LECrim, regula como motivo de casación el error en la apreciación de la prueba, “cuando en la apreciación de las pruebas haya habido error de hecho, si este resulta de documentos que muestran la equivocación evidente del juzgador, y no estuviesen desvirtuados por otras pruebas”. Lo que permite este motivo, al igual que el del art. 851.1, es controlar la racionalidad del juicio histórico-fáctico que ha llevado al tribunal a decidir de una determinada manera, pero no la sustitución de la valoración. Este motivo de casación ha sido profusamente tratado por la jurisprudencia española.<sup>133</sup> A través de este motivo se permite rectificar afirmaciones de hecho del relato fáctico, cuyo error se derive de un documento del que se deduce otro hecho de signo contrario; pero también permite completar ese relato con otros hechos que han sido omitidos y que, en cambio, tienen trascendencia a efectos de la calificación jurídica de los hechos, grados de participación y de ejecución, etc.

Como ya hemos afirmado en numerosas ocasiones en estas páginas, la libre valoración de la prueba no significa otorgar “una carta blanca” al juzgador para que pueda realizar una valoración arbitraria, ilógica o irracional; sino que deberá fundarse en la razón, las pautas normales de comportamiento humano y las máximas de la experiencia.<sup>134</sup>

132 Véanse las SS TS del 14 de diciembre de 1985; 20 de octubre de 1988 y 14 de febrero de 2000, entre otras, donde se establece que lo que se exige es que la sentencia no carezca de una relación de hechos probados, y sobre todo que haya una conexión entre los hechos descritos y considerados probados, y las consecuencias jurídicas a las que se llegue, conexión que deberá ser lógica y racional. Véase Conde-Pumpido, 2004: 3575 y ss.

133 Sobre la admisibilidad de este motivo, véanse las SS TS del 14 de diciembre de 1985; 30 de enero de 1986; 18 de diciembre de 1986; 24 de junio de 1991; 14 de noviembre de 1991; 30 de enero de 1996; 5 de febrero de 1996; 19 de enero de 1998 (RA 21); 28 de enero de 1999 y del 29 de septiembre de 2000, entre otras, de donde se deduce que: 1º) Se debe poner de manifiesto un error sufrido en la narración de los hechos que se declaren probados, dejando constancia de los que no se han producido en la realidad, determinado dicho error una apreciación distinta de los hechos; 2º) El error debe estar basado en una prueba documental, excluyendo pruebas de otra naturaleza; 3º) La prueba alegada para demostrar el error no puede desvirtuarse por otros medios de prueba; y 4º) Que se indiquen los particulares del documento que sirven de apoyo para argumentar la equivocación alegada.

134 Cortés Domínguez, 2011: 380.

Ahora bien, consideramos que incluso sería posible fundar el recurso de casación en los motivos del art. 852, LECrim, y 5.4 LOPJ<sup>135</sup> es decir, en la infracción de precepto constitucional, concretamente en la vulneración de derechos fundamentales reconocidos en el art. 24 de la CE, tanto por vulnerar el derecho fundamental a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, como el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Respecto a este último, no debemos olvidar que el deber de motivar las sentencias se recoge en nuestra Constitución, no en el art. 24, sino en el 120.3; pero el primero de ellos contempla el derecho “a obtener la tutela judicial efectiva [...] sin que en ningún caso, pueda producirse indefensión”, dentro del cual, como integrante de su contenido esencial, indiscutiblemente está el deber de motivar las sentencias, lo que presupone, en palabras de Montero Aroca, “la misma existencia de la motivación (SSTC 176/1985, 13/1987), la suficiencia de la misma STC 100/1987) y también el que no sea arbitraria pues equivale a inexistencia”.<sup>136</sup> Creemos que es una opción personal del recurrente el optar por uno u otro. Reiteramos que en este caso se podrá controlar si los hechos probados se obtuvieron atendiendo o no a las reglas de la lógica.

Si el Tribunal dejara de motivar en la sentencia la valoración que hubiera realizado de la prueba, no solo del dictamen pericial sino de cualquiera de ellas, creemos que, en principio, podría fundamentar su recurso en la falta de motivación que supone, de forma clara y evidente, una infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías procesales, concretamente las reguladoras de la sentencia, dada la necesaria motivación que la misma debe contener.

En España, lo cierto es que la impugnación por falta de valoración de la prueba viene dificultada, casi nos atreveríamos a decir que

135 Sobre la compatibilidad entre el motivo del art. 852 —infracción de precepto constitucional— y el art. 849, véanse Cortés Domínguez, 2011: 550-551; Conde-Pumpido, 2004: 3535. El art. 5.4 LOPJ establece que “En todos los casos en que, según la ley, proceda recurso de casación, será suficiente para fundamentarlo la infracción de precepto constitucional”.

136 Montero Aroca, 2010: 263; El tema también lo trata, con una exhaustiva jurisprudencia, Picó i Junoy, 1997: 60-65; De la Oliva, 1999: 419-420; Moreno Catena, 1996: 198 y ss. Véanse también, entre otras, las SS TC 132/1991, del 17 de junio; 368/1993, del 13 de diciembre; 181/1998, del 17 de septiembre; 157/2003, del 15 de septiembre; y las SS TS del 9 de diciembre de 1994 (RA 9371); y del 22 de octubre de 2001 (RA 9611).

imposibilitada, por la criticable valoración conjunta de la prueba. El tribunal, en el razonar lógico que le lleva a tomar una decisión sobre la cuestión litigiosa que se le plantea, debería dejar constancia en la sentencia de cuál ha sido la apreciación concreta que hace de todas y cada una de las pruebas practicadas en el juicio y que le han servido para alcanzar su convicción, de forma que las partes podrían controlar ese proceso de formación interna de la sentencia. Sin embargo, la práctica jurisprudencial está permitiendo la valoración conjunta de la prueba practicada, lo que impide absolutamente realizar tal vigilancia y la consiguiente impugnación, especialmente en los casos en que la prueba debe ser apreciada legalmente, pues se suele acudir a la utilización de fórmulas tipo “en base a las pruebas practicadas en juicio”, etc. De esta forma, los tribunales están escudándose en esta técnica permitida por el TS para incumplir su obligación constitucional de motivar las sentencias.

#### 4. Conclusión

Por tanto, y en definitiva, el dictamen pericial se va a valorar conjuntamente con los demás medios de prueba practicados, de forma racional o lógica, sin necesidad de acatar lo que en él se establece, y dejando constancia, en todo momento, de cuáles han sido las razones que han guiado tal apreciación.

Con todo, no podemos cerrar estas páginas sin hacer referencia a una realidad incuestionable, ya que los dictámenes periciales tienen un carácter cada vez más especializado o técnico que dificulta enormemente su comprensión y, por tanto, su valoración por parte del órgano jurisdiccional; con lo que este en muchas ocasiones se verá abocado a resolver la cuestión siguiendo lo establecido en el dictamen realizado, al carecer de elementos o conocimientos suficientes para poder realizar una valoración crítica de su contenido.

#### Bibliografía

- Asencio Mellado, J. M. (2000). *Derecho Procesal Civil*. Madrid: Tirant Lo Blanch.
- Montero Aroca, J., J. L. Gómez Colomer, A. Montón Redondo y S. Barona Vilar (2004). *Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal*. 18.<sup>a</sup> ed. Valencia: Tirant lo Blanch.

- Abel Lluch, X. y J. Picó i Junoy. (2009). *La prueba pericial*. Barcelona: Bosch.
- Cabañas García, J. C. (1992). *La valoración de las pruebas y su control en el proceso civil*. Madrid: Trivium.
- Climent Durán, C. (1990). "Sobre el valor probatorio de la prueba pericial (comentario a la sentencia de 23 de febrero de 1989 del Tribunal Supremo)". *RGD 547*: 2121-2173.
- Conde-Pumpido Ferreiro, C. (Dir.). (2004). *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal y otras normas complementarias*, vol. IV. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Moreno Catena, V. y V. Cortés Domínguez. (2011). *Derecho Procesal Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Couture, E. (1958). *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Editoriales Jurídicas Europa-América.
- Miguel y Alonso, C. (1972). "La científicidad de la prueba pericial y la libertad de apreciación del juzgador en el proceso civil español". *RDP 1*. Madrid.
- Devis Echandía, H. (1967). "La iniciativa probatoria del juez en el proceso contemporáneo". *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal 4*: 648-670.
- . (1969). *Función, naturaleza y técnica de valoración de la prueba*. Madrid: RDP.
- . (1972). *Científicidad de la prueba en relación especialmente con los dictámenes periciales y la libertad de apreciación del juzgador*, RDP.
- Döhring, E. (1986). *La investigación del estado de los hechos en el proceso. La prueba: su práctica y apreciación*. Trad. T. Banzahf. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.
- Fairén Guillén, V. (1969). *Informe de la Universidad de Valencia sobre el "Anteproyecto de Bases para el Código Procesal Civil"*. Valencia: Vicente Rico.
- . (1990). *Doctrina General del Derecho Procesal. Hacia una Teoría y una Ley Procesal Generales*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- . 1991. "Reglas de la sana crítica y casación". *Revista de Derecho Procesal 1*: 7-34.
- Font Serra, E. (1974). *La prueba de peritos en el proceso civil español*, Barcelona: Ed. Hispano Europea.
- Garciandia González, P. M. (1999). *La peritación como medio de prueba en el proceso civil español*. Pamplona: Aranzadi.
- López-Muñiz Goñi, M. (1995). *La prueba pericial. Guía práctica y jurisprudencia*. Madrid: Colex.
- Montero Aroca, J. (1998<sup>a</sup>). "Los principios informadores del proceso civil en el marco de la Constitución". En: *Trabajos de Derecho Procesal*. Barcelona: Bosch.
- Montero Aroca, J. (1998<sup>b</sup>). *La prueba en el proceso civil*. Madrid: Civitas.
- Montero Aroca, J., J. L. Gómez Colomer, A. Montón Redondo y S. Barona Vilar. (2010). *Derecho Jurisdiccional I. Parte general*. 18.<sup>a</sup> ed. Valencia: Tirant lo Blanch.

- Montón Redondo, A. (1978). "Valoración de la prueba e interpretación de los resultados probatorios". *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana 2-3*: 374-393. En: Montero Aroca, J., J. L. Gómez Colomer, A. Montón Redondo y S. Barona Vilar. *Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal*. 18.<sup>a</sup> ed. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Moreno Catena, V., V. Cortés Domínguez y V. Gimeno Sendra. (1997). *Introducción al Derecho Procesal*. Madrid: Colex.
- Moreno Catena, V. y V. Cortés Domínguez. (2004). *Derecho Procesal Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Muñoz Sabaté, L. (1993). "La valoración de la prueba y su impugnación tras la reforma del recurso de casación civil". *La Ley 3*: 1010-1018.
- Oliva Santos, A. de la. (1999). En: Oliva, de la / Díez-Picazo / Vegas. (1999). *Derecho Procesal. Introducción*. Ed. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces.
- Oliva Santos, A. de la, I. Díez Picazo y J. Vegas Torres. (2004). *Derecho Procesal. Introducción*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces.
- Onecha Santamaría, C. (1975). "La prueba pericial". *RDP 2-3*: 627-642.
- Picó i Junoy, J. (1997). *Las garantías constitucionales del proceso*. Barcelona: Bosch.
- Prieto Castro y L. Ferrandiz. (1982). *Tratado de Derecho Procesal Civil. Tomo I*. Pamplona: Aranzadi.
- Ramos Méndez, F. (1996). *Derecho Procesal Civil*. Barcelona: J. M. Bosch.
- Sánchez García, T. (1989). "Valoración de la prueba pericial". *Revista del Poder Judicial 7*: 87-91, número especial.
- Sentís Melendo, S. (1979). *La prueba. Los grandes temas de derecho probatorio*. (1979). Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.
- Stein, F. (1990). *El conocimiento privado del juez*. Trad. De la Oliva Santos. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces.
- Serra Domínguez, M. (1969). *Estudios de Derecho Procesal*. Barcelona: Ariel.
- Tomas y Tio, J. M., A. Vives Romani, J. Hoyos Viejobueno y L. Nogueira de la Luna. (1989). "Aspectos jurídico-procesales de la prueba pericial de arquitectos". *Revista del Poder Judicial 7*: 23-54, número especial.
- Vegas torres, J. (1993). *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*. Madrid: La Ley.
- Viada López-Puigcerver, C. (1951). *Naturaleza jurídica de la pericia*. Anuario de Derecho Penal y Ciencias penales, vol. IV.



# Concepto, objetivo y método del derecho procesal

*Luis Bernardo Ruiz Jaramillo\**

Sumario:

1. Introducción. 2. Concepto de derecho procesal. 2.1. Posición, función y efectividad del derecho procesal. 2.2: La teoría general del derecho procesal. 3. Métodos del derecho procesal. 4. La verdad procesal: entre la correspondencia y el consensualismo. 5. Estado de la dogmática del derecho procesal en Colombia.

## **1. Introducción**

En las siguientes páginas se aborda el problema teórico más importante para el derecho procesal, el carácter de su disciplina. Para que se pueda hablar de derecho procesal es necesario hacer referencia al mismo como disciplina de estudio, para lo cual hay que preguntarse por su concepto, su objeto y su método. Aunque tradicionalmente han existido diversas

---

\* Profesor del Área de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, Facultad en la que también se desempeña como coordinador académico de la Maestría en Derecho. Magíster del Instituto de Filosofía de la misma Universidad.

teorías sobre la disciplina del derecho procesal, el asunto aún no ha sido resuelto satisfactoriamente, sobre todo en la actualidad, en que aparecen nuevos fenómenos políticos y sociales que de una u otra manera inciden en el entendimiento de lo jurídico.

Aquí se busca dar respuesta sobre el concepto de derecho procesal, el objeto y el método, teniendo presente que en un esquema constitucional como el colombiano, un aspecto basilar es la prevalencia y aplicación directa de los derechos fundamentales. Asimismo, se aborda la incidencia que tiene la implementación de la concepción consensual de verdad procesal, que se viene extendiendo por parte del legislador en los distintos órdenes jurídico-procesales. Sin duda alguna, teniendo como perspectiva las distintas legislaciones que aparecen en los últimos años en Colombia, siempre será una cuestión de actualidad la posibilidad de la construcción de una teoría general del proceso.

Para abordar esta problemática, en el texto se presenta la siguiente distribución temática: en primer lugar, el concepto de derecho procesal; en segundo lugar, los métodos de la disciplina; en tercer lugar, el asunto de la verdad procesal y, finalmente, unas reflexiones sobre el estado actual de la dogmática procesal en Colombia.

## 2. Concepto de derecho procesal

### 2.1. Posición, función y efectividad del derecho procesal

De acuerdo con Guasp,<sup>137</sup> para averiguar qué es derecho procesal hay que resolver los siguientes problemas: ¿cuál es la posición del derecho procesal dentro del cuadro de las disciplinas jurídicas? ¿Cuál es su función primordial en cuanto conjunto de normas o sector del ordenamiento jurídico? ¿Cuál es su auténtica efectividad? El problema de la posición equivale a preguntarse si el derecho procesal es derecho público o privado; el asunto de la función es si es material o instrumental; y la efectividad hace referencia al carácter absoluto o disponible de sus normas.<sup>138</sup>

137 Guasp, 1997.

138 *Ibíd.* 57.

Adicionalmente, hay que preguntarse: ¿qué tipo de discurso es el derecho procesal? Cuestión esta que apunta a determinar el tipo de disciplina de que trata el derecho procesal, y su carácter o no de científico.

En primer lugar, en cuanto al carácter público del derecho procesal, hay que mencionar que este se toma, sobre todo, en el sentido que el Estado es el detentador del poder público o de la soberanía, en la realización de la justicia frente a los conflictos.<sup>139</sup> Según Guasp, el Estado no solo coordina a las partes sino que es el sujeto supraordenado a ellas.<sup>140</sup> El poder de soberanía es el componente público por definición de la realización de la justicia estatal; y es, además, una de las bases políticas de la modernidad, en la cual el poder político centraliza las armas y monopoliza el ejercicio de la justicia dentro de la comunidad. La consecuencia más importante de este punto de partida es que los jueces son los que encarnan el poder público de soberanía del Estado de procesar los conflictos y decidirlos. El monopolio de la justicia en el poder de soberanía del Estado se manifiesta con el poder jurisdiccional de procesar el conflicto y de decidirlo. Es la soberanía del Estado, por medio de sus jueces, quienes aplican las reglas jurídicas para discutir la verdad del derecho y los hechos en conflicto, y para decidir sobre esa misma verdad.

Hay que precisar que el Estado resuelve muchos tipos de conflictos por medio de sus órganos políticos o administrativos o judiciales; no obstante, el derecho procesal ha tenido como ámbito de aplicación el de los conflictos que procesan y deciden los jueces; los demás conflictos, tradicionalmente no han sido objeto de reflexión por parte del derecho procesal. Por lo tanto, los macroconflictos económicos y sociopolíticos, tales como la escasez económica o las guerras o conflictos de disputa de soberanía, han tenido solución mediante los órganos políticos y administrativos del Estado; y los microconflictos que ocurren en los diversos ámbitos privados de las familias o la sociedad que no logran llegar a los jueces, se resuelven libre y espontáneamente por los mismos sujetos involucrados o mediante procedimientos administrativos.

139 Quintero y Prieto, 2008: 11.

140 Guasp, 1997: 57.

No obstante, aproximadamente en las dos últimas décadas aparecen dos retos para la teoría del derecho procesal: de un lado, la expansión de mecanismos de resolución de conflictos de los ámbitos privados hacia los procedimientos judiciales; y del otro, la extensión que ha hecho la jurisprudencia constitucional del debido proceso, como derecho fundamental, hacia ámbitos de la administración y el derecho privado. Ejemplo de lo primero es la inserción de mecanismos negociales, denominados Mecanismos Alternativos de Resolución de Conflictos, en los procedimientos judiciales. ¿Cómo entender, desde la teoría jurídica, que mediante negocios sean las mismas partes las que decidan sobre el derecho y los hechos? Ejemplo de lo segundo es cómo entender los procedimientos como la justicia transicional, en los que a la negociación política se les insertan figuras del derecho procesal, como la competencia del juez, las reglas de la prueba y la sentencia.

En segundo lugar, en lo relacionado con la función del derecho procesal como plexo del ordenamiento jurídico, hay que tener presente que se concibe más como normas de garantía que como derecho instrumental o secundario. La concepción del derecho procesal como instrumental o secundario es inconsistente en la medida que, como lo considera Guasp, si la actuación de la pretensión es el componente central del proceso, va a ocurrir lo contrario: el derecho sustancial es el instrumento para el juez decidir sobre la pretensión; no significa esto que el derecho sustancial sea secundario con respecto al procesal; aun más, a veces ocurre que el juez puede amparar la pretensión sin derecho objetivo, como en los eventos en que puede estimarla con base en la equidad.<sup>141</sup> Tiene mayor capacidad explicativa definir el derecho procesal como garantía del derecho, que tratar de establecer distinciones ontológicas en ambos órdenes normativos. Basta con decir que las normas procesales establecen los órganos, ritualidades que tutelan o garantizan la efectividad del derecho. Por lo tanto, el procesal es un derecho que protege otros derechos. La jurisdicción, la acción y el proceso se encaminan a proteger derechos del orden legal o fundamental, e incluso en equidad.

Al respecto, dice Taruffo:

<sup>141</sup> *Ibíd.* 63.

[...] la cualidad de la decisión que concluye el proceso no es una suerte de *optional* omitible. Por el contrario: ella es una connotación fundamental del correcto ejercicio de la jurisdicción en un sistema democrático, como tal, fundado sobre el principio de legalidad. De este modo la decisión no puede prescindir de la correcta interpretación y aplicación de las normas: la legalidad de la decisión es una condición esencial de su justicia, pero eso presupone —precisamente— que la justicia de la decisión venga configurada como una finalidad fundamental de cualquier proceso que pueda definirse como justo.<sup>142</sup>

Para Guasp, desde la filosofía jurídica hay que decir que tanto las normas materiales como las procesales son a la vez instrumentos de consecución de un fin superior común.<sup>143</sup> Sin duda, de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, el fin superior último debe ser la realización de la justicia, aun por encima del valor de la seguridad jurídica (SC-543/02). El valor justicia en el esquema constitucional actual está constituido por los derechos fundamentales, los cuales por definición son subjetivos, en el sentido que entran a proteger a la persona en su dignidad. Según Ferrajoli,<sup>144</sup> los derechos fundamentales se constituyen en los fines últimos del Estado y, con mayor razón, del derecho procesal. Las normas procesales solo pueden entenderse en función de garantizar los derechos fundamentales, tanto sustantivos como procesales, en el proceso judicial. Por lo anterior, se insiste, el derecho procesal no es tanto instrumento del derecho sustantivo, sino más bien garantía de la dignidad humana y de los derechos fundamentales que se desprenden de ella.

En fin, uno de los grandes retos para el derecho procesal es precisamente la discusión que pone de presente la mencionada SC-543/02, consistente en que mediante un mecanismo cautelar o sumario como es la acción constitucional de tutela (o amparo) contra las sentencias ejecutoriadas, se les anulen sus efectos de cosa juzgada en protección de los derechos fundamentales. Se cuestiona, entonces, sobre la capacidad de la teoría del derecho procesal de hacer una deconstrucción de sus principales instituciones, como la cosa juzgada y el sistema de recursos o acciones contra las decisiones de los jueces.

<sup>142</sup> Taruffo, 2008: 6.

<sup>143</sup> Guasp, 1997: 61.

<sup>144</sup> Ferrajoli, 2001.

En tercer lugar, queda por estudiar la naturaleza del derecho procesal con respecto a la efectividad de sus normas, aspecto en que se pregunta si son modificables por la voluntad de las partes. En general, las normas procesales pertenecen a la esfera *ius cogens*; no obstante, existen normas que dan concesiones a las voluntades de las partes para que integren el mandato legal, por lo que son de la esfera del *ius dispositivum*. En materia procesal penal, los métodos autocompositivos han desembocado en un abierto eficientismo procesal cuando se han combinado con los premodernos mecanismos premiales, ya que se llega al extremo de renunciar a las garantías del juez, la defensa, la prueba y el juicio oral. En el proceso civil, si bien en Colombia los Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos aún no han tenido una marcada incidencia, en Estados Unidos, por ejemplo, según Taruffo,<sup>145</sup> evitan entre el 90% y el 98% de los litigios judiciales. Precisamente, el aumento de la autonomía de voluntad en el ámbito del derecho procesal por vía de la autocomposición conlleva una reflexión importante para la teoría procesal; la incursión del consensualismo en los procesos judiciales pone en cuestión ese carácter indisponible e imperativo que se le ha atribuido, por regla general, a las normas procesales.

## 2.2. La teoría general del derecho procesal

El concepto que se tenga del derecho procesal depende de cómo se conciba su objeto; y detrás de esta problemática existen otras discusiones también de mucha importancia: ¿es el derecho procesal una ciencia? ¿Es posible una teoría unitaria del derecho procesal?

En la última edición de su libro *Teoría general del derecho procesal* (2008), Quintero y Prieto explican que prefieren esta denominación a la de "Teoría general del proceso", que utilizaban antes, con el fin de que exprese contenidos distintos al concepto de proceso. La expresión "derecho procesal" es entendida por Quintero y Prieto, con la inspiración de Hart, como

<sup>145</sup> Taruffo, 2008.

el derecho para producir derecho [...]. Este aspecto del derecho procesal define la competencia, los actos procesadores y la jerarquía de las fuentes, es decir: quién puede producir derecho sustancial, mediante cuáles actos con sujeción a cuál jerarquía. Indica la manera como se produce en el universo jurídico la norma principio constitucional, la norma regla ley, el acto administrativo y la sentencia jurisdiccional.<sup>146</sup>

El concepto de derecho procesal en su entendido de jurisdiccional ha tenido diversos sentidos, como: la composición de una litis,<sup>147</sup> la realización del derecho objetivo,<sup>148</sup> la actuación de una pretensión,<sup>149</sup> el proceso y sus problemas conexos,<sup>150</sup> la función jurisdiccional,<sup>151</sup> o la justicia de la decisión.<sup>152</sup> No obstante, para los efectos de este trabajo se parte del concepto de derecho jurisdiccional de Quintero y Prieto, el cual es definido por los autores como "[...] el régimen de ese todo que se integra por las relaciones entre actor, opositor, juez para producir actos de procesamiento con respecto al litigio y con miras al logro de la sentencia en que se plasma la decisión judicial".<sup>153</sup>

Esta última definición se toma en el sentido de que el derecho procesal tiene como elementos indispensables en su definición el concepto de proceso como algo dinámico que contiene diversos tipos de relaciones entre dos sujetos que se encuentran en las posiciones de actor y opositor, y otro sujeto preordenado a los anteriores, que es el juez, y que producen diversos actos de procesamiento de una litis. Es importante tener presente que el concepto de litis es indispensable en el derecho procesal, ya que la soberanía del Estado expresada en la jurisdicción lo que busca es centralizar la solución de los conflictos sobre los derechos en una sociedad. En la definición tiene un papel central la sentencia como el componente en que se encuentra la decisión judicial. Este componente

<sup>146</sup> Quintero y Prieto, 2008: 1-2.

<sup>147</sup> Carnelutti, 1944: 16.

<sup>148</sup> Devis, 1993: 5.

<sup>149</sup> Guasp, 1997: 16.

<sup>150</sup> Alvarado, 1995: 45.

<sup>151</sup> Díaz, 1968: 7.

<sup>152</sup> Taruffo, 2002: 62-71.

<sup>153</sup> Quintero y Prieto, 2008: 8.

hace énfasis en que el proceso debe terminar con una sentencia definitiva que plasme la decisión del juez. La decisión judicial misma, tanto en lo relacionado con la verdad de los hechos como la corrección de la interpretación del derecho, son aspectos que en las últimas décadas se han convertido en objeto de estudio de los teóricos del derecho y también de los procesalistas.

Reparan Quintero y Prieto en que la teoría general del derecho procesal tiene como centro de discusión en la doctrina contemporánea la temática de la decisión judicial, por lo que todas “las instituciones procesales son solamente instrumentos para ese logro y solo en esa perspectiva encuentra justificación”.<sup>154</sup> Precisamente, en el ámbito concreto de la creación de la norma sustancial concreta en la sentencia judicial, el derecho procesal contiene, según Quintero y Prieto, tres categorías: jurisdicción, acción y proceso; contenidos estos que componen el denominado derecho procesal jurisdiccional, cuyas relaciones entre sí se dirigen al logro de la sentencia que plasma la decisión judicial.<sup>155</sup>

En lo relacionado con la teoría unitaria del derecho procesal, hay que decir que esta tiene fundamentos y objeto plausibles en la actualidad. Los procedimientos actuales, con todos los matices que conservan, tienen los siguientes conceptos básicos que los integran: los derechos constitucionales procesales, la jurisdicción, la acción, y algunos de los componentes del proceso. Todos estos contenidos mencionados son de carácter constitucional y tienen suficientes elementos comunes con los diversos procedimientos que permiten formar una disciplina con autonomía y objeto propios.

En efecto; de un lado, los derechos fundamentales procesales —debido proceso, acceso a la justicia, la prueba, la segunda instancia, defensa, publicidad— son la base de la validez de la configuración legal de los procedimientos y de los actos procesales, para todos los órdenes jurídicos procesales. Del otro, la jurisdicción es un concepto común en el sentido que los procedimientos judiciales tienen como sujeto central al juez como parte del poder judicial, las garantías que están conectadas con la

154 *Ibíd.* 5.

155 *Ibíd.* 8.

figura del juez, y la temática de las relaciones de poder en la estructura estatal. Asimismo, la acción es un concepto que permite abordar temas comunes como el del acceso a la justicia o la tutela judicial efectiva de las personas frente al servicio de justicia que presta el Estado: condicionamientos, igualdad formal y material, la pretensión, la defensa y la sentencia. Finalmente, existen unos componentes del proceso comunes, en sus aspectos básicos, a los procedimientos judiciales, tales como los presupuestos, los sujetos como el pretensor y el resistente, los recursos procesales, las cautelas, las reglas del derecho probatorio, las ineficacias procesales y las decisiones judiciales.

Entre los años 1943 y 1944 es la época en que Guasp escribe *Concepto y método de derecho procesal*, donde, al referirse a la tesis unitaria del derecho procesal, plantea lo siguiente: a pesar de que existen leyes, prácticas del foro y jurisprudencia en los diversos procedimientos, todos estos pueden ser reconducidos a una noción común, la teoría general del proceso, con todas las manifestaciones particulares de la institución. Para este autor español, el desarrollo de una teoría general del proceso es la meta de la ciencia del derecho procesal.<sup>156</sup> No obstante, a renglón seguido dice que para la época señalada “No existe ni puede hoy eficazmente ser construida en detalle una teoría general del proceso válida para todas las ramas del orden jurídico que a este hacen referencia”.<sup>157</sup>

Respecto a la aparición de la Teoría General del Derecho Procesal como disciplina autónoma, Quintero y Prieto dicen que el español Niceto Alcalá Zamora y Castillo puede ser calificado como el precursor de esta, con su conferencia “Trayectoria y contenido de una teoría General del proceso”, ofrecida en San José de Costa Rica el 22 de abril de 1949; a partir de allí empieza a surgir en diversos países de América Latina la cátedra de dicha disciplina; en tal conferencia, el derecho procesal es definido como “la exposición de los conceptos, instituciones y principios comunes a las distintas ramas del enjuiciamiento”. Asimismo, se dice que esta disciplina no puede considerarse como una novedad, pues los temas que son su objeto de estudio se conforman desde el antiguo derecho

156 Guasp, 1997: 52-53.

157 *Ibíd.* 57.

romano, el canónico y el germánico; es, en cambio, un enfoque de abstracción y generalidad, así como de unidad que se proyecta sobre los singulares objetos de estudio, lo que emerge como auténtica novedad.<sup>158</sup>

Consecuente con el carácter abstracto y general de la disciplina del derecho procesal, Quintero y Prieto explican que esta corresponde a un estudio teórico, característico de la dogmática jurídica; es una construcción de conceptos que puedan ser considerados ajustados a la época, a las necesidades del proceso y al desempeño de la función jurisdiccional en un Estado moderno. Esta disciplina, en un sentido amplio, puede extenderse hasta el significado que corresponde a la normatividad de la producción del derecho sustancial en cualquiera de sus niveles: producción de la norma constitucional o legal, o el procedimiento necesario para hacer el acto administrativo o la sentencia. El vocablo *teoría* es de origen griego (*theoria*), y en su significado gramatical alude al conocimiento especulativo puramente racional considerado con independencia de toda aplicación o praxis.<sup>159</sup>

De otra parte, es importante abordar el tema del carácter científico del derecho procesal. Al respecto, Quintero y Prieto consideran que este carácter se admite como postulado para el derecho en general, como sistema de conocimientos que versan sobre un objeto determinado, constituido por normas jurídicas, para pregonar, abiertamente, que existe una ciencia del derecho y, por lo mismo, singularizar a partir del tronco común que existe una ciencia del derecho procesal, y también una teoría científica del proceso. Dado que pretende un conocimiento docto, utiliza la epistemología como doctrina de sus fundamentos y métodos, esencialmente crítica, que, por ende, estudia las condiciones de posibilidad, el origen, el valor y los confinamientos del conocimiento en ese campo.<sup>160</sup>

Cabe cuestionarse por los objetos de estudio que hagan parte de la Teoría General del Proceso, entendida en su carácter de ciencia, con los cuales puede conservar la unidad mencionada. Esta pregunta ya se

158 Quintero y Prieto, 2008: 1-2.

159 *Ibíd.* 2-3.

160 *Ibíd.* 2.

ha respondido parcialmente antes, cuando se mencionó que el derecho procesal comprende los procedimientos legislativos de creación de la norma abstracta y general, como también los procedimientos de generación de la norma individual por el juez, en el caso concreto. Lo primero es la disciplina denominada derecho procesal constitucional; y lo segundo, es el derecho procesal jurisdiccional. Disciplina esta última que en este trabajo, en términos generales, se ha definido y delimitado en sus contornos. No obstante, también se ha mencionado en este mismo trabajo que el derecho procesal ha venido incursionando con su sistema de garantías en otros ámbitos diversos al jurisdiccional.

Si nos ubicamos en el ámbito judicial de la aplicación del derecho, se puede hablar de un derecho procesal jurisdiccional que corresponde a la idea clásica y más pura del derecho procesal. Si el analista se ubica en los procedimientos de creación de las normas legales o constitucionales y de su control, está ante la disciplina del derecho procesal constitucional, en la que existen estudios que integran el derecho procesal y el derecho constitucional sustantivo. La visión amplia del derecho procesal conlleva a realizar estudios interdisciplinarios como el análisis de los derechos sociales y los procedimientos que buscan su efectividad, o en los eventos en que se estudian los Mecanismos Alternativos de Resolución de Conflictos y se integran aspectos de los procedimientos judiciales con las ciencias, como la psicología o la sociología.

Las anteriores bases permiten incluir en la ciencia del derecho procesal tres tipos de líneas contemporáneas relacionadas con este: las teorías de la decisión judicial, los estudios sobre el acceso a la justicia, y el análisis de los derechos y sus garantías. De un lado, lo que puede denominarse como la teoría de la decisión tiene como exponentes a los iusfilósofos italianos Taruffo y Ferrajoli, quienes siguen la línea que en su momento comenzó Wroblewski,<sup>161</sup> y que han cultivado con mucho esmero los iusfilósofos españoles Gascón, Ferrer, Igartúa e Ibáñez. Esta línea ha abierto el estudio del derecho procesal a los problemas de la filosofía jurídica de la interpretación del derecho y de la valoración de la prueba; y ha enriquecido el derecho procesal al incluir en sus estudios

161 Wroblewski, 2001.

los problemas de la epistemología jurídica, la argumentación; y por ende, introduce temas como el sistema de garantías que permiten el control del razonamiento del juez en el ámbito del establecimiento del derecho, como en la determinación de los hechos a partir de la prueba.

De otro lado, es importante la temática del acceso a la justicia, tanto judicial como en sus modalidades alternativas (métodos autocompositivos, heterocompositivos, o justicia comunitaria o restaurativa) por parte de las personas dentro de un Estado. Entre los cultores del acceso a la justicia están el italiano Cappelletti y el estadounidense Garth,<sup>162</sup> quienes conjuntamente hacen estudios interdisciplinarios entre el derecho procesal y las ciencias sociales a fin de analizar las condiciones formales o materiales para el acceso a la justicia por cualquier persona; cuáles son los obstáculos para acceder a la justicia; quién accede en realidad a la justicia, qué tipos de conflictos llegan a la justicia judicial y cuáles se excluyen; cuáles son los costos, etc. En Venezuela son sobresalientes los estudios de Elsie Rosales sobre el acceso a la justicia en el sistema penal, y en Colombia existe un grupo de investigación denominado De Justicias, que en gran medida exploran el acceso a la justicia en este país, y ha tenido mucha difusión uno de sus trabajos conjuntos entre el colombiano García y el portugués Soussa, *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*.<sup>163</sup>

Por último, una de las líneas de estudio del derecho más influyentes en la actualidad es la del garantismo, impulsada por Ferrajoli, en la que, con su propia concepción del positivismo, este autor hace reflexiones que tratan de unir tres planos de lo jurídico: la legitimidad, la validez y la eficacia; asimismo, se unen en un mismo análisis los sistemas de garantías sustantivos y los procesales, y se hacen estudios del funcionamiento de los diversos órganos del Estado —ejecutivo, legislativo y judicial— y de los poderes que existan en una sociedad determinada, y que inciden en el Estado de Derecho. La legitimidad hace referencia a que a partir de las categorías de los derechos fundamentales se establecen los contenidos materiales a los cuales se encuentran sometidos el mismo sistema

democrático y las diversas instituciones del Estado. La validez comprende las soluciones a los problemas de las antinomias y las lagunas jurídicas. La eficacia se refiere al problema de la adhesión en una determinada sociedad al sistema jurídico, ámbito en el que Ferrajoli se refiere a la incidencia que tienen los poderes paralelos o salvajes frente a las instituciones del Estado.

### 3. Métodos del derecho procesal

Cuando se habla del método de una disciplina se hace referencia a las formas de investigación. De acuerdo con Guasp (1997), en el ámbito del derecho procesal lo que se trata es de indicar los procedimientos para conocer el conjunto de normas que se refieren al proceso; o sea, el proceso mismo *sub specie iuris*.<sup>164</sup> Hacer referencia al método del derecho procesal como disciplina científica implica determinar las vías o caminos que nos conducen al conocimiento del derecho procesal, e indagar cómo aplicarlo.

Pero el estatuto científico del derecho no es comparable al propio de las ciencias de la naturaleza, ya que se trata de estándares muy distintos entre sí: en las ciencias naturales se habla en términos de causalidad o de probabilidad cualitativa o cuantitativa. En el ámbito de la ciencia jurídica se hace referencia a la admisibilidad de una elección. Señala Guasp que la dificultad de la admisión del derecho procesal como disciplina científica del derecho se debió a que la misma doctrina jurídica solo veía en el derecho procesal una serie de reglas para la aplicación formal y subsidiaria de normas de índole material, y se utilizaba preferentemente un método de exposición exegético que partía y se conformaba con el análisis de preceptos positivos, sin construir aquellos conceptos generales que le permitieran darle a la disciplina la significación que le es propia.<sup>165</sup>

El conocimiento del derecho procesal, lo mismo que en el derecho en general, ha estado entre dos extremos: de un lado el conceptualismo, y del otro el pragmatismo. El conceptualismo pregona la construcción de

162 Cappelletti y Garth, 1996.

163 Boaventura y García, 2001.

164 Guasp, 1997: 63.

165 Guasp, 1997: 73-74.

unas categorías que permitan la descripción, comprensión y análisis de los diversos fenómenos normativos que componen la disciplina. Hay dos tipos de conceptualismo: el formalista y la denominada jurisprudencia conceptual. El formalista se ocupa de la pureza del derecho, por lo que pregona la depuración en los conceptos y se afirma sobre la idea de utilizar exclusivamente las categorías del ordenamiento jurídico y la lógica formal en su analítica, con exclusión de los aportes que pueden venir desde otras disciplinas, como la filosofía o la sociología. Por su lado, la jurisprudencia conceptual amplía su marco conceptual, pero también parte del orden jurídico, comparando y ordenando sus nociones; no obstante, se le critica a sus cultores su desconexión con la realidad y su pretensión de servir más como fuente de solución de los casos o de los problemas, que como fuente de explicación o descripción analítica de los fenómenos jurídicos.<sup>166</sup>

Hay que advertir que en la actualidad jurídica existe una tendencia marcada hacia las construcciones teóricas que se enfocan tanto en el sistema normativo como también en la decisión judicial. Es decir, la ciencia jurídica tiene como objeto de reflexiones tanto el ámbito del legislador, que es el orden jurídico en cuanto sistema de reglas jurídicas, como también el ámbito de creación del derecho en la esfera particular, en la decisión del juez. Se considera la aplicación como un ámbito también de creación del derecho, y se toma muy en serio la idea de que el juez en la decisión integra la totalidad del derecho. Este fenómeno se hace mucho más visible con el reto que ha implicado para la teoría del derecho el conocimiento de los derechos fundamentales.

Precisamente, la polémica en la actualidad se encuentra básicamente sobre el conocimiento del derecho cuando este tiene en su base categorías de un grado amplio de indeterminación semántica, como los derechos fundamentales. En efecto, nuevos órdenes jurídicos como el colombiano, en el que los derechos fundamentales se constituyen en normas de obligatoria aplicación por los jueces en forma inmediata —según lo establece la Constitución Política en su artículo 85—, e inclusive tienen “primacía” —artículo 5— sobre otras normas del orden jurídico, y se

constituyen en los fines últimos del sistema de Estado Social de Derecho, son un reto para el analista jurídico sobre cómo conocerlos e integrarlos sistemáticamente en el sistema de reglas del ordenamiento jurídico. Este reto ha implicado respuestas desde las teorías iusfilosóficas positivistas y las denominadas constructivistas.

Sobre la forma de conocer los derechos fundamentales, la respuesta más elaborada desde el positivismo la ofrece Ferrajoli,<sup>167</sup> quien propone la denominada teoría coherencista, y asume como método la axiomática jurídica; la tesis en competencia se ofrece desde el denominado constructivismo, y su cultor más sobresaliente es Alexi,<sup>168</sup> quien pregona la denominada doctrina conflictivista de los derechos fundamentales, y asume como método el denominado principio de proporcionalidad. La perspectiva de Ferrajoli puede catalogarse como una propuesta de carácter epistemológico inspirada en el positivismo jurídico; en cambio, la de Alexi es una perspectiva no iuspositivista y que se ubica muy decididamente en las teorías jurídicas de la argumentación. Ferrajoli se caracteriza por crear una teoría de los derechos fundamentales en la cual parte de unos principios que son comunes a lo que él denomina democracias liberales de occidente. Por su parte, Alexi, para los efectos del presente estudio, tiene mucha importancia en la medida en que es el gran inspirador de la Corte Constitucional colombiana en lo relacionado con el test de proporcionalidad en la interpretación y aplicación de los derechos fundamentales en los juicios de exequibilidad de las normas.

En Ferrajoli existe una preocupación por encontrar una legitimación del sistema jurídico en unos contenidos axiológicos que se encuentran en lo que él denomina las constituciones políticas modernas de los países democráticos, y en los tratados internacionales de derechos humanos; en especial, encuentra como axioma principal el valor de la persona como fin y nunca como medio o instrumento; a partir de este axioma se desprenden cuatro criterios que sirven para determinar los principios axiológicos fundamentales: la igualdad, la democracia, la paz y la ley del más débil;<sup>169</sup>

167 Ferrajoli, 2001.

168 Alexi, 1993.

169 Ferrajoli, 2001: 314-371.

166 *Ibíd.* 80.

este último, según Ferrajoli, como tutela del individuo frente a los poderes salvajes de la sociedad.<sup>170</sup> De tales principios, Ferrajoli propende por la creación de una axiomática mediante la cual, formal y materialmente, se someta tanto al legislador en la creación de las normas jurídicas como al juez al momento de la aplicación de las mismas. En la epistemología garantista de Ferrajoli es posible buscar la verdad aproximativa en cuanto al contenido de las normas que son aceptables en el orden jurídico y las que el juez aplica al caso; se parte de unos principios, considerados como verdaderos, que al mismo tiempo son garantías del ciudadano en aras de controlar tanto al legislador como al juez.<sup>171</sup>

En Alexi se encuentra un sistema procedimentalista en el que no se busca la legitimación externa del orden jurídico en algún principio moral, ni tampoco se hace la inclusión en el sistema de algún estándar de moralidad social vigente en la sociedad. En este iusfilósofo existe un modelo de legitimación interna en el que se crea un marco de sujeciones en diferentes gradas, que se desarrollan en diversas sedes y tiempos; la primera grada tiene como punto de partida un componente extrasistemático denominado "discurso práctico general", del cual se extrae un código general de la razón práctica que tiene como función establecer las reglas de la discusión de los conflictos sociales. Luego, estas reglas de la razón práctica —la argumentación— se unen a las reglas jurídicas en el procedimiento legislativo —segunda grada— para el control de la discusión y la decisión en la creación de las normas. Luego, el discurso jurídico —tercera grada—, con la ayuda de la razón práctica, es el ámbito de la creación de redes de argumentación sobre los contenidos normativos, los cuales se encuentran en los precedentes judiciales y en la dogmática. Finalmente, se encuentra el procedimiento judicial —cuarta grada—, en el que la razonabilidad de la discusión y la decisión están sometidas a todas las anteriores gradas.<sup>172</sup> La pretensión de esta teoría procedimentalista es que la verdad fluya espontáneamente de estos procedimientos de la comunicación realizada bajo las condiciones ideales.

170 Ferrajoli, 2000: 122-125.

171 Ferrajoli, 1995: 47-66.

172 Alexi, 1993: 531-532.

En la aplicación de la norma procesal, la discusión más importante en la actualidad es si el formalismo procesal se considera neutral o si, en cambio, es valorativo, en el que la justicia se consagra como baremo de aplicación del derecho procesal. Puede decirse que una postura de formalismo procesal es tendencialmente neutral o de carácter valorativo en cuanto a las características y consecuencias que se le asignen a la configuración procesal.

En efecto, cuando se considera que el derecho procesal es un instrumento del derecho sustancial, que la seguridad jurídica se antepone a la justicia, que se garantiza solo la mera legalidad del juez, que a las partes solo se les protege su igualdad formal, que no puede hablarse en términos de favorabilidad en cuanto a la norma procesal, que las ineficacias procesales son taxativas y estrictamente formales, que reglas como la preclusión y la congruencia procesales son estrictas en su aplicación, es porque se está ante un formalismo neutral o avalorativo. En cambio, cuando se está en un esquema procesal en el que la justicia tiene más importancia que la seguridad jurídica, donde la norma sustancial es un instrumento para el juez decidir, donde se protege la igualdad formal y material de las partes, donde opera la favorabilidad de la norma procesal en cuanto a su vigencia, donde el sistema de ineficacias procesales es abierto y con componentes formales y materiales, donde la preclusión del acto se relativiza ante el derecho constitucional a la prueba o la defensa, donde la congruencia procesal es relativa de cara a la tutela judicial efectiva.

De conformidad con lo anterior se puede pregonar, por ejemplo, el respeto al juez preconstituido y la inmodificabilidad de la competencia, la aplicación del *lura novit curia* para corregir la rigidez de la regla de la congruencia procesal, la apertura de las causales de ineficacia procesal por infracción a los derechos constitucionales en el proceso, la ultraactividad para todo el proceso en el caso de reformas legislativas que afecten derechos procesales constitucionales, como el de la segunda instancia, la prueba o la defensa; las circunstancias de desigualdad material deben incidir en la carga de la prueba o en los desfavorecimientos probatorios. En fin, las normas procesales en su aplicación deben estar referidas al cumplimiento del fin mayor que es la justicia, y el contenido de esta no

puede ser otro que la realización de los derechos fundamentales, tanto sustanciales como procesales.

Al respecto, el procesalista brasileño Alvaro de Oliveira pregona el formalismo valorativo en América Latina, y dice del mismo:

[...] el formalismo está provisto de un poder ordenador y organizador que restringe el arbitrio judicial, promueve la igualdad de las partes y otorga mayor eficiencia al proceso, todo con miras a incentivar la justicia del proveimiento judicial. Y esto porque, en el fondo, en la esencia de todas las relaciones entre proceso y derecho material está un específico problema de justicia, donde aquél únicamente es justo si se desarrolló conforme a sus principios fundamentales y si resulta en consonancia con las reglas del sistema, tanto en el plano constitucional como en el infraconstitucional.<sup>173</sup>

#### 4. La verdad procesal: entre la correspondencia y el consensualismo

Es necesario hacer referencia a la discusión actual, en el ámbito concreto de la aplicación del derecho procesal, a los métodos de verdad que mayor importancia tienen en la actualidad: la verdad como correspondencia y la verdad consensual. Tal cual se mencionó antes, la incursión del consensualismo en el ámbito de los procesos judiciales ha significado un cambio profundo, no solo en la estructura del proceso, en sus fases y en el papel del juez, sino también en cuanto a la epistemología y los modos de verdad.

Los iusfilósofos Gascón, Taruffo y Ferrajoli coinciden en pregonar en el derecho procesal jurisdiccional una epistemología de tipo objetivista crítico, en el que se defiende el concepto semántico de "verdad como correspondencia", del filósofo Alfred Tarski.<sup>174</sup> Bajo esta concepción, la "verdad como correspondencia" se entiende en sentido nominal, y no real; es decir, se limita a indicar las condiciones de uso del término "verdadero". Los términos "verdadero" y "falso" se utilizan para designar la conformidad o la disconformidad de las proposiciones jurisdiccionales

respecto de los hechos y las normas. Bajo esta concepción de verdad, las proposiciones gramaticales no se toman como "imágenes" o "proyecciones" del mundo. Se advierte que la verdad procesal solo puede tomarse en un sentido aproximativo o probabilístico; por lo tanto, se rechaza la idea de una verdad absoluta o sustancial. Asimismo, se acude al filósofo Karl Popper para explicar el papel de la inducción como control o corrección del razonamiento, que permite determinar la verdad de un enunciado fáctico a partir de datos particulares, como las pruebas en un proceso judicial. De esta forma, la verdad objetiva como correspondencia es apenas un ideal a alcanzar en el derecho, aunque solo es esperable obtener una verdad subjetiva, es decir, verdad creada por un sujeto, el juez, quien a su vez, para el control del subjetivismo, se encuentra sometido al sistema de garantías constitucionales.

Los órdenes jurídicos que se estructuraron a partir de la ilustración han recogido, con las mutaciones que se han dado en el tiempo, tal epistemología objetivista, la cual se refleja en la idea de que es el juez como sujeto cognoscente en el proceso judicial el que declara en la sentencia los hechos que le llegaron a sus sentidos por medio de las pruebas judiciales. Es la soberanía del Estado representada en el juez la que declara, a partir de las pruebas, la verdad de los hechos que son supuestos fácticos de las normas jurídicas que regulan los derechos en litigio. Precisamente, una de las características de la globalización contemporánea la constituye la extensión de la cultura estadounidense a todos los países del mundo, y con mayor razón a los países latinoamericanos, como un propósito del imperio de globalizar un sistema procesal que unifique las formas de hacer justicia. Tal cual se dijo antes, tanto en materia civil como penal, en Estados Unidos el proceso judicial que termina con una decisión judicial basada en la verdad de los hechos es la excepción, y la definición del litigio mediante el consenso o el negocio procesal entre las partes es la regla general.

El consensualismo encuentra inspiración de la tradición filosófica estadounidense del neopragmatismo, el cual, según Suárez, en su versión más radical rechaza los postulados metafísicos de justicia, libertad o de lo bueno, así como los conceptos de verdad empírica de los hechos; para esta corriente no existen principios metafísicos universales que puedan

173 Alvaro de Oliveira, 2007: 411.

174 Gascón, 1999: 65-75; Taruffo, 2002: 59-69; Ferrajoli, 1995: 50-53.

establecerse a partir de la razón, como en su momento los propuso Kant, y el iluminismo en general; tampoco es posible para el ser humano conocer la realidad material, porque la realidad no existe. Es tan absurdo pensar en términos metafísicos como de realidad. No hay hechos ni principios universales; lo que existen son interpretaciones que hace la gente en su interacción con el lenguaje. Pero las interpretaciones son contextuales y varían en cada época. Para el neopragmatismo, la única verdad posible es consensuada mediante las reglas de la argumentación retórica.<sup>175</sup>

El problema de los negocios procesales sobre el objeto del litigio es el mismo problema del consensualismo, el cual, según Neumann, como método para obtener el conocimiento tiene el inconveniente de los procedimientos y reglas que llevan al consenso de no poder garantizar que se consideren los puntos de vista relevantes, ni pueda llegarse efectivamente a un consenso razonable,<sup>176</sup> ni a una forma de sopesar los argumentos, ni a la obligatoriedad de tener en cuenta el mejor argumento.

En fin, sin duda alguna el reto para la disciplina del derecho procesal es el de estudiar todos estos fenómenos contemporáneos, hacer su seguimiento, analizar su incidencia en el sistema jurídico de garantías y los efectos que pueda producir en la vida ordinaria de las personas.

Precisamente, cuando se trata de estudiar el problema de los efectos que producen las instituciones en las personas en lo relacionado con sus sistemas de garantías de libertad e igualdad, se tiene una de las propuestas de Ferrajoli: la fenomenología. Con este método se apuntala una posición crítica social, consistente en confrontar el ideal del derecho construido axiomáticamente de cara a la realidad; por tanto, se trata de examinar la conformidad de la realidad empírica con respecto a los ideales jurídicos; por ejemplo, Ferrajoli denuncia la desestructuración del Estado de derecho italiano en cuanto a las garantías ideales de la legalidad, la publicidad, los controles de la opinión pública y los tribunales; para él, esa desestructuración se manifiesta en la inserción de las políticas sociales asistencialistas, sin que se expresen con instituciones jurídicas que creen políticas públicas sometidas a tales principios, manipuladas por lo que

él denomina los poderes paralelos o salvajes que se dan dentro de la sociedad. Los poderes paralelos se ubican fuera de las sedes públicas, por ejemplo en los directorios políticos, y reparten los recursos públicos con la finalidad de manipular a las masas de votantes; así distorsionan, por esta vía, el procedimiento democrático mismo, con la gravísima consecuencia de deslegitimar al Estado.<sup>177</sup>

Se trata de un método dogmático crítico en el que no solo se hacen descripciones sobre el estado actual de los derechos sociales y sus garantías de eficacia, sino que se insertan categorías desde la filosofía del derecho —legitimidad del Estado— y tiene presentes componentes de la realidad social —poderes paralelos y salvajes—, pero estos componentes se estudian en armonía con el sistema de garantías constitucionales y legales de los derechos sociales. El derecho de acceso a la justicia como garantía de los derechos fundamentales o legales es susceptible de estudiarse desde la fenomenología, teniendo en cuenta el juego de roles de los sujetos jurídicos, instituciones, garantías procesales, y la legitimidad del aparato de justicia del Estado.

## 5. Estado de la dogmática del derecho procesal en Colombia

El derecho procesal en Colombia ha encontrado un importante desarrollo en el ámbito del derecho jurisdiccional. Gran parte de la producción académica se ha dirigido a realizar una teoría general del derecho procesal jurisdiccional y de los procedimientos en especial, como el civil, el penal, el laboral y el administrativo. En teoría general del derecho procesal hay dos obras sobresalientes: *Teoría General del Proceso*, de Devis,<sup>178</sup> y *Teoría General del Derecho Procesal*, de Quintero y Prieto;<sup>179</sup> este último logra conservar de mejor manera el componente teórico. La obra de Devis es la primera en profundidad y calado teórico que se da Colombia, y el libro en mención tiene la virtud de compilar el estado del arte sobre la Teoría General del Proceso de la doctrina colombiana, latinoamericana,

177 Ferrajoli, 2000: 126-139.

178 Devis, 1993.

179 Quintero y Prieto, 2008.

175 Suárez, 2005: 231.

176 Neumann, 2006: 40.

española e italiana, y en cierta medida de Europa. Ambas obras se concentran en el proceso jurisdiccional, se ocupan de su principalística y de sus estructuras básicas: jurisdicción, acción, proceso, pretensión, sujetos, recursos, comunicaciones, etc.

No puede dejarse por fuera de los estudiosos de la Teoría General del Derecho Procesal a otros autores destacados, como Azula con su obra *Manual de Derecho Procesal* tomos I y II,<sup>180</sup> Agudelo con sus obras *Introducción al estudio del Derecho Procesal y Proceso jurisdiccional*,<sup>181</sup> y Rico con su obra *Teoría General del Proceso*.<sup>182</sup> Estas son obras de mucha importancia conceptual y se ocupan de trazar la disciplina del derecho procesal —concepto, características, objeto, la norma procesal e historia— y también de dar cuenta de las estructuras básicas del proceso jurisdiccional —jurisdicción, acción y proceso—. No obstante, hay que decir que estas obras aún se confían de la idea según la cual el proceso civil sigue siendo la plantilla del proceso jurisdiccional en general, cuando la realidad ha venido variando, como puede verse si se miran todos los retos que el proceso penal le ha puesto a la Teoría General del Proceso, tales como los negocios procesales y las mutaciones que estos conllevan para las estructuras del proceso, como el juez, la prueba y el juicio oral. En otras palabras, los teóricos del derecho procesal han sido desbordados por la realidad de las instituciones actuales.

Existen, asimismo, otras obras del derecho procesal que expresamente se concentran en la Teoría del Proceso Civil, como es el caso de López, Devis y Rojas,<sup>183</sup> en las que básicamente se toman las estructuras de la Teoría General del Proceso —la disciplina y su caracterización, principios, norma procesal, jurisdicción, acción, proceso, pretensión, recursos etc.— y se ejemplifican con el procedimiento civil. Asimismo, existe una amplia literatura sobre los procedimientos civiles, de las cuales sobresalen *Compendio del derecho procesal civil*, de Devis;<sup>184</sup> *Manual*

180 Azula, 2010.

181 Agudelo, 1999 y 2007.

182 Rico, 2006.

183 López, 2009; Devis, 2009; Rojas, 2003.

184 Devis, 1993.

*de derecho procesal*, tomos 3, 4 y 5, de Camacho; e *Instituciones de derecho procesal civil colombiano*, de López.<sup>185</sup> Otros autores abordan temas puntuales, como es el caso de Parra en *Intervención de terceros en el proceso civil*.<sup>186</sup>

En el derecho probatorio ha existido también un importante desarrollo de la dogmática en Colombia; las obras más sobresalientes son las de Devis y Parra;<sup>187</sup> en el caso de Devis, se constituye en una de las obras clásicas en el idioma español del derecho probatorio, y logra realizar un estudio en el que se incluye el estado del arte en Latinoamérica y en Europa continental; la obra de Parra es en la actualidad la de más riqueza informativa, la de mayor actualización y profundidad. Otros autores han realizado interesantes aportes al derecho probatorio, tales como Azula,<sup>188</sup> Arenas,<sup>189</sup> Rodríguez,<sup>190</sup> y Rocha.<sup>191</sup> No pueden dejarse de lado estudios sobre la prueba en aspectos puntuales, como el de Ramírez sobre la prueba de oficio,<sup>192</sup> o el de Guerrero sobre los institutos probatorios en el proceso penal.<sup>193</sup>

Finalmente, en el ámbito del proceso penal se ha producido una importante dogmática por parte de autores como Bernal y Montealegre,<sup>194</sup> Camargo,<sup>195</sup> Fierro-Méndez,<sup>196</sup> y Ramírez,<sup>197</sup> entre otros.

Lo más característico de la dogmática colombiana en materia procesal es el estudio sistemático de principios e instituciones procesales,

185 López, 2009.

186 Parra, 1986.

187 Devis, 1995; Parra, 1994 y 1997.

188 Azula, 1998.

189 Arenas, 2003.

190 Rodríguez, 1997.

191 Rocha, 1990.

192 Ramírez, 2009.

193 Guerrero, 2009.

194 Bernal y Montealegre, 2002.

195 Camargo, 2004.

196 Fierro-Méndez, 2001.

197 Ramírez, 2001.

predominantemente de interpretación de disposiciones normativas; es por esto que muchos autores actualizan sus obras según las coyunturas legislativas. En realidad, fuera de las obras de Devis y Quintero y Prieto, son pocos los ejemplos de estudios teóricos en sentido estricto del término; fuera de los escritos de Parra, son escasos los análisis de derecho comparado; a excepción de Parra y Agudelo, son muy difíciles de encontrar los análisis que hagan una dogmática unida a componentes de la filosofía del derecho. Los estudios dogmáticos unidos a la sociología jurídica son inexistentes entre los procesalistas; estos estudios han venido más bien por juristas no procesalistas que hacen estudios interdisciplinarios entre la filosofía, la teoría del derecho y la sociología, como en el caso de García y Sousa.<sup>198</sup> En suma, la dogmática procesal colombiana es básicamente una descripción de elecciones de interpretaciones que el analista considera admisibles o correctas, sobre instituciones o disposiciones normativas, con escasos componentes estrictamente teóricos o de la dogmática crítica a partir de la filosofía o la sociología jurídica.

## Bibliografía

- Agudelo Ramírez, Martín. 1999. *Introducción al estudio del Derecho Procesal*. Medellín: Señal.
- . 2007. *El proceso jurisdiccional*. 2.<sup>a</sup> ed. Medellín: Comlibros, 438 p.
- Alexi 1993, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 607 p.
- Alvarado Velloso, Adolfo. 1995. *Introducción al derecho procesal*, primera parte. Buenos Aires: Rubinzal, 307 p.
- Alvaro de Oliveira, Carlos Alberto. 2007. *Del formalismo en el proceso civil (propuesta de un formalismo-valorativo)*. Lima: Palestra, 2007, 503 p.
- Arenas Salazar, Jorge. 2003. *Pruebas Penales*. 2.<sup>a</sup> ed. Bogotá: Doctrina y Ley, 771 p.
- Atienza, Manuel. 1997. *Las razones del derecho, teorías de la argumentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 268 p.
- Azula Camacho, Jaime. 1998. *Manual De Derecho Probatorio*. Bogotá: Temis, 1998.
- . 2010. *Manual de Derecho Procesal*, Tomos I-V. Bogotá: Temis.
- Bernal Cuéllar, Jaime y Eduardo Montealegre Lynett. 2002. *El proceso penal*, 4.<sup>a</sup> ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 624 p.

198 García y Soussa, 2001.

- Boaventura de Sousa, Santos y Mauricio García Villegas. 2001. *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*, Tomo I. Bogotá.
- Camargo, Pedro Pablo. 2004. *Manual de Enjuiciamiento Penal Colombiano, sistema acusatorio y juicio oral y público, conforme con el nuevo código de procedimiento penal*. Bogotá: Leyer.
- Cappelletti, Mauro y Bryant Garth. 1996. *El Acceso a la Justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Carnelutti, Francesco. 1944. *Sistema de derecho procesal civil*. Buenos Aires: Uteha.
- Devis Echandía. 1993. *Compendio de Derecho Procesal, Teoría General del Proceso*. Medellín: Diké, 624 p.
- . 1995. *Teoría General de la Prueba Judicial*. Tomos I y II. 5.<sup>a</sup> ed. Bogotá: ABC.
- . 2009. *Nociones Generales de Derecho Procesal Civil*, 2.<sup>a</sup> ed. Bogotá: Temis, 873 p.
- Díaz Clemente A. 1968. *Instituciones de derecho procesal, parte general*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 463 p.
- Ferrajoli, Luigi. 1995. *Derecho y Razón, Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 991 p.
- . 2000. *El garantismo y la filosofía del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 198 p.
- . 2001. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 391 p.
- Fierro-Méndez, Heliodoro. 2001. *Manual de Derecho Procesal Penal*. Bogotá: Leyer.
- Gascón Abellán, Marina. 1999. *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 230 p.
- Guasp, Jaime. 1997. *Concepto y método de derecho procesal*. Madrid: Civitas, 214 p.
- Guerrero Peralta, Oscar Julián. 2009. *Institutos probatorios del nuevo proceso penal*. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 285 p.
- López Blanco, Hernán Fabio. 2009. *Instituciones de derecho Procesal Civil Colombiano*, Tomo I, Parte General, 10.<sup>a</sup> ed. Bogotá: Dupré Editores, 1115 p.
- Quintero, Beatriz y Eugenio Prieto. 2008. *Teoría general del proceso*. Bogotá: Temis, 672 p.
- Neumann, Ulfried. 2006. *La pretensión de Verdad en el Derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 184 p.
- Parra Quijano, Jairo. 1986. *Intervención de terceros en el proceso civil*. Buenos Aires: Desalma.
- . 1994. *Tratado de la Prueba Judicial: El Testimonio*. Tomo I. 4.<sup>a</sup> Ed. Bogotá: Librería del Profesional.
- . 1997. *Manual de Derecho Probatorio: la prueba en los Procedimientos: Civil*,

*Penal (Ordinario y militar) laboral, contencioso, administrativo, canónico y en el derecho comparado.* 7.ª ed. Bogotá. Librería del profesional.

Ramírez Bastidas, Yesid. 2001. *El juicio oral en Colombia.* Bogotá: Jurídicas Gustavo Ibáñez.

Ramírez Carvajal, Diana María. 2009. *La prueba de oficio, una perspectiva para el proceso dialógico civil.* Bogotá: Universidad Externado de Bogotá, 393 p.

Rico Puerta, Luis Alonso. 2006. *Teoría General del Proceso.* Medellín: Comlibros, 874 p.

Rocha Alvira, Antonio. 1990. *De la prueba en derecho.* Medellín: Clásicos Jurídicos Colombianos, Diké.

Rodríguez, Gustavo Humberto y María Carolina Rodríguez. 1997. *Derecho Probatorio.* 7.ª ed. Bogotá: Ciencia y Derecho.

Rojas Gómez, Miguel Enrique. 2003. *El proceso civil colombiano.* v. 1. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 417 p.

Suárez, José Olimpo. 2005. *Richard Rorty: el neopragmatismo norteamericano.* Medellín: Universidad de Antioquia, 374 p.

Taruffo, Michele. 2002. *La prueba de los hechos.* Madrid: Trotta, 542 p.

———. 2008. "¿Verdad negociada?". *Revista de Derecho XXI* (1): 129-151, julio. En: [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-09502008000100006&lng=es&nrm=iso&tlng=es#n31](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502008000100006&lng=es&nrm=iso&tlng=es#n31) [consultada, 21 de septiembre de 2011].

Wroblewski, Jerzi. 2001. *Sentido y hecho en el derecho.* México: Fontamara, 334 p.

