

XIII CONGRESO NACIONAL DE DERECHO PROCESAL GARANTISTA

23 y 24 de octubre de 2014

AZUL – ARGENTINA

LA PRUEBA JUDICIAL EN UN PROCESO REPUBLICANO

APORTES DESDE EL GARANTISMO PROCESAL

EL CONOCIMIENTO PRIVADO DEL JUEZ Y LOS CONCEPTOS DE HECHO NOTORIOS Y EVIDENTES. SU INAPLICACIÓN EN UN PROCESO VERDADERAMENTE REPUBLICANO.

SEBASTIAN BETANCOUR RESTREPO

Introducción

En el presente escrito, se busca abordar dos instituciones procesales que hacen parte del derecho probatorio, y que tradicionalmente se dan por supuestas o implícitas en la gran mayoría de ordenamientos procesales: la prohibición del juez de decidir con base en su conocimiento privado, y en segundo lugar, los hechos notorios como medios de prueba. Se abordará de manera crítica la concepción actual de dichas categorías, para luego dilucidar si dichas figuras van en contravía o no de la garantía fundamental del debido proceso enmarcado en el estado de derecho que la civilidad ha diseñado para la justa y pacífica convivencia entre los asociados.

1. El conocimiento privado del juez: ¿prohibición o licencia?

En la psique de todo operador del derecho, ya sea el juez como tercero supraordinado, o bien las partes como manifestación de los extremos litigiosos en todo proceso jurisdiccional, subsiste una idea un tanto etérea y de difuminados límites, pero a su vez aceptada: a todo juez se le tiene totalmente vedado decidir la causa tomando como base su conocimiento privado, pues la labor jurisdiccional cobra su verdadera dimensión cuando el fallador ve que ante sus ojos las afirmaciones de las partes cobran vida mediante el debate probatorio. Con lo anterior se describe lo que se considera como el núcleo de esta institución. Empero, detrás de lo dicho líneas arriba, existe un importante trasfondo que es menester aclarar, en aras de responder si el conocimiento privado del juzgador es una verdadera prohibición o es una licencia.

1.1 ¿Qué es el conocimiento en general? ¿Qué es el conocimiento judicial?

¿Tiene alguna relevancia abordar la noción del conocimiento, en el marco de un proceso jurisdiccional? Desde luego que sí, habida cuenta que los linderos en torno a la definición del conocimiento, y su forma de alcanzarlo, determinarán la metodología procedimental a aplicar para alcanzar algún grado de certeza o de probabilidad frente a los hechos litigiosos. Y de otra parte, es posible afirmar también que el logro de esa certeza o probabilidad también ha sido la columna vertebral de evolución de la ciencia del derecho procesal, en atención a que esta rama del derecho establece el método para la reconstrucción de unos sucesos ante los ojos del juez.

No existe una definición unívoca del conocimiento, pues para la filosofía el problema de abordar la relación entre sujeto y objeto abre las posibilidades para que la epistemología o teoría del conocimiento, reflexione sobre las diversas formas en las cuales el ser humano puede conocer. Para efectos del presente trabajo, el conocimiento será definido como el conjunto de información almacenada por el intelecto humano, en virtud de la experiencia o el aprendizaje individual o colectivo. O en otras palabras, muchos de los estímulos sensoriales recibi-

dos por el hombre en su diario vivir, también forman parte del conocimiento que el individuo y la sociedad.

Ahora bien, el conocimiento judicial o procesal es el conjunto de datos e información producidas al interior de un proceso jurisdiccional, bajo unas reglas metodológicas que le permitirán al juez tomar una decisión en torno a la situación conflictiva –litigio–, que amenaza romper no sólo la convivencia pacífica entre las partes, sino también la convivencia en sociedad. De allí que la intervención del órgano jurisdiccional vaya enderezada a garantizar la justa y pacífica resolución de las controversias entre los asociados. Significa lo anterior, que el juez sólo está llamado a conocer de todos aquellos hechos que lleguen a su alcance, en virtud de una demanda que, en ejercicio del derecho fundamental de acción, pone en marcha el aparato judicial con la finalidad de alcanzar la sentencia que no sólo ponga fin al proceso, sino también a la controversia. Esto último permite dar pie a los fundamentos que estructuran la innominada garantía de la prohibición del juez de fallar con base en su conocimiento privado, pues es difícil encontrarla regulada de manera expresa en las diversas codificaciones procesales, en la medida en que se le concibe como una consecuencia lógica del debido proceso, aparentemente tan obvia que no requiere tipificación por parte del legislador.

1.2 Fundamentos de la prohibición de fallar a partir del conocimiento privado el juez

1.2.1 Principio dispositivo

Esta institución jurídica es uno de los pilares de todo proceso jurisdiccional que se precie de estar enmarcado en un republicano estado de derecho, pues es el fundamento en virtud del cual, como afirma el profesor Gustavo Calvino, la voz más fuerte que debe escucharse al interior de toda actuación judicial no es la del juez, sino la de las partes. El principio dispositivo prescribe que sólo la labor jurisdiccional cobra vida cuando un sujeto, en ejercicio del derecho de acceso a la

tutela judicial efectiva, afirma un litigio ante un juez, para que luego éste ordene la vinculación del accionado, los escuche en pleno estatus de igualdad formal (pues el proceso jurisdiccional iguala formalmente a los que materialmente son desiguales de acuerdo a las enseñanzas del Maestro Alvarado), para culminar profiriendo una sentencia de fondo que ponga punto final a esa situación conflictiva inicialmente afirmada en una pretensión procesal susceptible de ser resistida.

Lo anterior es la piedra basilar de la siempre incisiva enseñanza alvaradina, si se nos permite el término, consistente en que el proceso jurisdiccional es un método de debate para la heterocomposición de litigios en virtud del cual las partes instan ante el juez competente, para que éste a partir de su convicción imponga su decisión final, imposición esta que no es arbitraria, estética o caprichosa, sino que está enmarcada dentro de un debido proceso en el que ambas partes han sido escuchadas en pie de igualdad. De allí que también sean aristas del principio dispositiva las categorías de la carga de afirmación de los hechos, la carga de confirmación de los hechos y la congruencia. Surge entonces necesario hacer unas breves anotaciones sobre estos tres elementos procesales.

La carga de la afirmación de los hechos establece que son las partes las únicas llamadas a introducir a la litis aquellos supuestos fácticos de la ley sustancial cuya consecuencia jurídica favorable persiguen, y que por lo tanto edifican la situación controversial que el juez está llamado a resolver, en atención a que éste no puede sorprender a las partes en su sentencia introduciendo hechos nunca manifestados por las partes, y por lo tanto, nunca controvertidos. Como se aprecia, esta categoría procesal apuntala el carácter triádico de todo proceso jurisdiccional en virtud del cual el juez está ubicado en la cúspide del triángulo de la actuación procesal, y las partes se ubican en la base del mismo, en vértices opuestos, en señal de las posturas contradictorias que ambas defienden. La introducción de hechos litigiosos por parte del juez, en cualquier etapa procesal e independientemente de que una legislación procedimental avale dicha posibilidad –a través de figuras como el *iura novit curia*–, rompe este esquema triangular ya descrito.

La carga de la prueba o de la confirmación de los hechos da forma al núcleo esencial del proceso jurisdiccional, pues es la institución que explica la naturaleza dialógica y dialéctica de éste último. En este orden de ideas, es del resorte exclusivo de las partes aportar y pedir la práctica de los diversos medios probatorios con los cuales lograrán convencer al juez de que su versión de los hechos litigiosos es la probable y probada. De allí la regla áurea del derecho probatorio que asevera que *El que afirma, confirma*. Las cuestionadas y cuestionables pruebas de oficio, destruyen tan cara garantía procesal, y mutan igualmente el procedimiento judicial en un método de investigación que le permite al juez acceder a los más variopintos abusos de poder, en pos de una publicización del litigio que desnaturaliza el carácter estrictamente privado de la controversia entre las partes.

Y en último lugar, pero no menos importante, se encuentra la figura de la congruencia procesal. Ella establece que entre la sentencia y la pretensión con su correlativa resistencia, debe existir una simetría con tendencia a la perfección, o en otras palabras, el juez en su fallo no puede ir más allá de lo afirmado y confirmado por las partes, pues una actitud suya en contravía de lo anterior, implicaría la irreparable transgresión al debido proceso y al elemental derecho de defensa, pues conllevaría a la intervención del juez en un litigio que no le pertenece, ya que descendería de su posición supraordinada respecto de las partes, para litigar o accionar a lado de una de ellas, arrojando así su imparcialidad y las garantías procesales de la parte que no se ve beneficiada con los actos de parte del juez, si se pueden denominar así. De allí que la fijación de los extremos litigiosos a debatir, no a investigar como pretende el activismo judicial, compete única y exclusivamente a las partes, La congruencia típicamente es transgredida con figuras como el *iura novit curia*, los fallos *ultra* y *extra petita*, los autos para mejor proveer, las excepciones oficiosas, entre otras.

1.2.2 La verdad procesal y la imparcialidad

La imparcialidad judicial depende, siguiendo a Ferrajoli (2005), de la concepción de verdad al interior del proceso, y del modelo o paradigma en virtud del cual se alcanza dicha verdad. Lo anterior da pie a la existencia de la dicotomía entre sistemas acusatorio e inquisitivo. El primero se caracteriza por el papel de moderador asumido por el juez, pues pone el acento del debate procesal en las posturas fácticas contradictorias del caso que sean presentadas por las partes. En este sistema, la carga probatoria recae estrictamente en las partes. En cambio, en el modelo inquisitivo el protagonista del juicio es el juez, quien cuenta con amplias facultades oficiosas probatorias, además asume el papel de acusador/accionante, y deja al togado de la defensa/demandado como un simple formalismo para el accionado o procesado, pues sus facultades investigativas y de aportar pruebas están severamente limitadas. El profesor Ferrajoli así lo describe:

“Precisamente se puede llamar acusatorio a todo sistema procesal que concibe al juez como un sujeto pasivo rígidamente separado de las partes y al juicio como una contienda entre iguales iniciada por la acusación, a la que le compete la carga de la prueba, enfrentada a la defensa en un juicio contradictorio, oral y público y resuelta por el juez según su libre convicción. A la inversa, llamaré inquisitivo a todo sistema procesal donde el juez procede de oficio a la búsqueda, recolección y valoración en las pruebas, llegándose al juicio después de una instrucción escrita y secreta de la que están excluidos, o en cualquier caso, limitados la contradicción y los derechos de la defensa.” (Ferrajoli, 2005, p. 564, *itálicas del texto*)

Bajo ambos esquemas subyace un concepto de verdad que impondrá el ritmo a seguir durante el juicio, y en torno al cual también se desarrollarán todas las garantías que irradian el proceso. ¿Qué importancia tiene ello frente a la persecución de los delitos y su posterior juzgamiento? A continuación se aborda dicho tema.

Sea lo primero advertir que, además de la calificación acusatorio e inquisitivo, existe otra caracterización de los sistemas procesales penales, que principalmente ponen de presente la finalidad primordial de cada modelo. El decisionismo, inspirado en la filosofía positivista del siglo XIX, propugna que ante el peligro que para la sociedad representa el acusado, éste debe ser condenado a cualquier costo, así ello implique el desconocimiento de sus ya precarias garantías procesales y de su dignidad humana. Ello justificado porque a toda notitia criminis subyace “...una verdad sustancial y global fundada esencialmente sobre valoraciones...” (Ferrajoli, 2005, p. 540), es decir, una única versión posible de los hechos, que se alza casi incontrovertible, pues la defensa carece de la discrecionalidad probatoria (Ferrajoli, 2005, pp. 540-541) que posee el órgano instructor. En este orden de ideas, cualquier medio es legítimo para obtener elementos confirmatorios de la conducta punible endilgada al encartado, ya que el sistema probatorio típico de los modelos inquisitivos o decisionistas es la íntima convicción del juez, dejando la apreciación de las pruebas al arbitrio del fallador, pues el ordenamiento jurídico no consagra normas que le vinculen en esta etapa.

Como se puede apreciar, la jurisdiccionalidad aplicada en este sistema, en palabras de Ferrajoli (2005), es tan solo leve o lata, habida cuenta que la pena, el crimen y la culpa no son válidos si no fueron declarados en juicio. Además, destaca que las funciones de acusador y juzgador están concentradas en un solo sujeto procesal, que solo representa el interés punitivo estatal; lo que hace que el juicio, aunque oral y público, no vaya más allá de ser un ritual vacío, porque desde la instrucción, el procesado, quien es objeto y no sujeto de la investigación, ya está condenado.

Muy distinta es la situación en un esquema garantista, donde juez y acusador son dos entes distintos, y éste está un nivel de isonomía y de igualdad de armas frente a la defensa, la cual también posee amplias y suficientes facultades investigativas, para presentar una sólida teoría del caso a favor de su prohijado, el cual pasa a ser sujeto de una investigación criminal medida y pasible de controles,

en atención a evitar lesiones a sus derechos fundamentales. Este paradigma está “...orienta[do] a la averiguación de una verdad procesal empíricamente controlable y controlada, aunque necesariamente reducida y relativa...” (Ferrajoli, 2005, p. 540) De esta forma, se rompe con el dogma de la verdad material, dado que en juicio sólo se escucharán afirmaciones fácticas con vocación de certeza, más no de verdad incontestable. Aunado a lo anterior, la apreciación de los elementos probatorios ya no se efectúa a través de la libre e íntima convicción, sino a través de la sana crítica: la legislación procesal penal da pautas, que no mudan en sistema de tarifa legal de la prueba, vinculantes para el juzgador, reduciendo así la discrecionalidad judicial en la etapa confirmatoria, y maximizando la discusión que ofrezcan Ministerio Público y defensa. En consecuencia, se trata del ejercicio de la jurisdiccionalidad estricta, en virtud de la cual el juicio sólo es dable si cuenta con acusación, prueba y defensa. Ello permite afirmar que “...es el juicio por su parte el que reclama todo el conjunto las garantías procesales o instrumentales.” (Ferrajoli, 2005, p. 538)

La primera reivindicación de la imparcialidad se da en reconocer que, debido a las limitaciones humanas materiales y epistemológicas, en el proceso sólo se puede alcanzar una verdad relativa y aproximativa, estrictamente procesal, dado que está limitada por los medios probatorios disponibles, la actividad de las partes y los recursos que cuentan para aportar elementos materiales probatorios. Pretender alcanzar una verdad absoluta e inmanente a cada proceso, sólo permite alimentar la ilusión metafísica del silogismo judicial perfecto (Ferrajoli, 2005, p. 38), y dar patente de corso para cometer toda clase de ultrajes en nombre de la justicia.

El Profesor Martín Agudelo también se refiere a ello en los siguientes términos:

“Pero, se insiste en que no se alcanza una verdad en términos de lo absoluto, como conocimiento completo y detallado de toda la realidad. Y, pese a sus limitaciones, a esa verdad procesal a la que se llegue se le asigna efectos de defini-

ción, manifestados en la cosa juzgada, sin que sea tolerable transgredir los límites que impone la justicia. Resultan, entonces, inevitables los condicionamientos y limitaciones que expresan el carácter relativo de aquella verdad procesal; una verdad que no puede desconocer unos fundamentos que debe realizar como son los de la justicia y en la cual debe conciliarse forma con contenido.” (Agudelo, 2006, p. 153)

Y más adelante sostiene:

“Finalmente, este estudio resalta la idea acerca de la coincidencia entre la verdad procesal y la imparcialidad misma que ofrece el sujeto que dirige una determinada serie procedimental. La imparcialidad toca con el deseo de llegar a la verdad por medio de la presencia indispensable de uno sujetos concretos y cualificados que intervienen en determinados espacios asegurando decisiones de dicho tipo en lo que lo verdadero termina identificándose con lo justo.” (Agudelo, 2006, p. 154)

Igualmente, en un juicio sólo se alcanzará una verdad aproximativa si se parte de la premisa de que la justicia, bajo el derrotero de un sistema acusatorio, es cognoscitiva y no constitutiva ni mucho menos valorativa. Ello implica que el juez, bajo parámetros de estricta legalidad, “aplica” o “afirma” (Ferrajoli, 2005, p. 538) la ley sustantiva; lo anterior bajo el criterio del cognoscitivismo procesal del sistema acusatorio, que además de la ya anotada estricta jurisdiccionalidad, exige también “...la verificabilidad o refutación de las hipótesis [formuladas por el pretendiente] en virtud de su carácter asertivo y su prueba empírica en virtud de procedimientos que permitan tanto la verificación como la refutación.” (Ferrajoli, 2005, p. 36, *itálicas del texto*) Así las cosas, todo juicio penal, civil, comercial, entre otros, y su tema de debate, está rigurosamente ceñido a lo trazado en el *factum* de la acusación o demanda y la resistencia activa ejercida por la defensa o demandado. En consecuencia, en el proceso se reconoce si existió o no la versión de los hechos propuesta por las partes, distinto a lo que sucedía en el juicio in-

quisitivo, donde el juez-acusador-demandante construía condenas sin un adecuado contradictorio fáctico y jurídico, basada sólo en valoraciones judiciales.

Siguiendo al maestro Ferrajoli (2005), en el ejercicio no sólo de la justicia penal, sino de cualquier especialidad jurídico procesal, para la obtención de la verdad aproximativa que ella arroja, se ejercen cuatro poderes o espacios jurisdiccionales discrecionales: (i) la denotación, que conlleva la interpretación de los hechos y el derecho aplicable; (ii) comprobación de hipótesis fácticas mediante pruebas y un sistema probatorio de sana crítica; (iii) connotación, que conlleva la aplicación de la equidad, la ponderación y los principios generales del derecho en los casos requeridos; y un último poder de (iv) disposición, que implica valoración ético-política. Estos cuatro ámbitos discrecionales, paralelos al dominio técnico y científico de la jurisprudencia por parte del juez, hacen del proceso un “saber-poder”, donde veritas y auctoritas se entremezclan (Ferrajoli, 2005, pp. 45-46). En ellos debe predominar el saber por encima del poder, mediante las talanque-ras de la estricta jurisdiccionalidad y la estricta legalidad, sin dejar de lado que la discrecionalidad judicial nunca podrá anularse por completo. Esta presencia, ineluctable, de libre potestad del juez, impide acceder a una verdad objetiva y total en el procedimiento judicial. La imparcialidad estará asegurada en tanto que el ejercicio de la estricta legalidad y jurisdiccionalidad garanticen

“... ese específico derecho fundamental que interesa al derecho penal [y también a las demás áreas sustanciales del derecho] que es la inmunidad del ciudadano inocente frente a puniciones arbitrarias. De se sigue que el vínculo de la verdad procesal es también la principal fuente de legitimación externa, ético-política o sustancial del poder judicial que, en contraste con otros poderes públicos, no admite una legitimación de tipo representativo o consensual, sino sólo una legitimación de tipo racional y legal precisamente por el carácter cognoscitivo de los hechos y reconocitivos de su calificación jurídica exigido a las motivaciones de sus actos jurisdiccionales.” (Ferrajoli, 2005, pp. 543-544, *itálicas del texto*)

❖ **Materialización de la imparcialidad judicial: la etapa confirmatoria.**

La ajenidad institucional y personal que deben acompañar a todo juez imparcial se pone de manifiesto en la práctica de los distintos medios de prueba en la etapa de juzgamiento (Sampedro, en Cancino [compilador], 2003, p. 342). Tal ajenidad se logra con la imprescindible separación de las funciones de acusación/pretensión y de juzgamiento, determinando con claridad cada una de sus facultades y su papel en el juicio: el juez, quien dotado constitucionalmente de jurisdicción, se limita a decir o afirmar el derecho aplicable a cada caso concreto; y el acusador/demandante, quien ejerce una pretensión procesal susceptible de ser resistida.

En términos específicos del proceso penal, la separación de los roles de acusador y juez permite entonces que hayan dos partes en igualdad de armas y condiciones, para poner de manifiesto ante el fallador, afirmaciones positivas y negativas sobre la comisión de un delito determinado, culminando ello en una sentencia de fondo que recoge la verdad procesal ventilada a lo largo del proceso. Con el objeto de que dicha separación no sea sólo orgánica, sino también funcional y material, es necesario allegar otra serie de garantías y requisitos que reafirmen el debido proceso al sindicado, y el adecuado acceso a la tutela jurisdiccional efectiva, también al Estado –con el objeto de hacer efectiva su política criminal frente a los asociados– y a la víctima, en aras de lograr con el proceso penal verdad, justicia y reparación. Tales requerimientos tienen que ver con el reconocimiento de la dignidad humana de los intervinientes en el proceso, la libertad del procesado durante el trámite, el respeto total por la legalidad, la presunción de inocencia e in dubio pro reo, posibilidad de acceder a defensa técnica, el no desconocimiento a la intimidad del acusado y las víctimas, intermediación probatoria, entre otras.

❖ Prohibición de cualquier actividad probatoria oficiosa.

Uno de los grandes elementos definidores de todo sistema acusatorio consiste en que la discusión probatoria recae exclusivamente en las partes, lo que explica que tanto el pretendiente como el resistente estén en perfecta situación de igualdad al momento de aportar los elementos materiales probatorios que dan sustento a sus respectivas teorías del caso. Ello implica que cualquier impulso oficioso probatorio está totalmente proscrito, pues el juez debe decidir con base en lo que las partes hayan introducido al juicio. Sí le es permitido al juez, al momento de decretar los distintos medios de prueba solicitados por las partes, pronunciarse sobre la pertinencia, conducencia y admisibilidad de los mismos, con el ánimo de evitar pruebas superfluas o que traten de acreditar lo ya demostrado, o que sean inconducentes. Por lo anterior, el juez no podrá instruir la causa bajo circunstancia alguna.

Así mismo, es inaceptable dar cabida a la teoría de las cargas probatorias dinámicas, que en esencia significa que el onus probandi recae en aquel sujeto procesal que esté en mejores condiciones técnicas, profesionales o fácticas para aportar la prueba pertinente a demostrar su afirmación, sin consideración a su posición de demandante o demandado, es decir, de acusador o acusado (Peyrano, en Peyrano [director] y White [coordinadora], 2004). Esta tesis, que en el fondo sólo beneficiaría al ente acusador puesto que ante deficiencias investigativas traslada la carga de la prueba a la defensa, obliga al acusado a demostrar un hecho negativo como lo es su inocencia, labor que en principio le es ajena, pues en toda la actuación penal está cobijado por la presunción de inocencia. En consecuencia, no puede haber lugar a inferencias judiciales de culpabilidad ante la obvia imposibilidad del investigado de acreditar su inocencia. Es desafortunada toda sentencia condenatoria apoyada en esta teoría, pues la condena allí impuesta sólo parte de amañadas conjeturas y suposiciones propuestas por el acusador, que son aceptadas por el juez presumiendo la culpabilidad del encartado e ignorando la cara prebenda constitucional del in dubio pro reo, considerando que las falencias

probatorias del ente investigador y titular de la acusación pública, no pueden derivar en consecuencias funestas para la defensa y el defendido, el cual debe ser absuelto por la carencia de elementos materiales probatorios que den fuerza a la acusación. Se aprecia que la aplicación de la carga dinámica de la prueba destruye la imparcialidad del juez, porque le obliga a éste a presumir la culpabilidad en hipótesis delictivas débiles, obligando a la defensa a confirmar la inocencia de su prohijado.

Cualquier actuación del juez como las descritas líneas arriba, soporta de suyo una actividad inquisitiva encubierta que riñe abiertamente con un sistema garantista y constitucional de enjuiciamiento criminal.

1.3 La postura de Jeremy Bentham respecto del conocimiento privado del juez

El reconocido filósofo y jurista inglés, padre de la doctrina del utilitarismo, ha tenido oportunidad de referirse al conocimiento privado del juez en su Tratado de las pruebas judiciales. Que sea la elocuencia de su obra la que hable por sí misma.

“¿Puede el juez en algunos casos fallar sobre una cuestión de hecho, según su propio conocimiento, sin otras pruebas?

“La cuestión que acabamos de proponer, parecerá a primera vista muy singular, y la respuesta que más naturalmente se presenta es por la negativa. Un juez no puede dar una decisión en un punto de hecho, sino en tanto que este hecho conste por escrito o resulte probado por testigos, habiendo sido discutido por las partes.” (Bentham, 2000, T. I, p. 60)

A renglón seguido, Bentham explica unas aparentes excepciones a la regla general anterior, pero que en realidad recalcan dicho postulado general:

“1°. El juez ha sido testigo inmediato del hecho. En este caso ¿qué más puede pedir para su persuasión? ¿No le producirá cualquier otro testimonio una duda mayor que el suyo propio?

“Esta observación sería decisiva, si el juez no tuviese que dar su satisfacción más que a sí propio; pero esta de nada sirve para el público, y no es bastante que su decisión sea justa, es indispensable que lo parezca. Si el delito se ha cometido en público, todos los que hayan estado presentes serán otros tantos testigos, y entonces el juez no debe quedar dispensado de usar de la forma regular, pudiendo oír a los testigos en sesión seguida, sin ningún gasto ni dificultad.

“Si el delito se ha cometido no públicamente, sino *intra privatos parietes*, nada sería entonces más peligroso que permitir a un juez ejercer al mismo tiempo el oficio de testigo.

“2°. Decisión que recae bajo la conformidad tácita o expresa de las partes. Pero en este caso, la ausencia de testimonio es más aparente que real; pues que la conformidad de las partes en el hecho son verdaderos testimonios bajo otro nombre.

“Cuando la admisión o conformidad es expresa, toma el nombre de confesión, en cuanto es una declaración de la misma parte en su propio perjuicio, y entonces no es solamente una prueba, sino la prueba más firme y valedera en general y la más digna de fe, suponiendo siempre que esta declaración nunca puede perjudicar a los intereses de un tercero.

“Cuando la conformidad no es expresa, entra en la clase de las pruebas circunstanciales, como son el silencio, el no comparecer al emplazamiento, la huida, etc.” (Bentham, 2000, T. I, pp. 60-61)

El filósofo menciona otras dos excepciones: decisión sobre hechos notorios y la improbabilidad de un hecho puede por sí sola servir de base para decidir que se le desestima a pesar del testimonio de este mismo hecho. Estos puntos serán abordados en la siguiente sección.

2. Los hechos notorios y evidentes

De acuerdo al profesor Hernán Fabio López Blanco, un hecho notorio es “...aquel que dadas las características que originaron su ocurrencia se supone conocido por la generalidad de los asociados, cualquiera que sea su grado de cultura y conocimientos, dentro de un determinado territorio y en determinada época, pues la notoriedad puede ser mundial, continental, regional o puramente municipal y está referida a un determinado lapso, de modo que lo que en un determinado proceso podría erigirse como hecho notorio, en otro no necesariamente tiene esa connotación.” (2008, T. III, p. 58) Significa lo anterior que un suceso que reúna las condiciones ya descritas, no requerirá prueba alguna al interior del plenario, y por lo tanto tendrá suficiente entidad como para contribuir a la convicción del juez respecto de la litis que demanda su atención.

Del anterior concepto, se pueden destacar dos elementos, de trascendental importancia para luego dilucidar la inconveniencia de los hechos notorios en un debido proceso republicano. Lo primero a mencionar es la presunción de conocimiento del hecho evidente en la generalidad de los asociados, lo que de entrada genera no pocas dudas, en la medida de que no existe un criterio ni siquiera aproximado, para determinar la generalidad del conocimiento del hecho notorio, lo que a ultranza se convierte en una puerta abierta para la discrecionalidad del juez, en un tema tan delicado, como lo es la prueba.

Y en segundo lugar, la intrínseca relatividad del hecho que se da por evidente o notorio, en la medida que está sujeto a un tiempo, modo y lugar, que pueden

llegar a ser ampliamente etéreos, torna en incontrolable e incontrovertible la determinación del mencionado suceso notorio, en la medida en que no es necesario que el citado suceso haya sido invocado por las partes, al punto que el mismo profesor López Blanco reconoce que la única forma de control proviene de la impugnación a la decisión que acoge el hecho notorio, cuando la garantía elemental de defensa de las partes está ya conculcada y es irreparable:

“Tómese como ejemplo un caso donde el juez considera que la fuerza mayor, que no se presentó como circunstancia exceptiva, está determinada probatoriamente por un hecho notorio que no ha sido ni siquiera insinuado en el proceso. Mal puede el juez decretar la prueba de oficio [...] debido a que ese hecho, por ser notorio, está eximido de ser establecido por algún medio probatorio; tampoco será pertinente que el juez dicte un auto poniendo en conocimiento de las partes lo que considera él es un hecho notorio para efectos de que éstas puedan controvertirlo debido a que esta posibilidad de actuación no está prevista en la ley. Deberá considerarlo en la providencia donde va a ser base para su decisión final, sin que esto implique que se vulnere el debido proceso o se menoscabe el derecho de defensa pues la parte eventualmente afectada por la determinación cuenta usualmente con los recursos, de apelación si es una sentencia, reposición y en veces apelación si es un auto, para efectos de contradecir la apreciación del hecho, de ahí que será ésta la forma de controvertir el hecho notorio, caso de que se quiera cuestionar su carácter.” (2008, T. III, p. 58)

Se puede afirmar que un hecho notorio transgrede el debido proceso, por doble vía, como a continuación se explica: en primer lugar, un hecho notorio es un medio eufemístico para alterar la congruencia en el proceso, pues se integraría al proceso un acontecer fáctico no afirmado, ni mucho menos negado o confirmado, lo que tornaría en altamente impredecible la decisión final del juez, pues la misma desborda los estrictos linderos determinados en la fijación del litigio. Lo dicho líneas arriba sobre la congruencia, encaja perfectamente en esta discusión.

Y en segundo lugar, y como consecuencia de lo anterior, la intromisión de un hecho notorio en la litis, se puede considerar como un mecanismo que institucionaliza el conocimiento privado del juez, aparentemente proscrito, pues como se indicó líneas arriba, se trata de datos, sucesos o informaciones extraprocesales –y por lo tanto incontrovertibles– de amplia relatividad y dudoso dominio por parte de determinada colectividad. Es decir, se atenta contra el natural derecho a la contradicción que irriga cualquier actuación judicial. Con la posibilidad de decretar hechos notorios de manera oficiosa, el fallador puede perfectamente tratar de “legalizar” o “legitimar” un prejuizgamiento, y el proceso jurisdiccional termina convertido en un método de investigación y no en el elemental esquema de debate dialógico y dialéctico que es.

Nuevamente Jeremy Bentham aporta al debate en torno a la inconveniencia de los hechos notorios, en los siguientes términos:

“3°. Decisión sobre hechos notorios. Este caso exige grandes precauciones. ¿Qué se llama notoriedad? Cuestión difícil de resolver. ¿Dónde está la línea de demarcación entre un hecho suficientemente notorio, y el que no lo es? Y aun cuando respecto de algún hecho estuviese suficientemente establecida la persuasión general, ¿no podría suceder que no lo estuviese igualmente respecto de esta o la otra circunstancia importante del mismo hecho? ¿No sucede que lo que parece notorio a uno no lo es respecto de otro? ¿Un hecho considerado como notorio por el demandante no podría parecer dudoso al demandado, y aun también al juez? La palabra notoriedad en materia judicial es sospechosa con justa razón. Es un pretexto de que muchas veces se abusa por falta de prueba, cuando esta es muy difícil.

“Sin embargo, hay casos en que los hechos son de tal manera notorios, que la parte adversa no se atreve a negarlos sin exponerse a una imputación de mala fe; y para obviar gastos, dilaciones y vejaciones puede convenir a una de las partes que su contrario declare si tiene por ciertos estos o aquellos hechos. Sin duda el rubor le impedirá el negarlos; pero la solicitud de esta de-

claración debe ser la regla. En efecto, cuando un hecho no se pone en duda por una ni otra parte, ¿para qué se le ha de imponer la obligación de su prueba? Lo contrario depende más bien de sistemas particulares en que se miren con preferencia otros intereses que los de la justicia.

3. A modo de conclusión

La aplicación del conocimiento privado del juez y los hechos notorios sobre el desarrollo de la actuación judicial transgreden de manera inevitable las garantías del debido proceso. La primera gran conclusión a destacar es que el proceso no busca verdades absolutas, sino tan sólo provisionales o limitadas, en la medida en que el acceso al conocimiento de los hechos no puede tender a certezas ni mucho menos verdades, sino tan sólo a afirmaciones probables y probadas en el decurso del plenario. A lo anterior hay que agregar también las limitaciones físicas y psíquicas humanas para la obtención de la verdad, la cual no es más que una aspiración inalcanzable, y pretender que el proceso jurisdiccional puede lograrla, de acuerdo al pensamiento del activismo judicial, es risible, por decir lo menos.

Como corolario de lo anterior, se puede afirmar también que la permisón expresa o tolerada del juez de aplicar su conocimiento privado para la resolución de la litis, o de dar lugar a hechos notorios dentro del proceso, conlleva inexorablemente a convertir al juez en un testigo privilegiado de la causa, pues los datos que conforman su saber particular sobre los hechos, o su conclusión respecto de invocar un suceso notorio o evidente, se tornan en incontrovertibles, incontestables e inimpugnables, por la sencilla razón de que se desconocen, pues hacen parte de la esfera psíquica íntima del fallador, no exteriorizable al proceso. En suma, parte del acontecer fáctico en que reposa la sentencia, no atravesaría el tamiz elemental de la contradicción, tornando en arbitraria e impredecible la decisión, que aunque eventualmente fuera justa (normalmente ocurrirá lo con-

trario), es ilegal, pues se irrespetó el derecho de audiencia que le asiste a las partes.

Igualmente, es de destacar que la participación del juez alterando la congruencia con su conocimiento privado y declarando hechos notorios, conlleva a una “trilateralización” del proceso, si se quiere, en la medida en que el juez termina convertido en otro litigante, destruyendo así la lógica bilateralidad al interior de todo proceso jurisdiccional. En síntesis, y en aplicación del pensamiento del profesor Ferrajoli, el juez se convierte en un sujeto constituyente de hechos, con la arbitrariedad que ello acarrea, dejando de lado su labor de verificador de las afirmaciones de las partes. En resumen, con el saber privado del juez y los hechos notorios, no sólo se desdibuja la imparcialidad, sino también la imparcialidad, pues las figuras objeto de análisis en el presente trabajo obligan al fallador a que de manera consciente o inconsciente realice actos reservados con exclusividad a las partes, a saber: afirmar, pedir y probar.

BIBLIOGRAFÍA

Agudelo, Martín (2006). Filosofía del derecho procesal. Segunda edición, Bogotá, Editorial Leyer.

Ambos, Kai y Montealegre Lynett, Eduardo (compiladores) (2005). Constitución y sistema acusatorio. Un estudio de derecho comparado. Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

Bentham, Jeremy (2000). Tratado de las pruebas judiciales. 2 T. Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica.

Cancino, Antonio José (compilador) (2003). Derecho penal y sistema acusatorio en Iberoamérica. Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

Ferrajoli, Luigi (2004). Derecho y razón. Teoría del garantismo penal. Sexta edición, Madrid, Editorial Trotta.

Ibáñez, Perfecto Andrés (2007). En torno a la jurisdicción. Buenos Aires, Editores del Puerto.

López Blanco, Hernán Fabio (2008). Procedimiento civil. Tomo 3 Pruebas. Bogotá, Dupré Editores.

Peyrano, Jorge Walter (director) y Lépori White, Inés (coordinadora) (2004). Cargas probatorias dinámicas. Santa Fe, Rubinzal Culzoni Editores.

Picó I Junoy, Joan (2007). El juez y la prueba. Barcelona, J. M. Bosch Editor.

Stein, Friedrich (1999). El conocimiento privado del juez: investigaciones sobre el derecho probatorio en ambos procesos. Bogotá, Temis.