



Universitat de Girona
Centre d'Estudis de Postgrau

Trabajo final de máster

Máster en Razonamiento Probatorio

Título: Justificación de los poderes probatorios del juez en el proceso civil: elecciones, riesgos y propuestas de superación

Alumna: María Pía Molina

Tutor: Dr. Jordi Ferrer Beltrán

Convocatoria Abril/2019

TRABAJO FINAL DE MÁSTER

Justificación de los poderes probatorios del juez en el proceso civil: elecciones, riesgos y propuestas de superación

ÍNDICE

1.- El rol del juez en el proceso civil.....	4
I. Introducción	4
II. Modelos o ideologías de procesos:	4
a) Estrictamente adversariales.....	5
b) No adversariales.....	7
III. Identificaciones erróneas.....	9
2.- La función jurisdiccional y sus presupuestos.....	10
I. Definiciones conforme a una necesaria toma de posición.....	10
II. Presupuestos:.....	11
a) La correcta determinación de los hechos: sobre la faz epistémica del proceso	11
b) Correcta interpretación y aplicación del derecho.....	13
c) Debido proceso.....	14
III. Corolario.....	17
3.- Tensiones y riesgos ¿cuánto de apariencia y cuánto de realidad?	17
I. Tensiones entre la búsqueda de la verdad y de la igualdad real:.....	17
a) Con el principio dispositivo.....	17
b) Con la imparcialidad del juzgador.....	20
II. Sesgos cognitivos: concepto, clases, incidencia en las decisiones jurisdiccionales y herramientas para su superación.....	23
4.- Los poderes probatorios del juez en concreto: sus manifestaciones.....	28

I.	En la fase de admisibilidad.....	28
II.	En la práctica de la prueba.....	29
III.	En la imposición de deberes de aportación de prueba: superación de la carga de la prueba concebida como regla de conducta dirigida hacia las partes.....	31
IV.	En los supuestos de inexistencia o insuficiencia de la prueba.....	33
5.-	Conclusiones.....	34
6.-	Bibliografía.....	36

1.- El rol del juez en el proceso civil

I.- Introducción

Sostener que el juez en el marco del proceso civil tiene poderes -o, incluso, en determinados casos, deberes- probatorios presupone, sin dudas, adoptar una particular definición respecto al rol que le cabe a aquél en el proceso. Por esta razón, comenzaré el presente trabajo adentrándome en esta temática.

A tal fin, se analizarán los principales modelos o ideologías procesales, pues el rol del juez dependerá, en definitiva, de las concepciones respecto a la naturaleza y fines del proceso que subyazcan tras cada sistema. En efecto, la dimensión cultural e ideológica del proceso, en la medida que impregna cada una de las instituciones procesales, no puede ser soslayada, sino que, por el contrario, debe ser tenida debidamente en consideración si lo que se pretende es alcanzar una verdadera y cabal comprensión de aquéllas.

De este modo, partiendo de la idea de que ninguna técnica jurídica es neutral desde el punto de vista ideológico (CAPPELLETTI, 1974, p. 83), se buscará indagar respecto a los fundamentos y elecciones que se esconden detrás de las principales posiciones que existen en torno a la función jurisdiccional.

Así, se analizarán a continuación dos de las ideologías en las que suelen dividirse clásicamente los sistemas procesales, esto es adversariales y no adversariales¹. Evidentemente, existen variaciones y matices dentro de cada una de ellas, por lo que no es posible hablar de único modelo adversarial o no adversarial. Tampoco se desconoce que con el paso del tiempo estos sistemas -como cualquier otro producto cultural- evolucionan y experimentan transformaciones, verificándose, incluso, “interferencias horizontales” entre ellos². Sin embargo, a los fines del presente trabajo -cuyo objeto no es ahondar en profundidad en los distintos sistemas- se considerarán sintéticamente las características que tradicionalmente los han diferenciado y las ideas sobre las que cada uno se estructura.

II.- Modelos o ideologías de proceso:

¹ Nótese que los sistemas opuestos a los adversariales no son necesariamente inquisitivos, como pareciera entender parte de la doctrina, ya que, como se verá más adelante, tal asimilación se basa en una errónea identificación.

² La interferencia horizontal es, en palabras de TARUFFO (2006: 92), “la imitación de un sistema o modelo por parte de otros sistemas, aunque derivados de experiencias históricas y líneas evolutivas muy heterogéneas”.

a) Estrictamente adversariales

Como claramente sintetiza MICHELLE TARUFFO (2010:p. 125) el modelo adversarial

“Se funda en la idea de que la mejor manera de resolver cualquier problema jurídico consiste en dejar el campo libre a la competición entre abogados que representan a individuos que persiguen sus propios intereses particulares, bajo el convencimiento que de este modo se consigue el equilibrio ideal de los intereses en conflicto”.

De esta manera, a grandes rasgos, las características principales del modelo bajo análisis son las siguientes:

- las partes son dejadas en libertad para, en el marco de las reglas procesales, enfrentarse de la forma en la que juzguen conveniente;
- el resultado de tal enfrentamiento es el que determina la solución del conflicto llevado a juzgamiento y
- el rol del juez se limita a asegurar que la contienda se desenvuelva con ajuste a las formas procedimentales.

Así, el papel preponderante y la dirección sustancial del proceso son asignados a las partes: son ellas quienes delimitan su objeto y los hechos controvertidos; quienes proponen la prueba a producir y la controvierten y, en definitiva, quienes deciden su resultado a través de su actuación procesal. Por otro lado, el rol del juez será el de controlar que la confrontación se desarrolle dentro de los cauces legales y adoptar la decisión que pondrá fin al proceso a través de la simple constatación del resultado de tal enfrentamiento.

Semejante diseño procesal se estructura con base en la creencia de que el involucramiento judicial en la investigación de los hechos socava la integridad del proceso de toma decisión, razón por la cual se impone una necesaria distancia entre el juez, por un lado, y la investigación de los hechos, el control de la prueba y la construcción legal del caso, por el otro. En atención a ello, aún cuando en los actuales ordenamientos anglo-americanos se asigne al juez un *managerial role* tendiente a garantizar que el proceso concluya eficazmente dentro de un plazo razonable y a través de un adecuado uso de los recursos, tales facultades de gerenciamiento de ningún modo implicarán otorgarle intervención en la investigación de los hechos (ZUCKERMAN, 2018, pp. 3, 4 y 8).

La principal razón que sustenta el aludido distanciamiento entre el juez y la reconstrucción de los supuestos fácticos es el temor a que un rol activo de este último vicie el proceso de reconstrucción de los hechos, en tanto se entiende que si se le permitiera intervenir

en él, todo el proceso se vería expuesto a ser distorsionado por los sesgos y la subjetividad del juzgador.

A partir de las características hasta aquí expuestas es posible colegir que, a pesar de que a veces se sostiene lo contrario, los sistemas adversariales sí tienen una pretensión de corrección epistémica y es precisamente ello lo que -en el marco de esta concepción- justifica el celo en la tajante separación entre las funciones de instrucción y de decisión; pues se entiende que procediendo de tal modo, es decir alejando al juez de los hechos y alentando la confrontación partidaria, la verdad saldrá eventualmente a la luz³.

Ahora bien, como sostiene HAACK (2014: 12), la genuina investigación es un intento tendiente a descubrir la verdad respecto a algún concreto interrogante y requiere del investigador una auténtica predisposición para buscar toda la evidencia posible, juzgar rectamente su fiabilidad y sus resultados y llegar a una conclusión sólo cuando se tenga adecuada evidencia que la respalde; por el contrario la “pseudo-investigación” es un intento para presentar el mejor caso posible para una conclusión determinada de antemano, por lo que se busca únicamente la prueba favorable a ésta, intentando excluir o desprestigiar la prueba contraria.

Claramente, la investigación que las partes llevan a cabo es de este último tipo, ya que su actuación se encuentra motivada y condicionada por su interés en acreditar la teoría del caso alegada como sustento de sus reclamos o defensas, por lo que, en la medida que la verdad no favorezca a su posición, recurrirán a distintas tácticas tendientes a esconderla o distorsionarla. En efecto, los abogados se manejan estratégicamente y usarán las herramientas que estén a su disposición para, por ejemplo, hacer a un testigo honesto parecer sospechoso y a un testigo idóneo lucir confundido o para buscar peritos complacientes (FRANKEL citado por HAACK, 2014: 39). Por otro lado, el diseño produce lo que DAMASKA (2015: 85) denomina la “polarización de los medios de prueba”, esto quiere decir que los distintos elementos probatorios no son concebidos como medios para reconstruir objetivamente los hechos de la causa, sino que simplemente son herramientas de las cuales las partes se apropian -seleccionándolas, preparándolas y presentándolas- para sustentar su teoría del caso.

Es por estas razones que los modelos adversariales, centrados exclusivamente en las partes, pese a perseguir la aproximación a la verdad de los hechos, no resultan idóneos para cumplir con el fin propuesto, ya que la confrontación entre las partes -en clave dialéctica-, si

³ Tal preocupación por la dimensión epistémica del proceso se evidencia, por ejemplo, en las *Federal Rules of Evidence* de los Estados Unidos en las que claramente se establece que el objetivo de este cuerpo normativo es, precisamente, la determinación de la verdad, a los efectos de garantizar la corrección de la decisión (FRE 102).

bien puede resultar una herramienta de suma utilidad, la mayoría de las veces no garantiza, por sí sola, tal fin. Evidentemente, son distintos los factores que pueden entorpecer o impedir la aproximación a la verdad, entre ellos la desigualdad económica o técnica de los litigantes e, incluso, en un marco de relativa equivalencia, ambas partes pueden estar interesadas en que la realidad de los hechos no sea descubierta y diseñar estrategias tendientes a tal fin. A más de ello, al impedirse la participación activa del juez en la práctica de la prueba, se lo priva de la posibilidad de aclarar las dudas cognoscitivas que las pruebas pueden suscitar en su razonamiento, y ello conlleva a un deterioro progresivo en su comprensión de los datos obtenidos (DAMASKA, 2015: 102).

Lo expuesto no implica afirmar que los modelos adversariales no se interesen por la adecuada reconstrucción de los hechos, sino que pese a tal pretensión, el método estrictamente adversarial no es el más adecuado a los efectos de alcanzar un conocimiento objetivo⁴. Sin embargo, tal conclusión no obsta al reconocimiento de que varias de las herramientas utilizadas en los sistemas adversariales tienen la virtualidad de contribuir a una mejor reconstrucción de los antecedentes fácticos, tal es el caso del *discovery*, cuyo objetivo fundamental es garantizar que ambas partes tengan un adecuado conocimiento de la evidencia en disposición de la contraria, por lo que, en definitiva, su instauración redundante -dentro de sus límites- en la mayor completitud del material probatorio y en la igualdad de las partes ya que “su ausencia hace que las decisiones ‘verdaderas’ de las disputas sean improbables en todos los casos en los que una parte es lo suficientemente desafortunada como para no tener pruebas importantes” (ALLEN, 2016:30)⁵.

Por último, debe señalarse que el sistema parece inspirarse en ideologías de corte netamente liberal e individualistas, lo que motiva que el proceso civil sea definido exclusivamente como un asunto privado de las partes y, como tal, solo sujeto a la autonomía de su voluntad. En efecto, el proceso es concebido como un juego de estrategia, donde es válido que venza quien desarrolle una mejor “jugada”, razón por la cual distintos autores comparan al proceso estructurado de esta manera con una competición deportiva⁶.

⁴ Léase en este sentido LAUDAN(2006: 4) y HAACK(2014: 22 y 33).

⁵ No obstante, debe destacarse que el *discovery* es manejado completamente por los abogados de las partes. “El juez actúa solo como un árbitro o referee cuando los abogados discrepan respecto a alguna cuestión, tal como la aplicación de alguna regla, el requerimiento de alguna evidencia o la negativa a presentarla. La dirección -y la investigación- propia de los jueces del civil law en esta instancia es, efectivamente, inusual en el commonlaw” (FLETCHER & SHEPPARD, 2005: 512).

⁶ Véase en este sentido TARUFFO (2010: 126), FERRER BELTRÁN (2017:90), OTEIZA (2009:195), entre otros.

b) No adversariales

Frente al modelo estrictamente adversarial pueden encontrarse una gran variedad de sistemas que, partiendo de la convicción de que los conflictos que se presentan ante el sistema de administración de justicia deben ser resueltos a través de una decisión que se funde “en la correcta aplicación de la ley a las circunstancias del caso concreto” (TARUFFO, 2010: 133), entienden que el proceso no puede ser confiado exclusivamente a la libre voluntad de las partes. Ello por cuanto se asume que la verdad de los hechos es una condición necesaria para la corrección de la decisión y que junto a los intereses particulares de los litigantes, convergen los del Estado y los de toda la sociedad democrática en la recta administración de la justicia.

Con base en lo antedicho, y en aras a obtener decisiones de calidad, se entiende que el juez debe estar comprometido con la búsqueda de la verdad y contar con las herramientas necesarias para conducir el proceso eficazmente en tal dirección. De tal manera, a diferencia de lo que ocurre con los sistemas adversariales, el juez pasará a tener intervención -en forma complementaria con las partes- en la investigación de los hechos, adoptando un rol más activo en la gestión de la faz probatoria del proceso.

Ahora bien, estas facultades no pueden ser entendidas como una negación del derecho a la prueba, sino más bien como un complemento de éste, por lo que el proceso debe ser estructurado de modo tal que se garanticen, al mismo tiempo, la vigencia del derecho a la prueba que asiste a cada una de las partes y las potestades instructorias del juez, con el objetivo de aumentar la cantidad de información relevante disponible y, en consecuencia, maximizar las probabilidades de acierto en la decisión final. En efecto, mediante la asignación de facultades probatorias al juez se tiende a disminuir el margen de error derivado de la falta o insuficiencia del material probatorio y a contrarrestar la tendencia de las partes a distorsionar la verdad, buscando, de este modo, que “la determinación de los hechos sobre la base de las pruebas deje de ser un asunto privado de las partes y de depender exclusivamente de sus iniciativas y de sus elecciones tácticas” (TARUFFO, 2010: 192 y ss.).

En síntesis, para estas ideologías la legitimación de la función jurisdiccional se funda no sólo en la faz procedimental sino también en un criterio externo de corrección. En virtud de este último se requiere, por un lado, que los hechos del caso sean reconstruidos, dentro de las posibilidades que se dan en el marco de un proceso judicial, de la manera más fiel posible, ya que se entiende que sólo de ese modo el derecho puede ser aplicado adecuadamente y, así, “implementar las políticas públicas que el Estado busca conseguir a través del derecho” (FERRER BELTRÁN, 2017: 90 y 91). Como consecuencia, la faz cognoscitiva del proceso y, por

lo tanto, la prueba de los hechos y la función epistémica de todos los sujetos del proceso -partes y juez- adquiere particular relevancia.

III.- Identificaciones erróneas

Hay quienes entienden que los modelos no adversariales, en la medida en que otorgan poderes de instrucción al juez civil, se basan en ideologías socio-políticas autoritarias e, incluso, antidemocráticas y, de tal modo, identifican a aquéllos con sistemas inquisitivos.

Léanse, por ejemplo, los siguientes pasajes de ALVARADO BELLOSO (2017):

- “Adviértase que si en un vaso de agua pura y cristalina se echa una sola gota de tinta azul, todo el contenido se tiñe de ese color. Y nunca será más lo que era hasta momentos antes. Igual cosa ocurre en el proceso: puede afirmar el legislador que norma a base de un sistema puramente acusatorio. Pero si en el respectivo contexto inserta una sola norma que tolere la prueba oficiosa del juzgador, por ejemplo, tiñó todo el cuerpo legal del más puro inquisitismo” (p. 228).

- “(...) el juez actúa -comprometiendo su imparcialidad- como un verdadero investigador en orden a procurar la Verdad para lograr con ella hacer Justicia conforme con lo que él mismo entiende que es ese valor, convirtiéndose así en una rara mezcla del justiciero Robin Hood, del detective Sherlock Holmes y del buen juez Magnaud” (p. 214).

En el mismo sentido MONTERO AROCA (s. f.:p. 274) afirma que:

“El aumento de los poderes del juez en materia probatoria no puede dejar de ser un reflejo del aumento de los poderes del Estado en la sociedad, aumento que responde a una concepción autoritaria del propio Estado y, por consiguiente, del papel del juez en el proceso civil”.

En síntesis, los autores citados, como muchos otros, entienden que si el juez abandona el rol de árbitro neutral al que lo limita el clásico sistema adversarial, se convierte automáticamente en una figura inquisidora y autoritaria. Sin embargo, como se verá en el tercer epígrafe del presente trabajo, esta es una tesis reduccionista que no se condice con la realidad, ni con las ideas que sustentan a los modelos no adversariales.

Lo que estos sistemas proponen no es la exacerbación de la autoridad judicial ni la anulación de las garantías y derechos de los litigantes sino la elaboración de un diseño procesal en el que tanto el juez como las partes puedan asumir un rol activo en la conducción del proceso en aras a arribar a decisiones jurídica y racionalmente correctas. Así, el papel del juez será

complementario y supletorio al de las partes⁷ y su función principal será precisamente la de efectivizar -no meramente declamar- las garantías sustanciales y procesales de las partes, por lo que, como se verá, su actuación y discrecionalidad estarán sujetas a los límites externos que el mismo sistema democrático le impone.

2.- La función jurisdiccional y sus presupuestos

I.- Definiciones conforme a una necesaria toma de posición

Definir la función jurisdiccional en cuanto a sus fines, alcances y dimensiones implica necesariamente la adopción de una determinada posición ideológica, filosófica y axiológica. La tesis que sostendré en el presente trabajo se sustenta en una concepción constitucional del Estado de Derecho.

De este modo, es necesario comenzar señalando que el paradigma del Estado constitucional de derecho impone “una doble sujeción del derecho al derecho”, (FERRAJOLI, 2004: 22), lo que implica reconocer que la democracia tiene no sólo una dimensión formal sino -y principalmente- una sustancial, sin la cual la primera carece de sentido, y que consiste, esencialmente, en el respeto de los derechos fundamentales y en la imposición de límites y controles al poder. Aparece, así, la idea de “legalidad sustancial” en oposición a la estricta legalidad propia del liberalismo y el surgimiento de una “constitución rígida”, concebida como norma suprema a la que se encuentran sujetos todos los poderes del estado, cuya actuación deberá, entonces, orientarse y adecuarse a las exigencias que imponen los principios y valores constitucionales. En síntesis,

“este modelo ya no se limita a programar sólo las formas de producción del derecho mediante normas procedimentales sobre la formación de las leyes sino que además programa sus contenidos sustanciales, vinculándolos normativamente a los principios de justicia - igualdad, paz, tutela de los derechos fundamentales- inscritos en las constituciones” (FERRAJOLI, 2010: 30 y 31).

En un modelo institucional así concebido el rol de la jurisdicción es claro: asegurar, en los casos llevados a su conocimiento, el efectivo respeto y vigencia de la Constitución. De esta

⁷ “ (...) de modo que cuando éstas ejercen completamente su derecho a proponer todas las pruebas disponibles y, por tanto, proporcionan al juez elementos suficientes para la determinación de los hechos -como ocurre frecuentemente en la práctica- no hay ninguna necesidad de que el juez ejercite sus poderes”(Taruffo, 2016: 262)

manera, la función jurisdiccional se erige en una garantía⁸ para los ciudadanos, consistente en la posibilidad de acudir a un órgano imparcial del Estado a los efectos de obtener una reparación en el caso de que sus derechos fundamentales hayan sido violados o, incluso, exigir una determinada actuación cuando ellos no han sido debidamente tutelados.

A tales fines, el juez no podrá conformarse con una aplicación estricta y acrítica del texto de la ley, sino que, ante todo, deberá examinar su validez constitucional. A su vez, para cumplir adecuadamente con su función, la aplicación del derecho requiere la correcta determinación de los hechos que motivan la controversia llevada a juzgamiento y, todo ello, en el marco de un proceso en el que se respeten las garantías de las partes.

De lo expuesto surge que la función jurisdiccional adquiere un rol trascendente en la configuración del estado constitucional, toda vez que al sancionar y reparar, e incluso prevenir, las violaciones a los derechos fundamentales de los ciudadanos, permite garantizar la vigencia de los valores democráticos.

Ahora bien, el mayor poder que se otorga a los jueces está también sujeto a límites ya que éstos no pueden ejercer la autoridad y el margen de discrecionalidad que les es conferido de un modo arbitrario, sino que, por el contrario, deben legitimar constantemente su función exponiendo en cada una de sus decisiones las razones que las motivan, demostrando que es la que mejor se ajusta, en el caso concreto, a la Constitución.

II.- Presupuestos:

a) La correcta determinación de los hechos: sobre la faz epistémica del proceso

En la medida en que el fin esencial del proceso judicial es arribar a una solución ajustada a derecho, la decisión a través de la cual se acojan o se desestimen las pretensiones formuladas por las partes debe ir precedida por una actividad tendiente a la adecuada reconstrucción de los antecedentes fácticos, pues sólo así podrán aplicarse correctamente las consecuencias jurídicas previstas en el ordenamiento. Sólo de esta manera, el Derecho cumplirá con su función motivadora de la conducta (FERRER BELTRÁN, 2007: 29 y 30.).

⁸ Siguiendo a FERRAJOLI(2004)entiendo por garantías a las “técnicas previstas por el ordenamiento para reducir la distancia estructural entre normatividad y efectividad, y, por tanto, para posibilitar la máxima eficacia de los derechos fundamentales en coherencia con su estipulación constitucional” (p. 25).

De este modo, la función jurisdiccional demanda una actividad cognoscitiva, consistente en la búsqueda “institucionalizada” de la verdad. Tal afirmación implica, por un lado, asumir una concepción de la verdad como correspondencia y, en consecuencia, entender que es posible alcanzar racionalmente el conocimiento sobre la verdad de los hechos y, por el otro, reconocer también que, en el marco procesal, la búsqueda de la verdad no es irrestricta, sino que se encuentra sujeta a los límites que nacen de la necesaria coordinación con los otros fines a los que debe tender el proceso.

En primer lugar, adoptar la concepción de la verdad como correspondencia significa, entender que “la realidad externa existe y constituye el baremo de medida, el criterio de referencia que determina la verdad o la falsedad de los enunciados que se ocupan de ella” (TARUFFO, 2010: 95), por lo que la verdad no puede ser concebida como fruto del consenso, sino como adecuación a los datos externos. A su vez, es necesario advertir que en ocasiones pueden existir dificultades para la aprehensión de esa realidad por nuestros sentidos, lo que, sin embargo, no implica que ello no sea posible, sino que simplemente se debe ser conscientes de la necesidad de “someter a los hechos a un riguroso análisis para determinar en qué medida son independientes y en qué medida construcciones del observador, así como en qué casos podemos conocerlos con objetividad” (GONZÁLEZ LAGIER, 2013: 11).

Con base en lo hasta aquí desarrollado puede sostenerse, entonces, que en el marco del proceso no sólo es posible, sino también necesaria la búsqueda de la verdad y que, consecuentemente, la actividad probatoria adquiere fundamental trascendencia, ya que a los efectos de determinar la verdad o falsedad de las alegaciones de las partes, el juez deberá acudir a los datos cognoscitivos que resulten de los elementos probatorios incorporados a la causa. Así, la prueba adquiere una función epistémica y no meramente persuasiva, pues dejará de ser meramente retórica para convertirse en la fuente de la determinación racional de los hechos.

Sin embargo, la búsqueda de la verdad se encuentra sujeta a límites y condicionamientos que surgen de los fines y garantías que el proceso está llamado a preservar, tales como la seguridad jurídica, la paz social, la celeridad en la toma de decisiones, el respeto por los derechos fundamentales, etc., lo que, en definitiva, incide en la calidad o en el grado del conocimiento que podrá obtenerse sobre las hipótesis fácticas.

En atención a ello, en el proceso judicial el conocimiento de la verdad será, la mayor parte de las veces, relativo ya que si bien “la verdad de un evento es inequívoca y está determinada unívocamente por la realidad del evento que representa y, por tanto, es “absoluta” en el sentido de que no admite graduación” (TARUFFO, 2010:99), la aproximación a ella y, por lo tanto, el grado de confirmación de las hipótesis, dependerá del contexto y de la cantidad y

calidad de la información disponible. Es que, como señala FERRER BELTRÁN (2005: 36), cuando en el ámbito del proceso se sostiene que una determinada proposición se encuentra probada, no se está afirmando la verdad de la proposición, sino que el conjunto de los elementos de juicios aportados en la causa aporta apoyo suficiente para tenerla por corroborada, por lo que puede ocurrir que

“una proposición sobre un hecho relevante para una causa judicial disponga en el proceso de elementos de juicio suficientes a su favor y que, en cambio, sea falsa. Por supuesto, también puede suceder que la misma proposición sea verdadera. Y, por otro lado, puede ocurrir que una proposición verdadera sobre un hecho relevante para la causa judicial no disponga de elementos de juicio suficientes a su favor o bien que sí disponga de ellos”.

No obstante ello, afirmar que el conocimiento que se obtendrá de la verdad será relativo y que, en consecuencia, no se podrá hablar de certezas sino más bien de probabilidades, no implica, de modo alguno, desmerecer el papel de la verdad. Por el contrario, sólo a partir de tal reconocimiento y de la consciencia de las dificultades que trae consigo la reconstrucción de los hechos pasados, se podrá emprender tal tarea con seriedad y adoptar las medidas necesarias a los efectos de maximizar las posibilidades de obtener información de calidad para corroborar o refutar, racionalmente, las hipótesis fácticas.

Siendo ello así, llama la atención la escasa formación que los funcionarios judiciales -y los abogados en general- reciben sobre estos temas. Muy poco -o nada- se enseña sobre los procesos inferenciales, fiabilidad epistemológica, estándares de prueba, etc. En consecuencia, las decisiones judiciales presentan serias falencias en estos aspectos y ello incide en la calidad de la decisión y, en definitiva, en la legitimación de la jurisdicción, toda vez que, como sostiene TARUFFO (2016b: 266), “la decisión es ‘buena’ si pone fin al conflicto estando justificada en criterios jurídicos y racionales, entre los que asume una importancia particular la verdad de la determinación de los hechos”.

b) Correcta interpretación y aplicación del derecho

El énfasis del presente trabajo no se encuentra en la faz estrictamente jurídica de la labor jurisdiccional, sino más bien en la epistemológica y procedimental, razón por la cual, respecto a aquella sólo diré que, una vez corroboradas o refutadas las hipótesis fácticas alegadas por las partes, el juez deberá acoger o desestimar las pretensiones formuladas, para lo cual deberá recurrir a las previsiones contenidas en el ordenamiento jurídico constitucionalizado. Ello, sin dudas, implica otorgar un mayor margen de discrecionalidad a los jueces y, en definitiva, un

redimensionamiento de sus tradicionales funciones, ya que “se ve compelido a llenar, con y desde la Constitución, los márgenes de indeterminación que la ley deja” (GASCÓN ABELLÁN & GARCÍA FIGUEROA, 2017: 38), lo que, a su vez, demanda de su parte un mayor esfuerzo intelectual y argumentativo a los efectos de acreditar la racionalidad de su decisión.

c) Debido proceso

Tanto la reconstrucción de los hechos de la causa como la decisión en torno a la aplicación del derecho a ese concreto supuesto fáctico deben producirse, además, en el marco de un “debido proceso legal”: sólo de este modo la función jurisdiccional se legitima en su integridad. En efecto, sólo podrá alcanzarse una decisión ajustada a derecho si confluyen la faz sustancial y la formal o procedimental -nunca una sin la otra-, pues el respeto por las formas no es un dato menor sino que constituye una garantía para el logro de los otros dos presupuestos y, en esa medida, la observancia de las reglas procedimentales se convierte, a su vez, en un derecho sustancial: el derecho a la tutela judicial efectiva.

En este sentido MARINONI (2006: 404) sostiene que el “proceso necesita un procedimiento que sea, además de adecuado para la tutela de los derechos, idóneo para expresar la observancia a los derechos procesales fundamentales, especialmente de aquéllos que la dan cualidad de instrumento legítimo al ejercicio del poder estatal”.

Una enunciación de estas concretas garantías la encontramos en el artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos: "toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal". Asimismo, el inciso primero del art. 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que: “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad a la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”.

Así, puede sostenerse que en el marco de un proceso jurisdiccional deben garantizarse, entre otros aspectos:

- el derecho de defensa de las partes, en condiciones de igualdad;
- la imparcialidad e independencia del juez llamado a decidir la controversia y
- que la determinación de los derechos sea alcanzada en un plazo razonable.

En primer lugar, el derecho de defensa de las partes -el cual se integra a su vez por otras

garantías- da cuenta de la confrontación dialéctica que debe caracterizar al proceso, ya que en éste deben darse las condiciones que propicien un debate efectivo entre las partes, frente al juez⁹. Al otorgarse a la jurisdicción el poder de poner fin a la controversia a través de una decisión que hará “cosa juzgada”, debe necesariamente garantizarse que ésta sea precedida por la suficiente y razonable oportunidad de las partes de ser oídas, de aportar prueba en respaldo de sus alegaciones, de controlar y oponerse -fundadamente- a los actos procesales de la contraria e incluso del órgano jurisdiccional y, en su caso, de impugnar estos últimos. De este modo, el derecho de contradicción, en tanto integrante del derecho de defensa, constituye no sólo una garantía epistémica sino también procesal.

Ahora bien, las posibilidades de actuación de las partes en condiciones de igualdad, deben ser reales y no meramente formales. No basta con declamar que todos los hombres y mujeres puedan acceder libremente a la jurisdicción en procura del restablecimiento de sus derechos vulnerados o para defenderse frente a las pretensiones ejercidas en su contra, sino que el Estado debe además controlar y, en su caso, implementar las medidas necesarias para asegurar que las diferencias que efectivamente existen entre los miembros de una sociedad no repercutan negativamente en su capacidad de participación en el proceso.

Lo expuesto implica reconocer, por un lado, que las tesis individual-liberalistas, al no hacerse cargo del impacto de los factores económicos, sociales y culturales, suelen conducir a injusticias y, por el otro, que ello no puede ser tolerado en un estado constitucional de derecho. La igualdad real se presenta, entonces, como una condición necesaria del debido proceso, de manera tal que ni el legislador ni el juez pueden permanecer ajeno a las diferencias ya que ello acarrea desigualdad y compromete la efectividad de los derechos fundamentales.

En consecuencia, la función jurisdiccional deberá ejercerse de conformidad al modelo que FERRAJOLI (2004: 75 y ss.) denomina como de “igual valoración jurídica de las diferencias”, lo que implica reconocer que de hecho existen diferencias entre los individuos, por lo que la igualdad no es un realidad sino una prescripción establecida normativamente que requiere que las diferencias sean tuteladas, respetadas y garantizadas.

En concreto, en el marco procesal ello se traduce en el deber del órgano jurisdiccional de contemplar la situación en la que se encuentra cada una de las partes y, en caso de advertir la existencia de diferencias -económicas, técnicas, socio-culturales o de otro tipo- que puedan repercutir en su capacidad de ejercer su derecho de defensa, arbitrar las medidas necesarias en

⁹ En este sentido, se sostiene que “el Derecho Procesal es el derecho de oportunidades de la palabra”(TRIONFETTI, 2010, p. 261).

procura de reequilibrar sus posiciones. Ello por cuanto “tratar igualmente a los iguales y desigualmente a los desiguales, en la medida de su desigualdad, constituye una garantía constitucional de isonomía” (TARTUCE, 2012: 22). Evidentemente, estas eventuales diferencias de tratamiento para ser legítimas deberán ser justificables racionalmente, por lo que el juez deberá exponer fundadamente las razones que ameritan la adopción de tales medidas. Como se desarrollará en el último acápite, lo hasta aquí expuesto repercute también en la faz probatoria, ya que, por ejemplo, en atención a las desventajas que pueden afectar a ciertos litigantes, se podrá imponer auténticos deberes de aportación de prueba.

Por otro lado, el debido proceso exige también que el órgano llamado a decidir la controversia sea un juez independiente e imparcial. Por independencia debe entenderse la sujeción exclusiva del juez a la Constitución y a las leyes, sin influencias ajenas a ellas, sean estas políticas o administrativas. No es un fin en sí misma, ni una prerrogativa pensada para privilegiar a los magistrados, sino una metagarantía en beneficio de los justiciables, en tanto condición necesaria de la imparcialidad.

A su vez, esta última es “un presupuesto necesario de la tendencial objetividad del juicio” (ANDRÉS IBÁÑEZ, 2007: 50), y demanda que el juez se aproxime a los hechos de la causa despojado de prejuicios o de predisposiciones a favor o en contra de alguna de las partes y guiado únicamente por el interés en la correcta determinación de aquéllos. No es un elemento inmanente sino que debe ser construido diariamente, a través de la práctica constante de la duda metódica, del distanciamiento de las propias convicciones, y de la conciencia de los propios sesgos.

A más de ello, el debido proceso exige la determinación de los derechos de los litigantes en un plazo razonable, puesto que, como tradicionalmente se sostiene “justicia tardía no es justicia”. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹⁰ ha entendido que la falta de razonabilidad en el plazo constituye, en principio, por sí misma, una violación de las garantías judiciales y que a los fines de determinar la razonabilidad del plazo se deben tener en consideración los siguientes elementos: complejidad del asunto; actividad procesal del interesado; conducta de las autoridades judiciales y la afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso. La exigencia bajo análisis impide, en muchos casos, que el proceso epistemológico de reconstrucción de los hechos se desarrolle acabadamente, lo que implica, en cierta medida, sacrificar el conocimiento de la verdad en aras de resguardar la celeridad, la seguridad jurídica y la pacificación social, en el entendimiento de

¹⁰ Cfr. Caso Fornerón e hija vs. Argentina, sentencia del 27 de abril de 2012, párr.. 66.

que la extensión indefinida de la duración del proceso repercute negativamente en la sociedad.

Por último, debe destacarse el carácter instrumental del proceso, lo que quiere decir que éste debe ser concebido como el medio para hacer efectivo los derechos sustanciales y no como un fin en sí mismo.

III.- Corolario

Todo lo hasta aquí expuesto evidencia la radical transformación que la función jurisdiccional experimenta en el Estado Constitucional de Derecho, en virtud del rol trascendente que se le asigna en procura del resguardo de los valores democráticos.

Asimismo, se produce la constitucionalización del proceso, toda vez que se entiende que en él, junto a los intereses de las partes involucradas en el litigio, converge el interés del Estado en la recta administración de justicia, por lo que éste no puede ser confiado exclusivamente a la autonomía de la voluntad de los litigantes. Por el contrario, el nuevo modelo y la concepción que en él subyacen, imponen al juez un rol más activo en la dirección del proceso, con el objeto de maximizar las posibilidades de obtener decisiones de calidad, es decir jurídica y racionalmente correctas.

Sin dudas, en la medida en que se otorga a la magistratura un mayor margen de discrecionalidad y de poder, se asume también un mayor riesgo; razón por la cual, a los fines de garantizar que la función jurisdiccional no sea ejercida de modo arbitrario sino racional, resulta de fundamental importancia el estudio de los distintos factores que pueden incidir en el razonamiento judicial. Igualmente, en atención a las objeciones que frecuentemente se alzan en contra de esta visión, deberá analizarse críticamente si, como usualmente se sostiene, el rol del juez que este modelo propugna atenta contra los principios que el proceso debiera garantizar.

3.- Tensiones y riesgos ;cuánto de apariencia y cuánto de realidad?

I.- Tensiones entre la búsqueda de la verdad:

a) y el principio dispositivo

Uno de los principios fundamentales sobre el cual se estructura el proceso civil es, sin dudas, el principio dispositivo. Respecto a éste se ha sostenido tradicionalmente que es "aquél en cuya virtud se confía a la actividad de las partes tanto el estímulo de la función judicial como

la aportación de los materiales sobre los que ha de versar la decisión del juez", señalándose como sus manifestaciones las siguientes:

- La jurisdicción siempre debe ser "rogada", lo que quiere decir que sólo es posible iniciar un proceso judicial a instancia de parte.
- El objeto del proceso es exclusivamente delimitado por las partes, a través del planteo de sus pretensiones y defensas.
- Las decisiones jurisdiccionales deben ser congruentes con aquél objeto procesal.
- Las partes conservan la disponibilidad del derecho material, pudiendo, por ejemplo, poner fin a la actividad jurisdiccional a través del desistimiento, del abandono tácito o de la transacción.
- La aportación de los hechos y de las pruebas corresponde también a las partes.

Como se observa, esta interpretación del principio dispositivo convierte a las partes en las dueñas absolutas no sólo del derecho material en discusión sino también del proceso, el cual es concebido como un "asunto privado de las partes", en tanto ámbito en donde se discute respecto a sus derechos privados y, por ende, disponibles.

Ahora bien, como se vio precedentemente, es a través del proceso que la jurisdicción cumple con sus fines, por lo cual, debe procurarse que el poder de disposición de las partes no comprometa el desenvolvimiento de la función pública de administrar justicia, la cual no sólo interesa a las partes involucradas sino a toda la sociedad.

A tal fin, debe destacarse que, en rigor, no todas las manifestaciones previamente enunciadas integran efectivamente al principio dispositivo, sino que la última -aportación de los hechos y de la prueba- constituye, en realidad, un principio distinto -el principio de aportación de parte-, cuyos fundamentos son, también, distintos.

En efecto, el principio de aportación de parte, en virtud del cual son exclusivamente las partes quienes deberán alegar los hechos en los que fundamentarán sus pretensiones o defensas y producir la prueba tendiente a acreditarlos, no obedece, como el principio dispositivo, a un fundamento constitucional. Es que, mientras este último se sustenta en el derecho constitucional a la propiedad privada, vinculado al derecho sustancial¹¹, el de aportación de parte se apoya en

¹¹ "De esta forma el principio dispositivo viene referido al campo del derecho sustancial como una expresión sintética de la regla según la cual se reserva a la voluntad de los privados la disposición negocial de sus situaciones jurídicas subjetivas, salvo excepciones. Esta fórmula (imposible de ser comprendida sin recurrir al derecho de propiedad), se proyecta al campo jurisdiccional, donde el ciudadano puede disponer jurisdiccionalmente de sus derechos, recurriendo o renunciando a la tutela judicial, y decidiendo ponerle término en cualquier instante" (HUNTER AMPUERO, 2010: 154)

un fundamento meramente técnico referido al desarrollo formal del proceso y obedece a una concepción en virtud de la cual “la iniciativa de los jueces y tribunales se constriñe a la voluntad de las partes, por entender que ello será lo más eficiente” (PICO I JUNOY, 2011: 173 y174).

Por tales motivos no resulta constitucionalmente legítimo que el Estado interfiera en la facultad que tienen los individuos de instar o no la actuación jurisdiccional en resguardo de sus intereses privados y, en definitiva, disponer de sus derechos sustanciales -en la medida que no se comprometa al orden público-, por lo que el derecho dispositivo -con la extensión señalada en último término- debe ser siempre respetado y garantizado.

Sin embargo, no ocurre lo mismo con el principio de aportación de parte. Ello por cuanto, como se dijo, su fundamento no se halla en la Constitución, sino en una opción técnica que se corresponde, a su vez, con una determinada concepción ideológica -estrictamente liberal e individualista- y que, por ende, admite morigeraciones que no implican afectar el orden constitucional, sino más bien tutelarlos, conforme a una nueva concepción ideológica.

De esta manera, partiendo del reconocimiento de que existe un interés público en que las decisiones jurisdiccionales sean de calidad y que para ello es necesario dotar a la jurisdicción de los elementos necesarios que maximicen las posibilidades de alcanzar tal fin, debe admitirse que el juez tenga, en determinados supuestos, facultades probatorias.

Así lo entendía CAPPELLETTI ya en el año 1974 (p. 106), cuando claramente sostuvo que:

“Una dirección oficial del proceso ejercida respetando los requisitos del principio dispositivo, no haría sino mostrar también respeto por el carácter compuesto del fenómeno de la jurisdicción civil, el cual, aunque versando normalmente sobre un objeto privado, es sin embargo un fenómeno de interés público en cuanto constituye, cabalmente, el ejercicio de la función pública de administración de justicia”.

En conclusión, el otorgamiento al juez de facultades que le permitan conducir el proceso para orientarlo de la mejor manera hacia su fin, no conlleva a una vulneración del principio dispositivo siempre y cuando aquéllas se ejerzan respetando el derecho de las partes a aportar las pruebas que estimen convenientes y garantizando plenamente el contradictorio. De ello se colige que la actividad jurisdiccional en materia de prueba deberá ser siempre accesoria y supletoria respecto a la que le corresponde a la partes y que deberá permitirse a los litigantes “objetar las iniciativas del juez y proponer las pruebas que a partir de dichas iniciativas se consideren convenientes” (TARUFFO, 2016: 269). De ese modo, el principio dispositivo no se verá comprometido, sino únicamente el de aportación de parte, el cual, como se vio, al carecer

de fundamento constitucional, puede ser válidamente flexibilizado con el objetivo de promover una mayor eficiencia en el proceso de reconstrucción de los supuestos de hecho.

b) la imparcialidad del juzgador

Una de las críticas más usuales respecto a la asignación de facultades probatorias al juez se fundamenta en la creencia de que tales poderes comprometen una de las garantías esenciales del debido proceso: la imparcialidad del juzgador. Por tal razón, el objeto de este apartado es analizar si, efectivamente, la imparcialidad puede verse comprometida cuando el juez ejerce los poderes probatorios que los distintos ordenamientos le confieren.

A tal fin debe recordarse que, como ya se dijera, la imparcialidad lo que busca garantizar es la “tendencial objetividad del juicio” y demanda que el juez se aproxime a los hechos de la causa despojado de prejuicios o de predisposiciones a favor o en contra de alguna de las partes y guiado únicamente por el interés en la correcta determinación de los hechos. En este sentido, el Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial establece en su artículo décimo que “el juez imparcial es aquel que persigue con objetividad y con fundamento en la prueba la verdad de los hechos, manteniendo a lo largo de todo el proceso una equivalente distancia con las partes y con sus abogados, y evita todo tipo de comportamiento que pueda reflejar favoritismo, predisposición o prejuicio”.

Esto quiere decir, entonces, que la garantía de imparcialidad requiere que el juez reconstruya objetivamente los hechos de la causa, manteniendo durante la tramitación de todo el proceso la ausencia de predisposición a favor o en contra de alguna de las partes. Como se observa, la garantía bajo análisis no demanda del juez una actitud pasiva en la instrucción de la causa, sino que lo que se exige es que el juicio sobre los presupuestos fácticos se funde en la prueba obtenida en el marco del proceso y no en sus impresiones subjetivas. Así, ANDRÉS IBÁÑEZ (2007:49) sostiene que el juicio del juez no puede ser potestativo, sino que debe encontrarse precedido por “la determinación de lo realmente sucedido entre los sujetos implicados, de la afirmación de una verdad de hecho de calidad y bien obtenida”.

De este modo, si lo que se pretende es que el proceso se oriente hacia la correcta determinación de los hechos relevantes para la decisión de la causa, resulta necesario que se otorguen al juez las herramientas adecuadas para “contrarrestar -o al menos minimizar- la tendencia de las partes a distorsionar la verdad” (TARUFFO, 2010: 192 y ss.), ya que, al igual que el científico o cualquier otra persona que aspire a obtener información fiable en materia de hechos, debe “hacer el esfuerzo positivo de crear las condiciones de aproximación a los datos empíricos que, asegurando aquélla, la propicie de manera eficaz” (ANDRÉS IBÁÑEZ, 2007: 215).

Siendo ello así, entiendo que la imparcialidad judicial no se ve, necesariamente, comprometida cuando el juez ejerce facultades probatorias, sino que, por lo contrario, precisamente al dotar al proceso de mayores elementos cognoscitivos, tales facultades permiten garantizar la “tendencial objetividad del juicio”¹².

Por lo demás, debe adelantarse que existen una gran variedad de facultades probatorias que pueden ser conferidas al juez y que, si bien entre éstas se encuentra la de proponer prueba de oficio, existen otras diversas que no implican llegar a tal extremo, sino que más bien tienden a acompañar y dirigir la actividad probatoria de las partes. Ello por cuanto, la actividad jurisdiccional será siempre, como se vio, complementaria y supletoria a la desarrollada por las partes, de manera tal que si la fase de selección, admisión y producción de las pruebas es debidamente conducida por el juez y controlada y controvertida por las partes, no resultará necesario que el juez disponga oficiosamente la producción de determinados medios de prueba, pues si las partes son guiadas por el juez desde el comienzo del proceso, éstas tenderán -a través de los estímulos y sanciones adecuados- a cumplir con tal función.

Ahora bien, incluso el otorgamiento al juez de la máxima facultad probatoria - disposición de prueba de modo oficioso- no compromete, por sí solo, la imparcialidad judicial, si es que se adoptan los recaudos apropiados. En este sentido, debe destacarse que estos poderes probatorios no son irrestrictos, sino que a los efectos de resultar compatibles con la garantía de imparcialidad, deben limitarse a los hechos discutidos en el proceso y a las fuentes probatorias que ya consten en la causa, debiendo, además, garantizarse el ejercicio del derecho de defensa de los litigantes, permitiéndoseles ampliar las pruebas inicialmente propuestas (PICÓ I JUNOY, 2012: 24): de este modo logran articularse la preocupación por la adecuada reconstrucción de los hechos y las garantías de los litigantes.

Por otro lado, debe destacarse que si se confía en el juez la valoración de los elementos de prueba aportados por la partes es porque se presupone que cuenta con las herramientas cognitivas necesarias para realizar tal tarea racionalmente: si ello es así, también debiera entenderse que está capacitado para valorar racional y objetivamente los datos cognoscitivos que se obtengan a partir de un medio de prueba por él ordenado, pues en uno u otro caso se requerirá de su parte un razonamiento inferencial a los efectos de valorar la fiabilidad epistemológica del resultado obtenido¹³.

¹² Al respecto TARUFFO(2010: 202) sostiene que “la búsqueda de la verdad que esos poderes hacen posible pone al juez en una posición de imparcialidad (que no equivale a neutralidad o pasividad) en la búsqueda de los hechos”.

¹³ En este sentido TARUFFO (2016: 270) sostiene que “Únicamente si se piensa en un juez incapaz y psicológicamente débil puede temerse que pierda su imparcialidad en el momento en que decide sobre la

A más de ello, cuando el juez propone oficiosamente la incorporación de algún elemento de prueba desconoce cuál será el resultado que se obtendrá a partir de él, por lo que no puede afirmarse que lo que pretende es favorecer a una de las partes involucradas en la controversia: lo que se persigue es mejorar las condiciones para emitir su juicio respecto a la realidad de los hechos. No obstante ello, como veremos en el acápite siguiente la decisión de optar por introducir determinado medio de prueba o su valoración pueden estar viciadas por el sesgo de confirmación, por lo que será necesario someter a rigurosa contradicción y análisis decisiones de este tipo.

Por último, y frente a quienes entienden que los poderes probatorios implican asignarle al juez tareas que son propias de las partes¹⁴, afectando, de tal modo, su condición de “imparcialidad”, debe destacarse que es precisamente al juez quien le cabe la función epistémica principal, por lo que al dirigir el proceso en procura de obtener decisiones que se aproximen en la medida de lo posible a la realidad, no hace más que ejercer la función que le es propia. No se convierte, así, en parte, pues su actividad no es interesada, ya que no se encuentra motivada por el ánimo de respaldar la teoría del caso alegada, sino que su intención no es otra que contar con los elementos suficientes que le permitan aplicar correctamente el derecho, evitando, si es posible, recurrir a las reglas relativas a la carga de la prueba.

En síntesis, entiendo que, a los fines de garantizar la imparcialidad en la reconstrucción de los hechos, no se debe apartar al juez de la investigación de aquéllos sino capacitarlo a los efectos de que sea capaz de cumplir de la mejor manera posible con su función epistémica dentro del proceso. Sin dudas, como se verá a continuación, la racionalidad del juzgador, como la de cualquier otro ser humano, no es perfecta: está sujeta a límites -externos e internos- y expuesta a riesgos de los que se debe tener debida consciencia. Es claro también, que el otorgamiento de mayores facultades al juez implica, asimismo, mayores responsabilidades y, en consecuencia, se impone una mayor honestidad intelectual y rigurosidad en el examen de las decisiones adoptadas.

II.- Sesgos cognitivos: concepto, clases, incidencia en las decisiones jurisdiccionales y herramientas para su superación

conveniencia de que sea incorporada una prueba adicional, o que no sea capaz de valorar de manera equilibrada una prueba sólo porque ha sido él quien ha ordenado su incorporación.”

¹⁴ Tales como ALVARADO BELLOSO (2017: 221 y ss.) y MONTERO AROCA (s. f.: 275 y ss.)

Como se vio en acápite anteriores la función jurisdiccional tiene, junto a la jurídica, una dimensión epistémica o cognoscitiva, ya que el proceso es -aunque no sólo- una herramienta de obtención de conocimiento. Se dijo también que únicamente partiendo del reconocimiento de las dificultades que trae consigo la reconstrucción de los hechos pasados se puede emprender tal tarea con seriedad y adoptar las medidas necesarias a los efectos de maximizar las posibilidades de obtener información de calidad para corroborar o refutar racionalmente las hipótesis fácticas.

Ello, por un lado, implica reconocer que el razonamiento inferencial que caracteriza al juicio judicial sobre los hechos no es perfecto. En efecto, el razonamiento probatorio más frecuente es el inductivo, en el cual -a diferencia de lo que ocurre en el deductivo- la verdad de las premisas no garantiza la verdad de sus conclusiones, toda vez que éstas se siguen de aquéllas sólo en grado de probabilidad y no de certeza absoluta.

Una de las explicaciones de la falibilidad del razonamiento inferencial y, en consecuencia del probatorio, reside en el hecho de que la racionalidad del ser humano no es absoluta, sino “acotada o limitada”, lo que quiere decir que si bien las decisiones humanas son racionales, se encuentran sujetas a los límites que imponen la información disponible y la capacidad analítica del sujeto (SIMON citado por GILOVICH, GRIFFIN, & KAHNEMAN, 2008: 41).

Lo expuesto fue explicado por DANIEL KAHNEMAN y AMOS TVERSKY (1974: 545 y ss.) al desarrollar su teoría sobre “el juicio bajo incertidumbre”, en la que sostuvieron que “los individuos confían en un número limitado de heurísticos que reducen las tareas complejas de estimación de probabilidades y valores predictivos a operaciones judicativas más simples” y que si bien estos heurísticos son herramientas útiles y adecuadas pueden, sin embargo, conducir a errores serios y sistemáticos, a los que denominaron sesgos cognitivos.

Así, los autores citados sostienen que en condiciones de incertidumbre el juicio no se basa en procedimientos algorítmicos formales y extensivos que garantizan indefectiblemente la corrección de la decisión, sino en heurísticos que actúan como “atajos” en el razonamiento y permiten adoptar una decisión de una forma más simple. Estos heurísticos son, esencialmente, juicios intuitivos que se basan en un conocimiento parcial, en la experiencia o en suposiciones por lo que no existe una seguridad absoluta y lógica sobre sus conclusiones (CORTADA DE KOHAN, 2008: 69).


Evidentemente, los heurísticos son herramientas de suma utilidad en la vida cotidiana puesto que tornan eficiente el procedimiento de toma de decisiones, ya que son mecanismos racionales para adoptar decisiones diarias en un límite acotado de tiempo. Ahora bien,

“Saltar a las conclusiones es algo eficiente si es probable que las conclusiones sean correctas y los costes de un error ocasional aceptables, y si el salto ahorra mucho tiempo y esfuerzo. Saltar a las conclusiones es arriesgado cuando la situación no es familiar, es mucho lo que uno se juega y no hay tiempo para obtener más información” (KAHNEMAN, 2012: 109).

Por ello, en el proceso judicial -a través del cual el Estado ejerce una de las funciones que está llamado a garantizar- deben extremarse los recaudos a los fines de controlar que el juez no “salte a las conclusiones” y que su razonamiento no se encuentre sesgado por la incidencia de algún heurístico. A tal efecto, debe tenerse presente cuáles son los principales heurísticos y sesgos a los que éstos pueden conducir, por lo que a continuación se analizarán sintéticamente alguno de ellos:

HEURÍSTICO	CONCEPTO	SESGO	CONSECUENCIA
ANCLAJE Y AJUSTE	Este proceso mental se fundamenta en la realización de una estimación, por parte del sujeto, a partir de un valor inicial (anclaje), que progresivamente ajusta a medida que obtiene información adicional.	DE CONFIRMACIÓN	El sujeto tiende a filtrar la información que recibe, de manera que, de forma inconsciente, busca y sobrevalora las pruebas y argumentos que confirman su propia posición inicial, e ignora y no valora las pruebas y argumentos que no la respaldan.
	Con arreglo a este procedimiento mental, el sujeto procede a valorar la probabilidad de que acaezca un suceso, tomando en consideración la facilidad	DE RETROSPECCIÓN	Una vez que el individuo tiene conocimiento del resultado, se provoca un cambio de perspectiva del sujeto de manera que el resultado le parece inevitable. El sujeto proyecta automáticamente su
DISPONIBILIDAD			

REPRESENTATIVIDAD	con la que el propio sujeto puede recordar o imaginar ejemplos de sucesos similares.		nuevo conocimiento hacia el pasado, no siendo consciente, ni capaz de reconocer la influencia que este proceso ha tenido en su juicio sobre lo acontecido.
	Este procedimiento conduce a errores estadísticos y matemáticos en el cálculo de la probabilidad, derivados de la insensibilidad a la probabilidad previa de resultados y al tamaño de la muestra, así como de errores relativos a la aleatoriedad y en relación a la denominada “regresión a la media”: las predicción es se basan principalmente en el grado de representatividad (plausibilidad de la correspondencia entre el resultado y el dato inicial), con poca o ninguna atención a los otros factores que pueden limitar el acierto.		ILUSIÓN DE VALIDEZ



A partir de tal sistematización es fácil advertir que las decisiones jurisdiccionales -en tanto decisiones humanas- pueden estar viciadas por el efecto de alguno de estos heurísticos, por lo que se impone como necesario tenerlos debidamente en consideración al diseñar las estructuras procesales.

Así, por ejemplo, el sesgo de confirmación -en virtud del cual se tiende a buscar, interpretar o recordar información de una manera tal que corrobore alguna de nuestras concepciones iniciales o hipótesis- debe ser seriamente analizado y estudiado en caso de que se decida otorgar al juez la facultad de disponer oficiosamente la producción de determinados medios probatorios, ya que se corre el riesgo de que su decisión se encuentre distorsionada por este sesgo. Asimismo, este tipo de error puede estar presente en un primer momento, al decidir sobre la admisibilidad de los medios de prueba propuestos por los litigantes y posteriormente, en la valoración de los datos cognoscitivos obtenidos a través de los diversos elementos probatorios.

Del mismo modo, el sesgo de retrospectión y la ilusión de validez pueden interferir en la valoración de la prueba. Así, la ilusión de validez puede provocar el efecto al que KAHNEMAN (2012: 118 y ss.) denomina como “What you see is all there is” -“lo que ves es todo lo que hay”-, en virtud del cual los seres humanos dejamos de tener en cuenta la posibilidad de que falte evidencia que podría ser crucial en nuestro juicio, provocando de tal modo una confianza excesiva en nuestros razonamientos. Ello ocurre, conforme explica el autor citado, debido a que la confianza que los individuos tienen en sus creencias depende sobre todo de la calidad de la historia que pueden contar acerca de lo que ven, aunque lo que ven sea poco: ello facilita el logro de la coherencia y de la facilidad cognitiva que nos hace aceptar una afirmación como verdadera; nuestro sistema asociativo tiende a decidirse por un modo coherente de activación y suprime la duda y la ambigüedad.

Evidentemente, en el contexto jurídico ello redundaría negativamente en la calidad de la decisión adoptada ya que como enseña SUSAN HAACK (2014: 218) el grado del aval de una conclusión depende, entre otros factores, de la comprensión, es decir de cuántas pruebas relevantes estén incluidas, por lo que si el Juez no es capaz de advertir que el acervo probatorio puede no estar conformado por “todo lo que hay”, se corre el riesgo de que sobrevalore la fiabilidad de sus conclusiones y no advierta las ambigüedades o lagunas probatorias que pueden

existir en un caso concreto y que, de conformidad a algunos ordenamientos, tiene la facultad de señalar.

Por otro lado, el heurístico de representatividad puede conducir a que el juez no valore adecuadamente las dificultades en la aportación de los elementos probatorios, a los efectos de asignar deberes de colaboración a las partes.

De lo hasta aquí desarrollado se concluye que los jueces no son indemnes a la influencia de los sesgos cognitivos y que, por ende, si simplemente se amplía el margen de actuación del juez se aumenta también el riesgo de que el proceso se desarrolle con base en decisiones sesgadas. Ser conscientes de ello es de fundamental importancia ya que sólo a partir del conocimiento de que existen estos errores sistemáticos es posible trabajar sobre ellos con el objeto de minimizar su impacto en las decisiones jurisdiccionales.

Existen, en efecto, herramientas que permitirán reducir aquél riesgo. En este sentido, estudios han mostrado que entrenar a los magistrados para que lleguen a ser conscientes de lo sesgadas que pueden estar sus decisiones redunda en decisiones más objetivas; así, por ejemplo, incitar a los jueces para que previamente a la formación de un juicio establezcan un factor de protección contra el anclaje, consistente en generar un valor de anclaje alternativo o que consideren múltiples puntos de anclaje, se ha demostrado efectivo para evitar este sesgo (estudios citados por MUÑOZ ARANGUREN, 2011: 30).

De ello se colige, por un lado, que el juez deberá formarse no sólo en Derecho sino que también será necesario que se le brinden herramientas que le permitan conocer cómo es el proceso racional de toma de decisiones y, de este modo, aprender a examinar exhaustivamente sus decisiones a los efectos de ser capaz de reconocer, por ejemplo, cuándo éstas están ancladas en algún juicio previo.

Será necesario, entonces fomentar en los jueces las llamadas “virtudes epistémicas”, tales como la apertura mental, el coraje intelectual, la perseverancia, la autonomía intelectual y la minuciosidad en el análisis (AMAYA, 2018) y diseñar el proceso de modo tal que, dentro de un plazo razonable, se le permita al juez reflexionar debidamente sobre su juicio. Para ello es esencial, por un lado, garantizar el contradictorio entre las partes y, por el otro, exigir que las decisiones judiciales sean siempre argumentadas. En efecto, la necesidad de argumentar obligará al juez a repensar detenidamente sobre su juicio, dándole así la oportunidad de examinar si los “atajos del pensamiento” que puede haber intuitivamente utilizado provocaron o no un vicio en su decisión.

Ahora bien, ello por sí solo es insuficiente: el control de la calidad del razonamiento judicial no puede quedar exclusivamente en manos del propio juzgador. Por tal razón, las partes

en caso de advertir que la decisión -ya sea la final o cualquier otra dictada durante el desarrollo del proceso- está sesgada, cuenta con la posibilidad de recurrirla, exponiendo el error que se ha cometido. De tal manera, el enfoque psicológico al que se hizo alusión en este acápite permitirá a través del análisis del discurso justificativo del juez evidenciar si, por ejemplo, por efecto del heurístico de representatividad sobrevaloró la fuerza de su conclusión soslayando otras probables hipótesis o si el heurístico del anclaje lo llevó a confirmar, sin mayor análisis, la versión de los hechos aportada por el actor.

Asimismo, como se dijo precedentemente, a los efectos de garantizar no solo la imparcialidad, sino también para disminuir la influencia de los sesgos cognitivos, deben limitarse las facultades de instrucción del juez a los hechos discutidos en el proceso y a las fuentes probatorias que ya consten en la causa, debiendo, además, garantizarse el ejercicio del derecho de defensa de los litigantes, permitiéndoseles ampliar las pruebas inicialmente propuestas.

4.- Los poderes probatorios del juez en concreto: sus manifestaciones

Como ya se adelantó en los acápites anteriores los ordenamientos sustanciales y procesales pueden otorgar al juez diversas facultades instructorias, cada una de las cuales, a su vez, puede ser concedida con mayor o menor amplitud. Bajo esta óptica, FERRER BELTRÁN (2017: 97 y ss.) propone una mapa compuesto por los siguientes poderes probatorios: 1) admitir o inadmitir las pruebas propuestas por las partes; 2) intervenir en la práctica de la prueba, especialmente por lo que hace a las pruebas personales; 3) indicar a las partes lagunas probatorias que éstas deberían integrar; 4) disponer la incorporación de pruebas no solicitadas por las partes y 5) alterar durante el desarrollo del proceso la carga de la prueba.

A continuación se analizarán distintas facultades probatorias que pueden ser asignadas al juez, siguiendo, en lo sustancial, el mapa delineado por el autor citado.

I.- En la fase de admisibilidad

La primera de las facultades probatorias que se confieren al juez consiste en la potestad de admitir o no los medios de prueba que las partes pretenden incorporar al proceso. Ello por cuanto éste, si bien debe orientarse hacia la búsqueda de la verdad, debe al mismo tiempo tender hacia otros objetivos tales como, por ejemplo, la seguridad jurídica, la celeridad en la toma de

decisiones, el respeto por los derechos fundamentales, etc., lo que muchas veces impedirá que el proceso de reconstrucción de los hechos se desarrolle acabadamente.

De esta manera, no todos los elementos probatorios, aún cuando puedan aportar información relevante sobre los hechos controvertidos, resultarán admisibles. En efecto, mientras que “en todos los demás ámbitos del conocimiento, el conjunto de los elementos de juicio que puede y debe ser analizado para adoptar una decisión racional es igual al total de las informaciones disponibles y relevantes para el caso” (FERRER BELTRÁN, 2007: 42) en el ámbito del proceso existe una serie de filtros en virtud de los cuales, por razones de distinta índole, no todos los elementos de prueba pueden ser incorporados.

Será precisamente el juez el encargado de analizar, con base en los criterios jurídicos de admisibilidad, si los medios de prueba propuestos por las partes pueden o no ser incorporados al proceso. Algunos de estos filtros o limitaciones tienen un claro fundamento epistémico, toda vez que se orientan a la averiguación de la verdad, no permitiendo, por ejemplo, la incorporación de pruebas de baja fiabilidad. Sin embargo, existen otros que, en rigor, obstaculizan -o no ayudan- en la consecución de ese objetivo, tratándose por lo general de “reglas que, enderezándose primariamente a asegurar la tutela de determinados valores extraprocesales que se consideran relevantes, hacen prevalecer éstos frente a las exigencias procesales de averiguación de la verdad” (GASCÓN ABELLÁN, 2010: 118 y ss.).

Sin dudas, el rol del juez en este momento es de fundamental importancia toda vez que es en esta oportunidad que el juez deberá orientar adecuadamente el proceso epistemológico de modo de garantizar, con arreglo a las limitaciones probatorias referidas precedente, un eficiente uso de los recursos que posibilite la incorporación de información de calidad en el proceso. A tal fin, deberá no sólo determinar cuáles de los elementos ofrecidos son relevantes para la dilucidación de los hechos controvertidos y cuáles son inconducentes o redundantes, sino que, además, será en esta oportunidad, como se verá más adelante, que el juez podrá, en caso de considerarlo conveniente, imponer deberes de colaboración a las partes en la producción de la prueba.

II.- En la práctica de la prueba

A los efectos de garantizar que la reconstrucción de los hechos de la causa sea lo más fiel posible, debe procurarse que cada una de las hipótesis fácticas alegadas como sustento de las pretensiones o defensas de las partes sean debidamente controvertidas. Ello por cuanto, si bien la contraposición dialéctica entre aquéllas no es, por sí sola, suficiente para garantizar el

descubrimiento de la verdad, sí es una herramienta cognoscitiva de gran utilidad, toda vez que permitirá contar con una mayor cantidad de datos a los efectos de valorar, en primer lugar, la fiabilidad epistemológica de los distintos elementos probatorios incorporados al proceso y, en consecuencia, el grado de apoyo que cada uno de ellos aporta a las hipótesis fácticas.

En virtud de lo antedicho, los diseños procesales deben garantizar a las partes la posibilidad de controlar la prueba propuesta por la otra parte; ofrecer pruebas contrarias a las aportadas por esta última e incorporar elementos probatorios tendientes a acreditar o desacreditar la fiabilidad de la prueba producida (prueba sobre prueba). Sin embargo, como se dijo, la sola contradicción entre las partes puede no resultar suficiente, por lo que también debe permitirse al juez intervenir en la práctica de la prueba, a los efectos, por ejemplo, de interrogar a alguno de los testigos propuestos o requerir mayores explicaciones a un perito respecto a uno de los puntos de la pericia, pues, en definitiva será él quien, con base en los resultados de la prueba producida, deberá adoptar la decisión final. Siendo ello así, resulta, entonces, lógico e incluso deseable que el juez asuma un papel activo en la práctica de la prueba ya que ello le permitirá aclarar las dudas que pudieran surgirle y contar con mayor información para luego poder valorar adecuadamente los resultados obtenidos.

Es por tales razones, entonces, que la inmediación entre el juez y la prueba adquiere relevancia: su presencia en el momento en el que la prueba se produce le permitirá participar en el debate probatorio en contradicción. Ahora bien, resulta importante dejar aclarado que la función de la inmediación es, precisamente, permitir el control y contradicción de las pruebas ofrecidas por las partes, con el objeto de tender a la mayor completitud del acervo probatorio; lo que no quiere decir que la valoración de la prueba percibida por el juez deba apoyarse en las impresiones subjetivas que pueda haber tenido en dicho momento, es decir en su “íntima convicción”. Proceder de este último modo, resultaría claramente arbitrario, en tanto se habilitaría al juzgador a apreciar libremente el acervo probatorio sin más guía ni límite que su consciencia. Por el contrario, como se explicó al analizar la dimensión epistémica del proceso, las conclusiones sobre los hechos de la causa deben asentarse en una valoración racional de la prueba, para lo cual el proceso inferencial que se realice a partir de los datos obtenidos en la práctica de la prueba debe apoyarse en criterios intersubjetivamente controlables y no en meras impresiones personales del juzgador.

En conclusión, la inmediación durante la práctica de la prueba debe ser garantizada en la medida que favorece un verdadero intercambio dialógico, no sólo entre las partes, sino también con el juez y ello, a su vez, permite obtener mayores elementos para luego valorar la

credibilidad y la fuerza de los diversos elementos probatorios a los efectos de tener por corroboradas o refutadas los hechos relevantes para la resolución de la causa.

III.- En la imposición de deberes de aportación de prueba: superación de la carga de la prueba concebida como regla de conducta dirigida hacia las partes

Tradicionalmente se ha sostenido que la carga de la prueba tiene dos dimensiones: una objetiva y otra subjetiva; la primera constituiría una regla de juicio para el juzgador, mientras que la segunda se configuraría como una regla de conducta dirigida hacia las partes. De este modo, las reglas de la carga de la prueba establecerían, por un lado, quién debe cargar con las consecuencias desfavorables de la falta o insuficiencia de prueba y, en consecuencia, resultar vencido en su pretensión y, por el otro, indicarían cuál debe ser la conducta procesal de las partes en lo referente a la prueba y las consecuencias de no cumplirla.

Las reglas aludidas prevén las consecuencias de no acreditar el supuesto de hecho alegado: no se podrá aplicar la norma sustantiva que lo asume como una premisa fáctica; por consiguiente, las pretensiones basadas en ese hecho y en la aplicación de esa regla deberán ser rechazadas por el tribunal (TARUFFO, 2008: 146).

De lo expuesto se deriva la regla general: a cada parte le corresponde la carga de probar los hechos que sirven de presupuesto a la norma que consagra el efecto jurídico perseguido por ella, cualquiera sea su situación procesal. Ahora bien, la doctrina y la jurisprudencia constataron que la regla enunciada precedentemente, llevada a casos concretos, puede no resultar adecuada para una justa resolución de los conflictos. En efecto, esta regla parte del presupuesto de que ambas partes se encuentran en igualdad de condiciones para aportar los elementos de prueba que respalden sus pretensiones. No obstante, hay casos, en los que, por razones económicas, técnicas, de acceso a la información, etc., esta igualdad no existe; por lo que, a los fines de reconstruir lo más fielmente posible los hechos del caso y contrarrestar la desigualdad inicial entre las partes, se fueron adoptando distintas técnicas con el objetivo de flexibilizar aquella regla general.

Uno de las herramientas que la doctrina ideó a los efectos de lograr esta flexibilización son las llamadas “cargas probatorias dinámicas”. En virtud de este instituto, la carga de la prueba debe ser desplazada judicialmente, según las circunstancias particulares de cada caso, hacia aquella de las partes que se encuentra en mejores condiciones de probar.

Sin embargo, en la práctica se constata que la dinamización no cumple con el objetivo que se propone ya que, como sostiene DE PAULA RAMOS (2018: 93 y ss.) ,en realidad,

únicamente importa un cambio en el criterio de desempate, es decir una inversión en el sujeto que se verá perjudicado como consecuencia de la insuficiente corroboración de las hipótesis fácticas, por lo que -igual que en el caso de que no hubiera inversión- operará, entonces, con posterioridad a la instrucción probatoria y no durante. De este modo, la dinamización no sirve de forma alguna para estimular a alguien a llevar al juicio una prueba que sin inversión no llevaría ya que “entre correr el riesgo” y tener la certeza de sucumbir, cualquier demandado preferiría la primera opción.

Es por esta razón que la doctrina más moderna propugna por la superación de las reglas relativas a la carga de la prueba en su faz subjetiva y la imposición, en cambio, de “genuinos deberes de aportación de pruebas, fundados en el deber de colaboración procesal” (FERRER BELTRÁN, 2018: 146). Será ésta, en consecuencia, otra de las facultades probatorias judiciales: imponer deberes probatorios a las partes en función de las concretas circunstancias del caso, tendiendo de este modo, por un lado, a la mayor completitud del material probatorio y, por el otro, impidiendo, que uno de los litigantes adquiera beneficios como consecuencia de una actividad desleal, aprovechando la situación de desigualdad en que se encuentra la parte contraria para probar la veracidad de un hecho (OTEIZA, 2008: 130).

Si bien pareciera que no existen diferencias sustanciales entre las cargas probatorias dinámicas y el principio de colaboración, GIANNINI (2016: 3) expone claramente sus diferencias, especialmente, en los casos en los que ninguna de las hipótesis alegadas por las partes alcance el grado de convicción suficiente para tenerlas por acreditadas, pese a que quien se halle en mejores condiciones de aportar la prueba efectivamente colabore y ponga a disposición los elementos de prueba de los que disponga. En el caso de las cargas probatorias dinámicas, explica el autor citado, nos encontramos ante una regla de inversión de la carga de la prueba, por lo que aún en el caso de que quien se encuentre en mejores condiciones colabore, si se presenta una incertidumbre acerca de los hechos, deberá fallarse en su contra. Por el contrario, en caso de aplicarse el principio de colaboración no se carga a la parte con el “peso de la incertidumbre”, sino que se le exige que coopere en el esclarecimiento de ciertos hechos, por su mejor posición relativa para hacerlo. Ahora bien, si coopera poniendo todos los medios a su disposición, cumple con la carga de colaborar, por lo que si luego de dicho aporte probatorio genuino aún subsiste la incertidumbre acerca del hecho en cuestión, dicha indeterminación no pesa sobre el que “estaba en mejores condiciones de probar”, sino en quien afirmó el hecho constitutivo.

Por otro lado, configurando los deberes de aportación de prueba, como el propio término lo indica, auténticos deberes y no mera facultades, su incumplimiento constituye un ilícito, que

habilitará al juez a utilizar la fuerza del derecho para “doblar la voluntad” de la parte renuente, pudiendo a tal efecto aplicar sanciones o técnicas coercitivas o subrogativas (DE PAULA RAMOS, 2018: 107).

IV.- En los supuestos de inexistencia o insuficiencia de la prueba

A través de la valoración de la prueba el juez podrá atribuir a cada una de las hipótesis fácticas un determinado grado de confirmación. Estos grados, siguiendo a TARUFFO (2010: 246), son los siguientes: a) H no ha obtenido ninguna confirmación; b) H ha obtenido una confirmación débil; c) H ha obtenido una confirmación fuerte; d) la falsedad de H no ha obtenido ninguna confirmación; e) la falsedad de H ha obtenido una confirmación débil y f) la falsedad de H ha obtenido una confirmación fuerte.

A partir de tal esquematización se advierte claramente que los elementos de prueba disponibles en el proceso no siempre resultan suficientes para eliminar la incertidumbre inicial respecto a las diversas hipótesis fácticas alegadas por las partes. Así, habrá oportunidades en que los enunciados sobre los hechos no alcancen un grado de confirmación positiva que supere el umbral -estándar probatorio- para ser tenidos como probados, pero tampoco su falsedad se encuentre suficientemente acreditada.¹⁵

Tales situaciones dejan al juez en una compleja situación: no dispone de elementos que le permitan sostener, racionalmente, la verdad o falsedad de los hechos discutidos y conducentes a la resolución de la controversia y, de todos modos, debe pronunciarse y poner fin a tal discusión. Ello por cuanto, los actuales ordenamientos jurídicos no permiten al juez abstenerse de pronunciarse sobre el fondo de la cuestión llevada a juzgamiento so pretexto de falta de certeza *-non liquet-* ni postergar su decisión.

De tal modo, el sistema jurídico debe dotar al juez de herramientas que le permitan resolver el litigio aún en caso de que no haya podido reconstruir, con el grado de confirmación requerido, los hechos del caso. Estas pueden ser las siguientes:

- ✓ indicar a las partes lagunas probatorias que éstas deberían integrar
- ✓ disponer la incorporación de pruebas no solicitadas por las partes
- ✓ recurrir a las reglas de la carga de la prueba (en su faz objetiva)

¹⁵Serían los casos en los que la verdad de H no hubiera recibido ninguna confirmación o, bien, una confirmación probatoria débil y la falsedad de H tampoco hubiera recibido ninguna confirmación o bien una confirmación probatoria débil (TARUFFO 2010: 250 y 251).

Mientras las primeras dos son herramientas que tienden a lograr la mayor completitud del acervo probatorio, la última es, en realidad, una regla de juicio que debe ser utilizada como última ratio y en la medida en que los hechos que debían ser probados permanezcan en una situación de incertidumbre. En efecto, en virtud del principio de comunidad de la prueba, en caso de que los elementos probatorios resulten suficientes para tener por acreditados los presupuestos fácticos del caso resulta irrelevante determinar cuál de las partes tenía la carga de acreditarlos y quien efectivamente lo hizo; pues una vez incorporada la prueba al proceso debe ser considerada “para determinar la existencia del hecho a que se refiere, sea que resulte en beneficio de quien la adujo o de la parte contraria, que bien puede invocarla” (DEVIS ECHANDÍA, 2007: 34).

Por su parte, la posibilidad de señalar las lagunas probatorias y disponer pruebas de oficio, permite al juez civil conducir eficazmente al proceso hacia la obtención de una decisión de calidad, toda vez que, al aumentar el peso probatorio, se aumenta también la probabilidad de que la decisión se corresponda con lo que efectivamente sucedió¹⁶. Debe destacarse, sin embargo, que se tratan de facultades discrecionales, que el juez civil puede decidir no usar si no advierte la necesidad o la oportunidad para ello (TARUFFO, 2016: 256) ya que son siempre complementarias y supletorias a la actividad de las partes.

Por último, en el caso de que el juez decida hacer uso de estas facultades es importante que exponga debidamente las razones que lo llevan a hacerlo y –si se trata de la incorporación oficiosa de nuevos elementos probatorios- que se garantice el derecho de las partes de controlar la práctica y resultados de la prueba ordenada, pues de este modo podrá controlarse que las decisiones jurisdiccionales no se encuentren viciadas por alguno de los sesgos analizados anteriormente y, eventualmente, recurrirlas.

5.- Conclusiones

A partir de las ideas esbozadas en este trabajo es posible concluir, en primer lugar, que el debido proceso requiere, entre otras condiciones, de una adecuada reconstrucción de los hechos, ya que, sin ella, no es posible aplicar correctamente el derecho. Con base en ello, se advierte, además, que el proceso debe estructurarse de modo tal que permita -en un juego armónico con los principios que lo orientan- tender, en la mayor medida posible, a ese ideal regulativo, es decir el descubrimiento de la verdad o falsedad de los hechos enunciados por las

¹⁶En este sentido HAACK(2014:41) sostiene que “evidence which is true so far as it goes but which omits some essential point can be thoroughly misleading”.

partes como sustento de sus reclamos o defensas, para así arribar a decisiones jurídicas y racionalmente correctas.

Asimismo, conforme se vio, el Estado Constitucional de Derecho produjo una profunda transformación de la función jurisdiccional y la asignación de una dimensión institucional al proceso, toda vez que se entiende que en él, junto a los intereses de las partes involucradas en el litigio, converge el interés del Estado en la recta administración de justicia. Ello evidencia que el proceso no puede ser confiado exclusivamente a los intereses partidarios, sino que, por el contrario, resulta necesario que el juez asuma un rol más activo en su dirección y que cuente con las herramientas necesarias a los efectos de maximizar las posibilidades de obtener decisiones de calidad y conforme a derecho.

Tales conclusiones no implican, en modo alguno, desconocer los riesgos que tal compromiso trae aparejados: sin dudas, en la medida que el juez abandona su rol de árbitro pasivo y ejerce distintas facultades probatorias, aumenta el riesgo de que el proceso se vea expuesto a su subjetividad o a los sesgos cognitivos que se pueden derivar de su “racionalidad limitada”. Sin embargo ello no puede conducir a apartar, sin más, al juez de la faz epistémica del proceso, sino que debe llevar a un replanteamiento respecto a la formación de los operadores judiciales, pues sólo si los jueces cuentan con conocimientos que le permitan tomar consciencia de la complejidad de su labor y con herramientas que les permitan hacer frente a ellas de una manera solvente, la magistratura podrá cumplir acabadamente con su función.

En efecto, “el poder judicial es un poder-saber, más legítimo cuanto mayor es el saber” (FERRAJOLI, citado por TARUFFO, 2016a: 390), lo que quiere decir que la legitimación de la jurisdicción se construye -o socava- día a día, a través de cada una de las decisiones que se adaptan frente a los concretos reclamos de la ciudadanía.

María Pía Molina

BIBLIOGRAFÍA:

- Allen, R. J. (2016). Los peligros de la investigación en derecho comparado. En J. (Ed. . Ferrer Beltrán & C. (Ed. . Vázquez (Eds.), *Debatiendo con Taruffo* (pp. 21-43). Madrid, Barcelona, Buenos Aires, Sao Paulo: Marcial Pons.
- Alvarado Velloso, A. (2017). La imparcialidad judicial y el debido proceso (La función del juez en el proceso civil). *Ratio Juris*, 9(18), 207-235.
<https://doi.org/10.24142/raju.v9n18a9>
- Amaya, A. (2018). Group-deliberative virtues and legal epistemology. Girona: I Congreso Mundial en Razonamiento Probatorio.
- Andrés Ibañez, P. (2007). *En torno a la jurisdicción*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Cortada de Kohan, N. (2008). Los sesgos cognitivos en la toma de decisiones. *International Journal Of Psychological Research*, 1(1), 68-73.
- Damaska, M. R. (2015). *El derecho probatorio a la deriva*. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, Sao Paulo: Marcial Pons.
- De Paula Ramos, V. (2018). *Ônus da prova no processo civil. Do ônus ao deber de provar* (2da. ed.). San Pablo: Thomson Reuters Brasil.
- Devis Echandía, H. (2007). *Compendio de la Prueba Judicial*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni Editores.
- Ferrajoli, L. (2004). *Derechos y garantías. La ley del más débil* (4ta. ed.). Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, L. (2010). *Democracia y garantismo* (2da. ed.). Madrid: Trotta.
- Ferrer Beltrán, J. (2007). *La Valoración Racional de la Prueba*. Madrid, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons.
- Ferrer Beltrán, J. (2017). Los poderes probatorios del juez y el modelo de proceso. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, (36), 88-108.
<https://doi.org/10.7203/CEFD.36.10632>
- Ferrer Beltrán, J. (2018). La carga dinámica de la prueba. Entre la confusión y lo innecesario. En *La prueba en el proceso* (pp. 131-149). Barcelona: Atelier Libros.
- Fletcher, G. P., & Sheppard, S. (2005). *American law in a global context: the basics*. Oxford, New York: Oxford University Press.
- Gascón Abellán, M. (2010). *Los hechos en el derecho* (tercera ed). Madrid: Marcial Pons.
- Gascón Abellán, M., & García Figueroa, A. J. (2017). *La argumentación en el Derecho. Algunas cuestiones fundamentales* (3era. edic). Lima: Palestra editores.

- Gilovich, T., Griffin, D., & Kahneman., D. (Eds.). (2008). *Heuristics and biases : the psychology of intuitive judgment*.
- Gonzalez Lagier, D. (2013). *Quaestio facti*. México D.F.: Distribuciones Fontamara.
- Haack, S. (2014). *Evidence Matters Science, Proof, and Truth in the Law*. New York: Cambridge University Press.
- Hunter Ampuero, I. (2010). El principio dispositivo y los poderes del juez. *Revista de derecho (Valparaíso)*, (35), 149-188. <https://doi.org/10.4067/S0718-68512010000200005>
- Kahneman, D. (2012). *Pensar rápido, pensar despacio*. Barcelona: De Bolsillo.
- Laudan, L. (2006). *Truth, error, and criminal law. An essay in Legal Epistemology*. Cambriidge, New York, Melbourne, Madrid, Cape Town, Singapore, Sao Paulo: Cambridge University Press.
- Marinoni, G. L. (2006). *Curso de Processo Civil, vol. 1: Teoria Geral do Processo*. San Pablo: Editoria Revista dos Tribunais.
- Montero Aroca, J. (s. f.). La Prueba de Oficio (Libertad y Garantía frente a autorización y publicización en el Proceso Civil). *Ier Congreso Panameño de Derecho Procesal*.
- Muñoz Aranguren, A. (2011). La influencia de los sesgos cognitivos en las decisiones jurisdiccionales: el factor humano. Una aproximación. *InDret Revista para el análisis del derecho*, 2, 1-39.
- Oteiza, E. (2008). El principio de colaboración y los hechos como objeto de la prueba o probare o soccombere ¿Es posible plantear un dilema absoluto? *Advocatus*, I(18), 125-134.
- Pico I Junoy, J. (2011). Los principios dispositivo y de aportación de parte: significado actual. En J. W. Peyrano (Ed.), *Principios procales t. I* (pp. 161-198). Santa Fe: Rubinzal Culzoni Editores.
- Picó i Junoy, J. (2012). El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: Un debate mal planteado. *Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad Rafael Urdaneta*, VI(1), 11-31.
- Tartuce, F. (2012). *Igualdade e vulnerabilidade no Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense.
- Taruffo, M. (2006). El proceso civil del civil law. Aspectos fundamentales. *Ius et Praxis*, 12(1), 69-94. <https://doi.org/>. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122006000100004>
- Taruffo, M. (2008). *La Prueba*. Madrid: Marcial Pons.
- Taruffo, M. (2010). *Simply la verdad. El juez y la construcción de los hechos*. Madrid: Marcial Pons.
- Taruffo, M. (2016a). Leyendo a Ferrajoli: consideraciones sobre la jurisdicción. *Doxa*.

Cuadernos de Filosofía del Derecho, 31(31), 383-391.

<https://doi.org/10.14198/doxa2008.31.25>

Taruffo, M. (2016b). Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa. *Doxa*.

Cuadernos de Filosofía del Derecho, LX(29), 249-271.

<https://doi.org/10.14198/doxa2006.29.13>

Trionfetti, V. (2010). Principios y fundamentos constitucionales del derecho procesal. En E.

M. Falcón (Ed.), *Tratado de Derecho Procesal Constitucional*. Santa Fe: Rubinzal

Culzoni Editores.

Tversky, A., & Kahneman, D. (1974). El juicio bajo incertidumbre: heurísticas y sesgos. En

Pensar rápido, pensar despacio (pp. 545-567). Barcelona: De Bolsillo.

Zuckerman, A. (2018). “ TRUTH FINDING AND THE MIRAGE OF INQUISITORIAL PROCESS ” (pp. 1-12).