

JUAN LUIS CEBRIÁN

“Algunas distorsiones entre los medios de comunicación y los tribunales proceden de los conflictos legales relacionados con los delitos de opinión”.

SERGIO A. PALACIO

“Nuestra herencia jurídica nos aporta tradicionales ideas acerca de la imposibilidad de mercantilizar el cuerpo humano, limitando la libertad de disposición de las personas a este respecto”.

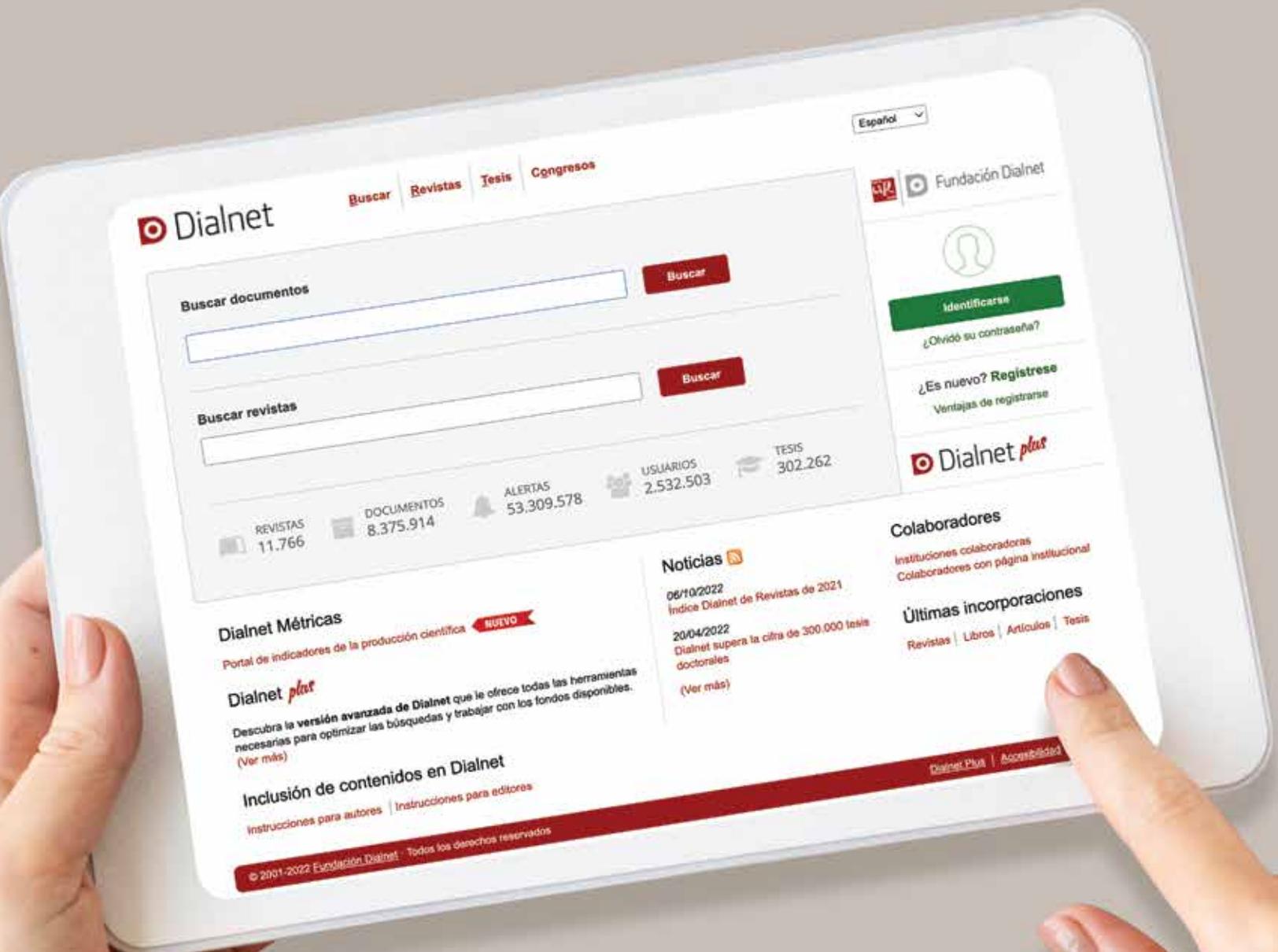
MANUEL ATIENZA

“La clave de la motivación judicial reside en que se trate de buenas razones, lo que supone dar cierta prioridad a lo que antes llamaba la concepción o la dimensión material de la argumentación”.

FRANCISCO ORTEGA POLANCO

“Más que el árbitro, juez o el proceso y sus garantías, la prueba es una llave de bóveda de los procesos jurisdiccionales, a los que, el juzgador, dada su imparcialidad, asiste ajeno y en la extrema necesidad de establecer una verdad”.

la mayor base de datos de artículos científicos en español



En **DIALNET** puedes encontrar artículos de revista, libros y artículos de libros colectivos, actas de congresos, tesis doctorales y reseñas de publicaciones.

Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es>

CONTENIDO

06

CONFERENCIA

RAZONAMIENTO JUDICIAL

Manuel Atienza

42

ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN

GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN: PANORAMA ACTUAL Y TENDENCIA JURISPRUDENCIAL ARGENTINA

Sergio A. Palacio

70

CONFERENCIA

EL WIKIPERIODISMO Y LA WIKIJUSTICIA

Juan Luis Cebrían

84

ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN

LA PRUEBA EN EL PROCESO ADMINISTRATIVO

Francisco Ortega Polanco

136

ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN

LA SEGURIDAD JURÍDICA: PRESUPUESTO DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

Ariella Adames Rojas

DIRECTORA

Johanny Castillo Sabarí
Revista Saber y Justicia

EDITORA

Dilenia Hernández Fernández
Escuela Nacional de la Judicatura (ENJ)

CONSEJO EDITORIAL

Armando S. Andruet
Catedrático de la Pontificia Universidad Católica
Argentina (UCA)

Ana Jara

Profesora de la Universidad de Granada, España

David Ordoñez

Miembro de la red de expertos en derecho de la
Unión Europea del Consejo General del Poder
Judicial de España

Juan Proscopio Pérez Minyety

Juez coordinador técnico de los Comités
Responsables del Sistema de la Escuela Nacional de
la Judicatura

Juan Francisco Puello Herrera

Miembro del Consejo Directivo de la Escuela Nacional
de la Judicatura

COMITÉ CIENTÍFICO

Sergio A. Palacio

Catedrático de la Universidad Nacional de la Plata
Argentina

Jorge Jiménez

Profesor y secretario general de la Red
Iberoamericana de Escuelas Judiciales (RIAIEJ)

Yadira de Moya

Jueza miembro de la Comisión Académica de la ENJ

COLABORACIONES EN ESTA EDICIÓN

Manuel Atienza

Sergio A. Palacio

Juan Luis Cebrían

Francisco Ortega Polanco

Ariella Adames Rojas

COORDINACIÓN

Dilenia Lorenzo y Belka Villar

CORRECCIÓN DE ESTILO

Aimara Vera

DISEÑO DE PORTADA Y DIAGRAMACIÓN

Pia Menicucci & Asoc., SRL

PERIODICIDAD

Bianual

Santo Domingo, República Dominicana 2022

CONTACTO

Escuela Nacional de la Judicatura (ENJ)

Tel.: (809) 686-0672

C/ César Nicolás Penson, núm. 59, Gascue

Santo Domingo, República Dominicana

E-mail: saberyjusticia@enj.org

Web: <https://saberyjusticia.enj.org>

Registrados en el Catálogo 2.0 Latindex.org

Indexados en dialnet.unirioja.es

EDITORIAL

Nos complace presentar los trabajos que conforman la edición número 23 de nuestra revista científica *Saber y Justicia*. En esta edición connotados académicos de España, Argentina y República Dominicana exponen temas de actualidad e interés para la judicatura y la comunidad jurídica nacional e internacional.

El profesor Manuel Atienza propone diez tesis que permiten reflexionar sobre los postulados vinculados al razonamiento judicial, donde justifica varios planteamientos que ha defendido en publicaciones anteriores a través de lo que él denomina “un ejercicio de síntesis”. Por otra parte, el académico Juan Luis Cebrián compara la información producida por el periodismo formal y aquella que se genera en el ámbito digital, su relación con la justicia y los delitos de opinión en la conferencia titulada “El wikiperiodismo y la wikijusticia”.

Asimismo, el catedrático argentino Sergio Palacio profundiza sobre la “Gestación por sustitución: panorama actual y tendencia jurisprudencial en Argentina”, artículo en el cual plantea la necesidad de regulación de la gestación por sustitución, así como el estándar de protección que ha asumido la jurisprudencia a partir de su autorización en casos excepcionales, con argumentaciones basadas en el principio del interés superior del niño.

 **Johanny Castillo Sabarí**

 Directora
Revista Saber y Justicia
 República Dominicana
 jcastillos@enj.org



Obra bajo licencia
Creative Commons
Atribución-NoComercial-
SinDerivadas 4.0 Internacional

Vol. 1, núm. 23, junio 2023
ISSN (impreso): 2305-2589
ISSN (en línea): 2676-0827
saberyjusticia@enj.org

Esta edición contiene el trabajo titulado “La prueba en el proceso administrativo”, escrito por el magistrado Francisco Ortega Polanco, juez de la Suprema Corte de Justicia y destacado investigador, quien, a partir de la regla del artículo 1315 del Código Civil dominicano, destaca la necesidad de aplicar un tratamiento justo y adecuado de la prueba en el procedimiento administrativo, sustentado no solo en los criterios de plenitud, certeza y licitud propios de la teoría general de la prueba, sino también en los de necesidad y relevancia. Por igual, la licenciada Ariella Adames presenta el tema “La seguridad jurídica: presupuesto del registro de la propiedad”, en el que hace énfasis en la necesidad de previsibilidad de las normas a fin de evitar o reducir los litigios, especialmente en relación con la institución del registro de propiedad.

Agradecemos a los autores, evaluadores y miembros del equipo editorial por su esfuerzo para poner nuestra publicación a disposición de la comunidad, cumpliendo con el rigor y los estándares exigidos en una revista científica. Esperamos que el contenido presentado sea del interés de los lectores y, con ello, continuar fortaleciendo la propuesta de temas que contribuyan al quehacer jurídico nacional e internacional.

CONFERENCIA

RAZONAMIENTO JUDICIAL

Manuel Atienza

Profesor emérito de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante

Esta conferencia fue presentada el 18 de noviembre de 2022 en el Auditorio de la Suprema Corte de Justicia de la República Dominicana por invitación de la Escuela Nacional de la Judicatura. En la exposición, el profesor propone diez tesis al reflexionar sobre los postulados vinculados al razonamiento judicial.

El profesor Atienza ha recibido múltiples doctorados *honoris causa* de universidades de Argentina, Ecuador y Perú. Miembro de la Academia Colombiana de Jurisprudencia y de la Real Academia Asturiana de Jurisprudencia. Autor de diversas obras orientadas al derecho. Entre sus últimas publicaciones destacan: *Curso de argumentación jurídica*; *Filosofía del derecho y transformación social*; *Podemos hacer más. Otra forma de pensar el derecho*; *Argumentación legislativa*; *Comentarios e incitaciones. Una defensa del postpositivismo jurídico*; *Una apología del derecho y otros ensayos*, y *Sobre la dignidad humana*.

 **Manuel Atienza**

 Universidad de Alicante

 España

Especial

Recibido: 22 de noviembre de 2022

Aprobado: 14 de febrero de 2023



Obra bajo licencia
Creative Commons
Atribución-NoComercial-
SinDerivadas 4.0 Internacional

Vol. 1, núm. 23, junio 2023

ISSN (impreso): 2305-2589

ISSN (en línea): 2676-0827

saberyjusticia@enj.org

“ La clave de la motivación judicial reside en que se trate de buenas razones, lo que supone dar cierta prioridad a lo que antes llamaba la concepción o la dimensión material de la argumentación ”

MANUEL ATIENZA

ALGUNAS TESIS SOBRE EL RAZONAMIENTO JUDICIAL

En lo que sigue recojo diez tesis sobre el razonamiento judicial de carácter justificativo que he defendido en diversas publicaciones de los últimos tiempos. Se trata fundamentalmente de un ejercicio de síntesis, aunque no he dejado de aprovechar la ocasión para precisar alguna que otra cosa. En todo caso, el lector interesado en conocer más detalles puede acudir a las obras que se irán citando y en las que, como digo, este trabajo está basado.

1.

El razonamiento judicial constituye solo un tipo, aunque muy importante, de razonamiento jurídico

Se trata de una tesis obvia, pero que conviene subrayar. Hay muchísimas otras instancias en la vida jurídica, aparte de la judicial,

en la que tienen lugar argumentaciones. Además, la argumentación judicial no es solo la que llevan a cabo las altas cortes de justicia: nuestros tribunales supremos y/o constitucionales. Sin embargo, lo que solemos considerar como "teoría estándar" de la argumentación jurídica, esencialmente las elaboradas por MacCormick y Alexy a finales de los años setenta del siglo pasado, se limitaron prácticamente a considerar este último campo que ciertamente constituye un aspecto muy parcial del razonamiento jurídico¹. En consecuencia, estas teorías de la argumentación jurídica, a pesar de sus muchos méritos, dejan fuera de su objeto de estudio no solo a la argumentación de carácter no judicial (como la argumentación legislativa, la de los abogados o la de la dogmática²), sino también a la argumentación en materia de hechos, pues los problemas de prueba no suelen llegar hasta los tribunales supremos o constitucionales, aunque seguramente sean los más relevantes cuando se considera el conjunto de la jurisdicción.

Estamos pues ante una limitación importante y que quizás no afecte únicamente al ámbito de aplicación de la teoría. O, dicho de otra manera, los límites extensionales son también aquí límites intensionales, en el sentido de que tienen que ver con la propia concepción de la argumentación jurídica y del derecho. Me parece que esto resulta perceptible en diversas críticas que se han dirigido a la teoría estándar y, de manera muy específica, en la versión de Robert Alexy.

Una de esas críticas sostiene que la teoría de la argumentación jurídica ha partido de un concepto muy estrecho de racionalidad que no incluye la racionalidad estratégica. En opinión de Juan Ramón de Páramo³, el enfoque argumentativo del derecho no puede dar cuenta de los procesos de toma de decisión y de resolución de

1 Esa limitación la señalaba ya en Atienza, 1991.

2 Alexy incluye varias reglas de argumentación dogmática entre las reglas y las formas de la justificación externa (vid. Alexy, 1989)

3 De Páramo, 2007; Atienza, 2013, pp. 396-398.

conflictos antagónicos en el ámbito del derecho, puesto que en ellos no opera únicamente el discurso racional, el diálogo crítico, o sea, él piensa que en la experiencia jurídica los procesos de argumentación (en el sentido de argumentación siguiendo las reglas de la discusión racional: las sistematizadas por Alexy) suelen darse entremezclados con procesos de negociación y de mediación: la racionalidad comunicativa con la racionalidad de tipo estratégico. Ahora bien, esa crítica tiene cierta plausibilidad dirigida contra la concepción de Alexy, pues la llamada “tesis del caso especial” significa precisamente considerar que todos los supuestos de argumentación jurídica son instancias de la argumentación práctica racional, o sea, procesos argumentativos en los que rigen esas reglas y otras específicas de la argumentación jurídica (las de la llamada “justificación interna” y “justificación externa”). Pero la crítica resulta infundada si se pretende hacer extensiva a cualquier teoría de la argumentación jurídica. En mi opinión, una teoría realista (menos idealizada que la de Alexy) y razonablemente satisfactoria de la argumentación jurídica tiene que incluir (incluye de hecho) otros tipos de diálogo (de argumentación) aparte del diálogo crítico, entre otras cosas porque no se centra en exclusiva en las argumentaciones que llevan a cabo los tribunales supremos y constitucionales.

Algo parecido podría decirse de la acusación que, por ejemplo, Enrique Haba⁴ ha dirigido a la teoría estándar en el sentido de que esta incurriría en una seria deformación ideológica. Tal y como este autor lo formula, una concepción de la argumentación jurídica como la de Alexy ofrece una visión idealizada, “embellecida”, de la realidad jurídica (argumentativa), pues el modelo alexiano, aparentemente descriptivo de cómo de hecho se argumenta en el derecho, esconde en realidad una gruesa exageración: no es una descripción, sino una idealización (pero disimulada) de las prácticas argumentativas en el derecho. El éxito que las teorías argumentativas han tenido entre los jueces

4 Haba, 2010; Atienza, 2013, pp. 32-33.

y los juristas, en general, se explicaría precisamente porque estas constituyen un ejemplo de "ideología gremial": es muy comprensible que los jueces y, en general, los juristas estén dispuestos a acoger con entusiasmo teorías que presentan la jurisdicción y la práctica del derecho como actividades arquetípicas de la racionalidad discursiva. También en este caso cabría decir que la crítica contiene algunos granos de verdad o que, al menos, es útil en cuanto supone una llamada de atención frente a los riesgos de deformación ideológica en que puede caer un enfoque argumentativo del derecho. Pero esos riesgos, de nuevo, parecen estar bastante vinculados con una visión del derecho y de la argumentación jurídica circunscrita a una pequeña parte de la experiencia jurídica.

En fin, la crítica contra la llamada "tesis del caso especial" (esta última, como se sabe, constituye el núcleo de la concepción de la argumentación jurídica de Alexy) tiene también mucho que ver con la reducción que este autor hace de la argumentación jurídica que llevan a cabo los tribunales supremos y constitucionales y quizás también los juristas cultivadores de la dogmática. Si se restringe a este ámbito la argumentación jurídica, la tesis alexiana, aunque quizás no sea del todo satisfactoria, parece plausible: por lo menos, cabría decir que para los jueces y los cultivadores de la dogmática las reglas del discurso práctico racional tendrían que operar como una especie de ideal regulativo. Pero lo que no resulta ya fácil de aceptar es que la argumentación jurídica, tomada en toda su extensión, sea un *caso especial* de la argumentación práctica general⁵. Es bastante obvio, yo diría, que, por poner un ejemplo, la obligación de sinceridad no rige (no podría operar ni siquiera como un ideal regulativo) en el caso de la argumentación de los abogados o de la argumentación legislativa (la que tiene lugar en contextos de confrontación política). Simplemente, estas últimas son instancias distintas a la(s) judicial(es) y regidas por reglas que no son del todo coincidentes con aquella.

5 Esa crítica puede verse en Atienza,1991; Atienza, 2006, pp. 269-270, y Atienza, 2013, pp. 286, 368 y 570.

La argumentación jurídica (entendida en ese sentido amplio) es una práctica compleja en la que concurren muy diversos tipos de diálogo y donde, dependiendo del contexto de que se trate, las reglas del diálogo racional no juegan siempre, exactamente, el mismo papel. Para decirlo de manera más precisa. El discurso práctico racional (el discurso crítico) debería tener (desde la perspectiva de una teoría general de la argumentación jurídica) cierta prioridad sobre los otros discursos, los de carácter estratégico. Pero me parece que hay una forma de lograr esto (una cierta unidad en la diversidad) que no es exactamente la que propone Alexy. En mi opinión, se necesita mostrar que el diálogo práctico racional permite justificar la existencia de esas otras formas de argumentación: el discurso predominantemente estratégico de los abogados, los legisladores, los negociadores, etc., aunque estas últimas formas no sean especies de ese género. Se trata, como digo, de una tesis distinta a la de Alexy porque no supone ninguna idealización de la práctica jurídica. Alexy (y muchos teóricos que le han seguido en esto) viene a sostener (y creo interpretarle bien) que las reglas del discurso práctico racional definen una especie de superjuego que contiene —de forma muy abstracta— las reglas de todos los otros juegos (jurídicos) argumentativos, cada uno de los cuales estaría regido, además, por algunas reglas específicas adicionales y compatibles con las del discurso práctico general. Mientras que lo que yo defiendo es que algunas de las reglas de esos otros juegos argumentativos (por ejemplo, la no obligación de sinceridad en relación con la argumentación de los abogados) contradicen las del discurso práctico racional, aunque puedan tener una justificación en ese mismo tipo de discurso: pero se trata de niveles de discurso distintos. En definitiva, no es una relación de género a especie, sino una relación de un tipo distinto (de justificación).

2.

El razonamiento judicial, el que se expresa en las motivaciones de las sentencias, tiene esencialmente un carácter justificativo

La diferencia entre las razones explicativas y las justificativas, o bien, entre el contexto de descubrimiento y el contexto de justificación tiene, sin duda, una gran importancia y es un presupuesto básico de la teoría estándar de la argumentación jurídica, la cual se sitúa exclusivamente en este segundo plano. O sea, el propósito de autores, como MacCormick, Aarnio, Peczenik, Alexy, etc., no ha sido estudiar cómo se toman o cómo se deberían tomar las decisiones judiciales, sino cómo se deben justificar esas decisiones, partiendo en cierto modo de cómo se justifican, puesto que todas esas teorías tienen un propósito fundamentalmente reconstructivo.

Como digo, la distinción entre esos dos contextos tiene su importancia y su interés: Ha servido, por ejemplo⁶, para poner de manifiesto la confusión en la que incurren algunos autores realistas en su crítica a la teoría del silogismo judicial: una teoría esta última que no es exactamente falsa, sino insuficiente: la forma silogística (con los matices a los que luego me referiré) es un componente necesario, pero no suficiente, del razonamiento judicial de carácter justificativo. Y es también útil para recordarles a los jueces que lo que tienen que hacer, si desean motivar adecuadamente sus decisiones, no es exactamente, como muchas veces se dice, "describir el proceso psicológico y lógico" que les ha llevado a la decisión (esas serían razones explicativas pertenecientes al contexto de descubrimiento), sino ofrecer razones que permitan considerar sus decisiones como decisiones correctas o justificadas: no tienen, en sentido estricto, que explicar, sino que justificar sus fallos.

6 Creo que el primero en usarla fue Richard Wasserstrom, en un libro en el que acusaba a los autores realistas como Jerome Frank y otros de cometer la "falacia irracionalista": pasar de constatar la utilidad limitada de la lógica formal a afirmar que la decisión judicial es inherentemente arbitraria: Wasserstrom, 1961; Atienza, 2006, pp. 100 y ss.

Pero es también muy posible que la teoría estándar, al situarse exclusivamente en el contexto de justificación, haya limitado excesivamente el alcance de la teoría e incluso haya impedido una comprensión cabal del razonamiento justificativo si es que la distinción en cuestión no puede trazarse de una manera estricta: o sea, si hubiera elementos de carácter explicativo que jugaran también un papel en la justificación. Esto último es precisamente lo que parece suceder⁷. Así, en la ciencia (de la filosofía de la ciencia es de donde se tomó esa distinción) no parece que pueda hablarse de que haya una línea tajante que separe ambos contextos: no nos referimos a una propuesta como un descubrimiento si esta no ha pasado suficientes pruebas. El descubrimiento de las teorías no es una operación arbitraria o azarosa, sino que existen ciertas pautas de racionalidad que permiten hablar de “lógica del descubrimiento”, siempre que por “lógica” no se entienda sin más la lógica deductiva. Y algo parecido ocurre con las decisiones judiciales: el juez (si se trata de un juez honesto) no llega a una decisión si piensa que esta no está justificada; y existe también aquí un cierto método para la toma de decisiones que, de alguna manera, viene a integrar elementos de ambos contextos: se trata de reconstruir (y de explicitarlo en la motivación) una serie de pasos que constituyen el iter psicológico y/o sociológico que conduce a la decisión, para luego examinar si están o no justificados⁸. Dicho de otra manera, en el proceso real de la motivación judicial es imposible separar del todo el contexto del descubrimiento y el de justificación, porque las razones que explican pueden ser también razones que justifican. Más aún, como lo ha señalado Aguiló⁹, las instituciones de la independencia y la imparcialidad judicial tienen el objetivo de lograr que las razones explicativas y las justificativas coincidan; el ideal de la motivación vendría a consistir precisamente en eso, y quizás de ahí las dificultades que muchos jueces manifiestan a la hora de asumir esa distinción.

7 Atienza, “De nuevo sobre la distinción entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación en las decisiones judiciales”.

8 Me parece que a esto es a lo que se refiere Perfecto Andrés Ibáñez cuando habla de la existencia de “dos momentos” de la motivación (Andrés Ibáñez, 2015, cap. X, en general y, en particular, la p. 270).

9 Aguiló, 2003.

Por lo demás, mi concepción de la argumentación jurídica permite, creo, comprender las limitaciones y el alcance de la distinción en cuestión. Yo parto¹⁰ de un concepto amplio de argumentación en el que distingo tres dimensiones: formal, material y pragmática, y, dentro de la pragmática, diferencio entre un enfoque retórico y otro dialéctico. Pues bien, la distinción entre el contexto de descubrimiento y el de justificación es nítido desde la primera perspectiva, desde la lógica formal que se sitúa efectivamente en el contexto de justificación y contempla la argumentación como un resultado no como una actividad. No lo es ya desde la perspectiva material, que incorpora ciertos elementos de carácter psicológico y sociológico (por ejemplo, sentirse comprometido con la verdad o corrección de las premisas y de la conclusión) y no deja del todo fuera el *proceso* de la argumentación. Es sencillamente imposible de establecer desde un plano pragmático, pues aquí la argumentación es un tipo de actividad social: ciertos datos sociológicos como la aceptación por la otra parte de ciertas tesis, de ciertos puntos de partida, es condición necesaria para que pueda tener lugar un proceso argumentativo. Por lo demás, un elemento fundamental de la teoría que yo propugno es que todas esas dimensiones juegan un papel (aunque su peso varíe de un caso a otro) en todos los tipos de argumentación jurídica, incluida la justificación judicial.

3.

La distinción entre casos (judiciales) fáciles y difíciles y, correspondientemente, entre justificación interna y justificación externa es básicamente aceptable, pero necesita ser precisada y desarrollada

Lo que fundamentalmente quiere decirse con esa distinción es que existen algunos casos (la mayoría probablemente de los que llegan a

¹⁰ Atienza, 2006, pp. 102 y ss.; Atienza 2013, pp. 114-115.

los tribunales) que todos los juristas (o la mayoría, o los expertos una vez conocidos todos los detalles) resolverían de una misma manera, porque los datos normativos y los fácticos de los que depende la solución no ofrecen dudas. Justificar la decisión en relación con esos casos supone, por ello, efectuar una deducción cuyas premisas contendrían los anteriores datos y la conclusión sería un enunciado normativo singular (por ejemplo, "X debe ser condenado a la pena P") que llevará al juez (si no quiere incurrir en una contradicción pragmática) a decidir condenar a X a la pena P. Pero hay también una cierta cantidad de casos (muchos de ellos son precisamente los que llegan ante los tribunales superiores, o sea, los que son recurridos) en los que las premisas normativas y/o las fácticas presentan dudas de diversos tipos, lo cual hace que los juristas discrepen entre sí en cuanto a su solución. Justificar entonces una decisión en estos últimos casos significa no únicamente llevar a cabo la anterior deducción (la justificación interna), sino también otros procesos de razonamiento encaminados a justificar las premisas normativas y/o fácticas (la justificación externa).

Ahora bien, en primer lugar, es obvio que la distinción entre casos fáciles y difíciles, además de generar supuestos de la penumbra, no tiene tampoco, por así decirlo, un carácter ontológico. O sea, no se trata de que haya casos que *en sí mismos considerados* sean fáciles y otros difíciles. Esa calificación depende de muchos factores que cambian con el contexto, de manera que un tipo de caso que viene siendo considerado fácil por la comunidad jurídica puede cambiar de estatus como consecuencia de una crisis económica o social que de alguna manera le afecte, o simplemente porque alguien ha identificado alguna circunstancia que no había sido considerada relevante hasta entonces. Además, me parece que sería bueno enriquecer esa tipología para incluir dos nuevos tipos de casos: Unos serían los de dificultad intermedia (casos intermedios), o sea, aquellos que, a primera vista no son fáciles porque exigen un estudio y una deliberación más o menos arduos, pero en relación con los cuales,

y una vez concluido ese proceso, se llega a una solución unánime o muy mayoritariamente aceptada por los juristas. Y otros son los que se sitúan, por así decirlo, más allá de los casos difíciles: se trata de los casos trágicos, entendiendo por tal aquellos que no simplemente sean disputados (podrían incluso no serlo), sino que suponen auténticos dilemas porque en relación con estos el sistema jurídico no provee una solución que pueda considerarse satisfactoria: no son casos con varias respuestas (posiblemente) correctas, sino casos sin solución correcta¹¹.

En segundo lugar, la distinción entre justificación interna y externa, introducida por Wróblewski a comienzos de los años setenta del siglo XX¹² y que enseguida adquirió carta de naturaleza, es en realidad un nuevo nombre para expresar un viejo concepto. Se trata de la noción de epiquerema, esto es, el silogismo, el razonamiento, que incluye junto a las premisas, la prueba de estas. Pues bien, la justificación externa, la justificación de las premisas, no tiene por lo general un carácter simplemente deductivo, pero eso no quiere decir que la lógica se vaya aquí de vacaciones, como algunos han interpretado. Sigue jugando, naturalmente, un papel, pero se supone que, por ejemplo, el argumento de la coherencia normativa o la inducción probatoria implican algo más que una simple deducción. Desde luego, ambos podrían representarse en forma deductiva, pero lo más característico de esos razonamientos no consiste en su "forma". En conclusión, creo que la distinción entre justificación interna y externa habría que interpretarla en este sentido: por un lado, está el tramo final (o el esquema general) del razonamiento judicial (o de cualquier razonamiento complejo), con sus premisas últimas y su conclusión, y, por otro, el conjunto de los razonamientos empleados para establecer esas premisas finales o definitivas.

¹¹ Sobre lo anterior puede verse Atienza, 1996, "Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos". El ejemplo de caso trágico que he utilizado en varias ocasiones es el del juez que se ve obligado a expulsar del país a un extranjero, aplicando las normas de su sistema y haciendo valer, en consecuencia, criterios que no pueden ser justificados en sentido pleno.

¹² Ver Wróblewski, 1971; Atienza, 2013, pp. 103-106.

Pero resulta, en tercer lugar, que ese tramo final del argumento justificativo judicial no tiene siempre (aunque sí en la mayor parte de las ocasiones) la forma del famoso silogismo subsuntivo. Adopta esa forma cuando la regla que controla el caso es de acción. Pero en ocasiones la premisa normativa de ese esquema final o general puede estar configurada por una regla de fin o por un principio. De manera que el razonamiento judicial de carácter justificativo tiene tres formas de “justificación interna”: el silogismo subsuntivo; el silogismo práctico o finalista, si se trata de una regla de fin (cuyo esquema sería: “Se debe obtener el fin F; sólo si se realiza M se puede obtener F; por lo tanto, se debe realizar M”)¹³, y la ponderación, si se trata de principios.

4.

Motivar una decisión judicial consiste en ofrecer buenas razones organizadas en la forma adecuada para que sea posible la persuasión

La clave de la motivación judicial reside en que se trate de buenas razones, lo que supone dar cierta prioridad a lo que antes llamaba la concepción o la dimensión material de la argumentación. Significa que las premisas de tipo fáctico tienen que ser verdaderas o, mejor dicho, deben tener el grado de probabilidad exigido por el estándar de prueba correspondiente, y tienen que cumplir con el resto de los requisitos fijados por el derecho probatorio. Las premisas normativas tienen que ser correctas, esto es, y según el tipo concreto de problema de que se trate, han de cumplir los criterios de validez, interpretación, etc., establecidos en el sistema.

¹³ Un ejemplo: “La patria potestad se debe otorgar de manera que se logre el mayor bienestar del menor; en este caso ese mayor bienestar solamente se obtendrá otorgando la patria potestad al padre; por lo tanto, se debe otorgar la patria potestad al padre”. Cabe añadir que la justificación externa de la segunda premisa del razonamiento finalista (deductivo) es un tipo de ponderación que permite optar por uno de entre los diversos medios en principio existentes.

Para que pueda hablarse de que existe motivación, las razones tienen que revestir un mínimo grado de explicitud y cumplir con algunos requisitos muy básicos. Pero diferente del concepto de *motivación suficiente* (para entender que se ha cumplido con el deber jurídico de motivar) es el de *motivación correcta*; este último hace referencia fundamentalmente a la bondad, a la calidad, de las razones. Casi siempre que un tribunal acepta el recurso presentado contra una decisión de otro órgano es porque, aun considerando que la decisión estuvo motivada, sin embargo, entiende que no estuvo bien motivada, esto es, que contiene algún error en la valoración de la prueba, en la interpretación del material normativo, etc.¹⁴.

La presentación en términos formalmente adecuados de las razones hace referencia, esencialmente, a la forma lógica. Una (buena) motivación debe tener una forma lógica reconocible lo que, como se ha dicho, va más allá de la llamada justificación interna: en la justificación externa también debe ser posible reconocer las formas de argumento utilizadas. Es obvio que una motivación puede ser defectuosa por razones formales, pero es raro que esos defectos consistan, en sentido estricto, en la comisión de errores de tipo lógico. Con las reglas de la lógica ocurre como con las de la gramática: uno puede no ser muy consciente de ellas, pero, sin embargo, cumplirlas de manera más o menos espontánea. Ello es así porque los aparentes incumplimientos resultan muchas veces salvables recurriendo a la interpretación (con lo que se evita pensar que hay contradicción cuando en una sentencia se afirman dos enunciados que serían entre sí incompatibles si se entendiesen en sentido literal) o suponiendo la existencia de premisas implícitas (lo que evitaría, por ejemplo, pensar que en la motivación se ha incurrido en un *non sequitur*)¹⁵. Todo lo cual no ha de llevar a pensar que la lógica no es aquí importante: lo es, pero no tanto para evitar errores de razonamiento como para dar claridad a la argumentación.

¹⁴ Ver al respecto Atienza, 2013, pp. 136-138.

¹⁵ Atienza, 2013, pp. 586-588.

Finalmente, la persuasión es el efecto que una buena motivación debe producir. De ahí que un manejo adecuado de los elementos retóricos en la sentencia tenga una gran importancia. Pero una buena argumentación es aquella que *debería* persuadir, aunque de hecho no lo logre. Aquí ocurre como con la medicina: una buena actuación médica es la que pone todos los medios disponibles para curar al paciente, aunque de hecho no alcance ese fin.

5.

Una argumentación (justificación) judicial es un proceso que comienza con el planteamiento de un problema (casi siempre bivalente) y termina con una solución a este que se resuelve también con un “sí” o un “no”: se absuelve o se condena; se declara la constitucionalidad o la no constitucionalidad de un artículo de una ley; se acepta o no se acepta (o se acepta en tal aspecto, pero no en tal otro) el recurso de una de las partes del proceso; etc.¹⁶

Es importante darse cuenta de que una argumentación no consiste únicamente en argumentos; entre el punto inicial y el final se produce toda una sucesión de actos lingüísticos (la argumentación puede verse como un acto de lenguaje complejo) que puede consistir, además de en dar razones a favor o en contra de una tesis, en narrar hechos, en hacer suposiciones, en plantearse preguntas, etc. En todo ese entramado tiene una especial importancia la cuestión o las cuestiones de la(s) que depende fundamentalmente la solución del problema inicial y que hacen que se trate realmente de un caso difícil. Una tipología conocida de casos difíciles que se podría extender también a los que hemos llamado “intermedios” (y que de alguna forma —seguramente inconsciente— sigue la tradición retórica de lo que se llamó doctrina de los “estados de causa”) es la presentada

¹⁶ Este punto resume el cap. 6 de Atienza, 2013.

por MacCormick, que distingue entre cuestiones concernientes a la premisa normativa (de relevancia y de interpretación) o bien a la premisa fáctica (de prueba o de calificación). Pero yo creo que esta debe ser enriquecida para superar su anclaje en la teoría del silogismo (él la llama la justificación de primer nivel, que es otra forma de referirse a la justificación interna) que, tal y como él la entiende, tendría como premisa normativa una regla de acción de derecho sustantivo. En mi opinión, resulta útil distinguir estos ocho tipos de cuestiones (que no son excluyentes entre sí) que determinan la necesidad de argumentar (de argumentar en relación con la justificación externa): procesales (la premisa mayor no es una norma sustantiva, sino de carácter procesal: un tipo de norma constitutiva); de prueba; de calificación; de aplicabilidad (correspondientes a las que MacCormick llama de relevancia); de validez (si una norma o un acto cumplen con los requisitos para ser considerados válidos); de interpretación; de discrecionalidad (la premisa última es una norma de fin, no de acción), y de ponderación (no hay regla aplicable, sino principios).

Para dar claridad a la argumentación (o la motivación) puede resultar conveniente utilizar diagramas de flechas con los que se muestre el flujo de la argumentación, así como el conjunto de los argumentos que se contienen en esta, señalando cómo están estructurados (cómo se relacionan entre sí) y qué papel juegan en cada paso de la argumentación.

Una motivación judicial completa debería contener los siguientes extremos: 1) la narración de los hechos del caso; 2) la identificación del problema o de los problemas iniciales; 3) la identificación de la cuestión o de las cuestiones de las que depende la solución de cada uno de los problemas; 4) la respuesta a cada una de las cuestiones; 5) las razones (los argumentos) a favor de esas respuestas y, eventualmente, las razones para no suscribir otras posibles respuestas; 6) la solución del problema inicial, y 7) la decisión.

6.

En materia de prueba, el papel de la teoría de la argumentación jurídica consiste fundamentalmente en aclarar nociones básicas y en advertir sobre la comisión de una serie de errores frecuentes

El primero de esos errores, naturalmente, es haber descuidado la importancia que tiene ese tipo de cuestiones cuando se considera el conjunto de la actividad jurisdiccional en cualquier país¹⁷. Esa dejación afecta sobre todo a los países de cultura más formalista en los que, hasta hace poco, se pensaba que, simplemente, las cuestiones de hecho no necesitaban ser motivadas. Un reflejo de lo cual se advierte todavía en la práctica (por ejemplo, en España) de incluir los razonamientos sobre los hechos en el apartado de la sentencia reservado a los “fundamentos de derecho”. Pero, por lo demás, podría decirse que la “laguna” en la que, en este aspecto, incurrió la teoría estándar de la argumentación jurídica está hoy ya cubierta por un buen número de trabajos de los últimos tiempos debido sobre todo a teóricos del derecho y ampliamente coincidentes entre sí¹⁸. Conviene, de todas formas, no olvidar que ese déficit tiene mucho que ver con el normativismo jurídico: con la propensión a ver el derecho únicamente como un conjunto de normas en lugar de como una práctica compleja guiada por fines y valores (que, naturalmente, no son ajenos a las normas).

Hay un amplio acuerdo en pensar que el tipo de razonamiento que el juez lleva a cabo en relación con los hechos tiene la forma de una inducción, o sea, que el paso de las premisas a la conclusión no tiene un carácter necesario (como ocurre con los argumentos deductivos) sino meramente probable (en el sentido de probabilidad cualitativa,

¹⁷ Atienza, 1991.

¹⁸ Quien más ha contribuido a lo que puede considerarse como un gran cambio de cultura jurídica (judicial) en el mundo latino ha sido Michele Taruffo y, en España, el papel de pionero lo ha desempeñado Perfecto Andrés Ibáñez. Los trabajos a los que me refiero tienen como autores (entre otros) a Daniel González Lagier, Juan Igartua, Marina Gascón y Jordi Ferrer.

lógica, no de probabilidad cuantitativa, estadística). Pero conviene también precisar que esa manera de abordar el razonamiento probatorio no tiene por sí misma demasiada importancia. Entre otras cosas, porque cualquier argumento inductivo puede, trivialmente, convertirse en deductivo: si se le agrega una premisa de la forma adecuada; de manera que la forma, el esquema, del argumento podría verse, sin que eso cambiara mucho las cosas, en términos de inducción o deducción. En todo caso, porque no se puede olvidar que las anteriores definiciones de inducción y deducción (que son las habituales), según que el paso de las premisas a la conclusión tenga o no carácter necesario, están trazada desde una perspectiva puramente formal, de manera que no dicen nada en relación con el valor "epistemológico" del argumento en cuestión o, mejor aún, de la conclusión de este. O sea, es perfectamente posible que un argumento de forma inductiva, y con premisas sólidas, nos lleve a una conclusión que tenga un mayor grado de certeza (de certeza material) que otro de forma deductiva, pero que parta de premisas dudosas¹⁹.

Tampoco creo que deba dársele demasiada importancia a la posibilidad de interpretar una parte del razonamiento sobre los hechos (o incluso todo él) como un razonamiento abductivo: como se sabe, los argumentos dirigidos a construir una hipótesis (por ejemplo, la de que el autor del robo —cometido en tales y cuales circunstancias— fue X o la de que la inmensa mayoría de los lectores de este texto no necesitarían de la anterior aclaración sobre qué es una abducción). Sin duda, resulta interesante en la medida en que con ello se subraya el elemento dinámico del razonamiento (verlo como una actividad, no como un resultado) y su carácter derrotable o revisable (pasar a pensar, como consecuencia de una nueva prueba, que el autor del robo no había sido X, sino Y); y lleva también a efectuar una comparación, que puede ser fructífera, del razonamiento judicial con el del detective, el

¹⁹ Atienza, 1993. Una discusión con Perfecto Andrés Ibáñez.

historiador o el médico que efectúa un diagnóstico. Pero, en realidad, nada de esto parece ser muy novedoso, sino que, más bien, se trata de traducir a un lenguaje nuevo cosas bastante sabidas. O sea, no me parece que la abducción sea otra cosa que un tipo de inducción: la inducción en un contexto heurístico y considerada no como un resultado, sino como una actividad, en el transcurso de la cual la conclusión puede ser revisada como consecuencia de la aparición de nuevas informaciones, de nuevas premisas²⁰.

De manera que lo verdaderamente importante en el razonamiento probatorio no es la forma del argumento, sino la naturaleza de las premisas, esto es, el tipo de enunciados que las componen y los criterios que cabe utilizar para la evaluación de la inferencia. Algo, por otro lado, característico de cualquier inducción; como ha escrito Black, en una inducción son fundamentales factores como la relevancia, el peso, el buen juicio, etc. “[...] pedir a alguien que se forme un juicio inductivo sobre un esquema de argumento, presentado en toda su desnudez de símbolos abstractos, es como pedir a un *connaisseur* que evalúe un cuadro imaginario”²¹. En este sentido, lo que resulta crucial en el razonamiento probatorio es tomar conciencia de las debilidades y fortalezas que cabe atribuir a cada uno de los medios de prueba (testimonio de testigos, prueba pericial, etc.) de los que dependen los hechos probatorios enunciados en las premisas de carácter individual; de la necesidad de contar con un enunciado general (una máxima de experiencia) al que, por razones materiales, no formales (según se trate de una generalización válida, de una cuasigeneralización, etc.)²², habría que otorgarle un mayor o menor peso; o de la existencia de una variedad de enunciados que exigen tratamientos diferenciados: según afirmen, por ejemplo, la existencia de un hecho externo o un hecho psicológico, se refieran a hechos determinados valorativamente (“razonable”, “normal”), etcétera.

20 Atienza, 2013, pp. 177-179.

21 Black, 1970, p. 143.

22 Ver Taruffo, 2009.

La argumentación en materia de hechos es, sin duda, una de las instancias de la vida del derecho en la que se hace más patente la necesidad de apertura hacia el conocimiento científico (hacia las ciencias empíricas). Así, es natural que los criterios que suelen usarse para justificar las inducciones científicas sean en principio de aplicación a la inducción probatoria. Pero no puede olvidarse tampoco que entre ambos campos existen diferencias considerables. Una de ellas es que la conclusión de una inferencia probatoria es un enunciado que afirma que en el pasado se ha producido tal hecho, de manera que la analogía tendría que trazarse no tanto con lo que se ha llamado ciencias nomotéticas (que establecen leyes generales), sino con las ciencias idiográficas, orientadas hacia lo concreto y lo individual (las ciencias históricas). Y otra, la más importante, es que los presupuestos que presiden el razonamiento probatorio del juez no son únicamente de carácter teórico, cognoscitivo (el objetivo no es simplemente conocer lo que ocurrió), sino también práctico. Es obvio que la presunción de inocencia o la prohibición de tomar en consideración las pruebas ilícitamente obtenidas no son tanto (o no solo) garantías de carácter epistemológico como (o también) de carácter práctico: no están dirigidas (o no lo están centralmente) a incrementar la probabilidad de alcanzar la verdad, sino a evitar resultados que se consideran (y con toda razón) como indeseables: castigar a un inocente (lo que se quiere evitar aunque la presunción de inocencia suponga también no castigar a muchos culpables) o que la policía, la fiscalía, etc., incurran en comportamientos atentatorios de los derechos de los individuos (lo que ocurriría si no hubiese límites estrictos en cuanto a cómo obtener las pruebas).

En definitiva, a propósito del razonamiento probatorio (como ocurre en general con el razonamiento jurídico), es esencial tener en cuenta el marco institucional. El razonamiento probatorio del juez no es (o no del todo) un caso especial de diálogo racional de carácter teórico o teórico-práctico, por más que la verdad sea, por supuesto, un valor fundamental del proceso (pero no el único). Y menos aún puede

considerarse la argumentación en materia de prueba en términos de ese tipo de diálogo si en lugar de situarnos en la perspectiva del juez nos pusiéramos en la del abogado. Es bastante obvio, por ejemplo, que el interrogatorio de testigos que llevan a cabo los abogados es un tipo de diálogo que se aleja mucho del diálogo racional. Como decía al comienzo, pretender que la argumentación jurídica, en todas sus instancias, es un caso especial del discurso racional presupone una concepción idealizada, por no decir directamente falsa, de la práctica jurídica.

7.

En un sentido amplio de la expresión (el de la tradición hermenéutica) toda la práctica del derecho tiene un carácter interpretativo. Pero lo que los juristas suelen entender por problema de interpretación es un tipo específico de cuestión cuya solución requiere de diversas formas y técnicas de razonamiento necesariamente presididas por una teoría no solo general, sino también normativa del derecho²³

El carácter genéricamente interpretativo de la práctica jurídica es una consecuencia de que el derecho no sea una realidad natural, sino una actividad humana, cuyo sentido no puede captarse si nos situáramos en una perspectiva completamente ajena a la de los participantes en esa práctica. Ocurre como con cualquier otra actividad, por ejemplo, un juego, cuyos movimientos no podríamos entender si prescindiéramos del propósito de este, de las reglas que lo rigen, etc. Los “hechos” (la realidad) del derecho son por ello siempre, en alguna medida, hechos interpretados, entendidos desde la perspectiva de esa institución.

23 El punto es una síntesis de Atienza.

Pero, además, la materia prima del derecho es, en buena medida, lingüística, y eso plantea un particular problema de interpretación. O sea, un fragmento lingüístico tiene siempre que ser entendido (interpretado en el sentido amplio de la expresión), pero esto puede ocurrir de manera espontánea o bien (cuando surge alguna duda) merced a un procedimiento que es a lo que cabe llamar interpretación en un sentido más estricto. Así entendida, una cuestión interpretativa no tiene necesariamente un carácter normativo, puesto que la duda puede surgir, por ejemplo, en relación con la declaración (escrita u oral) de un testigo o en relación con cualquier documento que pueda resultar relevante para el derecho. Entre las cuestiones de prueba y las cuestiones de interpretación no puede establecerse, por lo tanto, una separación tajante.

En su sentido más estricto, una cuestión interpretativa surge cuando se tiene una duda de comprensión en relación con un texto normativo. La estructura del problema es simple: en un determinado texto hay una expresión (una palabra o una oración) que puede entenderse en más de un sentido y se necesita optar por uno de ellos; simplificando, en favor de S1 o de S2. En un argumento (judicial) interpretativo cabe distinguir entonces (podría considerarse como su "justificación interna") tres elementos: 1) el enunciado a interpretar, 2) el enunciado interpretativo y 3) el enunciado interpretado; este último se sigue deductivamente como conclusión de los dos anteriores, que funcionan como premisas. Para resolver el problema se necesita argumentar a favor de tal enunciado interpretativo (de la premisa 2), puesto que 1) está, por así decirlo, ya dada), y esto podría denominarse "justificación externa" del argumento interpretativo. Por ejemplo:

1. Todos tienen derecho a la vida (art. 15 de la CE).
2. "Todos", a los efectos de este artículo, significa todos los nacidos.
3. Por lo tanto, todos los nacidos tienen derecho a la vida.

Y la “justificación externa” de 2) consistirá en un argumento más o menos complejo en el que se habrán utilizado diversos “cánones interpretativos” que pueden referirse al significado literal de “todos”, a la intención que tuvo el autor del texto al usar esa expresión, etcétera.

Dado que una cuestión interpretativa surge en relación con un texto (normativo), lo que origina una duda interpretativa tiene que ser algún tipo de dificultad conectada con la redacción de ese texto. O sea, la teoría de la interpretación es, en cierto modo, el revés de la teoría de la legislación²⁴. Por eso, yo creo que las dudas interpretativas (las subcuestiones interpretativas) pueden clasificarse en cinco apartados, cada uno de ellos conectado con el correspondiente nivel de racionalidad legislativa. O sea, lo que hace que el significado de un texto resulte dudoso puede ser alguno de los siguientes factores (o una combinación de ellos)²⁵: 1) el autor del texto ha empleado alguna expresión imprecisa (problemas de ambigüedad o de vaguedad); 2) no es obvio cómo ha de articularse ese texto con otros ya existentes (problemas de lagunas y de contradicciones); 3) no es obvio cuál es el alcance de la intención del autor (la relación entre lo dicho — lo escrito— y lo que se quiso decir); 4) es problemática la relación existente entre el texto y las finalidades y propósitos para los que este debe servir (con relativa independencia de lo que haya querido el autor), y 5) es dudoso cómo debe entenderse el texto de manera que sea compatible con los valores del ordenamiento.

A partir de aquí, los cánones o reglas interpretativos podrían clasificarse según su función sea la de resolver una u otra de las anteriores dudas, pero esto no tiene demasiada importancia, e incluso puede ser un inconveniente empeñarse en presentar de manera muy sistemática una materia que solo admite un tratamiento del tipo de lo que Vaz Ferreira llamaba un “pensar por ideas para tener en cuenta”²⁶. Lo que importa es darse cuenta de que todas esas reglas operan como la

24 Atienza, 1989.

25 Atienza, 2013, p. 437.

26 Vaz Ferreira, 1962.

premisa mayor (o, en la terminología de Toulmin²⁷, como la garantía) de la diversidad de "argumentos interpretativos" que los juristas utilizan en lo que antes habíamos llamado la justificación interna del argumento interpretativo, tomado en su conjunto.

Ahora bien, todos los argumentos interpretativos (el argumento a contrario, *a simili*, *a fortiori*, *ad absurdum*, etc.) constituyen técnicas que, naturalmente, cabe usar con uno u otro propósito y presentan también ciertas dificultades típicas. Por ejemplo, la analogía permite ampliar el significado de una expresión, pero su uso supone que el caso en principio no previsto es esencialmente semejante al previsto y de ahí derivan una serie de estrategias argumentativas (con un importante ingrediente retórico) a utilizar. Pero la cosa no puede quedarse ahí, entre otras razones porque lo normal es que para resolver un problema pueda usarse, en principio, más de una técnica argumentativa (canon interpretativo), de manera que es necesario dar prioridad a alguno de esos criterios, lo que nos lleva a remontarnos a alguna teoría de la interpretación. O sea, una teoría de la interpretación jurídica (como parte de la teoría de la argumentación jurídica) no puede ser simplemente descriptiva e instrumental. Debe tener también un componente normativo, tiene que servir como guía para la práctica y eso solo puede lograrse si se parte de alguna concepción del derecho que incorpore elementos de filosofía moral y política. Básicamente, se necesita partir de un modelo constructivo de interpretación, más o menos con las características del de Dworkin, en el que se articulan dos componentes básicos: el objetivo de mejorar la práctica del derecho (que es la respuesta a la pregunta de para qué interpretar, y la necesidad de respetar los límites autoritativos que son definatorios de esa práctica (que puede verse como una contestación a la pregunta de por qué hay que interpretar en el derecho).

27 Toulmin, 1958.

8.

A pesar de toda la polémica que rodea la ponderación, hay ya disponible todo un arsenal conceptual que constituye una especie de sentido común jurídico que los jueces deberían suscribir. Básicamente, se trata de entender que la ponderación es un procedimiento argumentativo estructurado en dos fases, al que es inevitable recurrir en ciertos casos y en relación con el cual es posible fijar ciertas pautas de racionalidad que lo alejan de la arbitrariedad²⁸

En efecto, en la ponderación que lleva a cabo un órgano judicial (dejo, pues, de lado la ponderación legislativa) se pueden distinguir dos pasos. En el primero —la ponderación en sentido estricto— se pasa del nivel de los principios al de las reglas: se crea, por tanto, una nueva regla no existente anteriormente en el sistema de que se trate. Luego, en un segundo paso, se parte de la regla creada y se subsume en ella el caso por resolver. Lo que podría llamarse la “justificación interna” de ese primer paso es un razonamiento con dos premisas. En la primera se constata simplemente que, en relación con un determinado caso, existen dos principios (o conjuntos de principios) aplicables, cada uno de los cuales llevaría a resolver el caso en sentidos entre sí incompatibles. En la segunda premisa se establece que, dadas tales y cuales circunstancias que concurren en el caso, uno de los dos principios derrota al otro, tiene un mayor peso. Y la conclusión vendría a ser una regla general que enlaza las anteriores circunstancias con la consecuencia jurídica del principio prevaleciente: por ejemplo, si se dan las circunstancias X, Y y Z, entonces la conducta C está permitida.

Naturalmente, la dificultad de ese razonamiento radica en la segunda premisa, y aquí es precisamente donde se sitúa la famosa “fórmula del peso” ideada por Robert Alexy que vendría a ser, por lo tanto, la

²⁸ El punto es una síntesis de Atienza, 2014, Ponderación y sentido común jurídico.

“justificación externa” de esa segunda premisa. Todo el mundo sabe, a estas alturas, en qué consiste esa doctrina, de manera que no hace falta volver a repetirla aquí. Lo que sí me interesa aclarar es que ese planteamiento, al menos tal y como ha sido entendido por muchos juristas (no tanto por el propio Alexy), constituye un ejemplo bastante claro de lo que Vaz Ferreira llamaba la falacia de la falsa precisión (Vaz Ferreira, 1962). Pues, como se sabe, Alexy propone atribuir un valor matemático a cada una de las variables de su fórmula y construye así una regla aritmética que crea la falsa impresión de que los problemas ponderativos pueden resolverse mediante un algoritmo, ocultando en consecuencia que la clave de la fórmula radica, como es muy obvio, en la atribución de esos valores: o sea, en determinar si la afectación a un principio es intensa, moderada o leve, etc. Sin embargo, si la construcción alexiana se entendiera de una manera sensata, lo que tendríamos sería algo así como un esquema argumentativo que incluye diversos tópicos y que nos puede resultar muy útil a la hora de construir la justificación externa de esa segunda premisa: lo que vendría a decir es que, cuando se trata de resolver conflictos entre bienes o derechos (o entre los principios que los expresan: X e Y) y tenemos que decidir si la medida M está o no justificada, necesitamos construir un tipo de argumento que contenga premisas, tales como (se podría presentar también como un conjunto de “preguntas críticas” a hacerse) “la medida M es idónea para alcanzar X”; “no hay otra medida M’ que permita satisfacer X sin lesionar Y”; “en las circunstancias del caso (o en abstracto) X pesa más —es más importante— que Y”; etcétera.

En relación con la pregunta de cuándo un órgano judicial tiene que ponderar, la respuesta es que tiene que hacerlo cuando las reglas del sistema no proveen una respuesta adecuada a un caso (hay una laguna en el nivel de las reglas); o sea, cuando se enfrenta a un caso difícil y el juez necesita recurrir (de manera explícita), a los principios. Aquí, a su vez, es importante distinguir entre dos tipos de lagunas (insisto: de lagunas en el nivel de las reglas): las normativas, cuando

no hay una regla, una pauta específica de conducta que regule el caso; y las axiológicas, cuando la regla existe, pero establece una solución axiológicamente inadecuada, de manera que, en este segundo supuesto, por así decirlo, es el aplicador o el intérprete (no el legislador) el que genera la laguna.

Pues bien, si se entiende que el derecho, el sistema jurídico, no es necesariamente completo en el nivel de las reglas, esto es, puede tener lagunas normativas, entonces no queda otra opción que aceptar que el juez (que no puede negarse a resolver un caso) tiene que hacerlo acudiendo en esos supuestos a principios, es decir, ponderando. Mientras que, en relación con las lagunas axiológicas, el juez podría resolver sin ponderar, pero correría entonces el riesgo de incurrir en formalismo, o sea, no podría cumplir, en esos casos de desajustes valorativos, con la pretensión de hacer justicia a través del derecho. Dicho de otra manera, hay ciertos casos en los que el recurso a la ponderación por parte de los jueces es simplemente inevitable (aunque no para todos los jueces: puede establecerse la regla de que, cuando un juez se encuentra frente a una situación de ese tipo, debe diferir el caso a un órgano superior). Mientras que en relación con los otros (con los supuestos de lagunas axiológicas) habría, en mi opinión, que hacer una distinción entre tres tipos de desajustes: a) entre lo establecido en la regla y las razones subyacentes a la propia regla: los propósitos para los que se dictó; b) entre las razones subyacentes a la regla y las razones (valores y principios) del ordenamiento jurídico en su conjunto; c) entre las razones subyacentes a la regla (y eventualmente al ordenamiento jurídico) y otras provenientes de un sistema moral o de algún principio moral no incorporado en el sistema jurídico. Sin entrar en detalles, yo creo que podría decirse (que el sentido común jurídico nos dice) que en el primer caso no es difícil justificar que se debe ponderar (sin entrar aquí en si debe hacerlo cualquier juez o si la operación debe quedar reservada a los jueces de los tribunales supremos o constitucionales); que en el tercero no lo está nunca, pues supondría dejar de jugar el juego del

derecho; y que en el segundo es donde se plantean los supuestos más complejos: en ocasiones puede estar justificado ponderar (en otras no), pero tendrá que hacerse con especial cuidado y asumiendo que la carga de la argumentación la tiene quien pretende establecer una excepción a la regla (quien crea la laguna).

En fin, cuando se defiende que la ponderación es un procedimiento racional, no se está afirmando que, de hecho, lo sea siempre. Es obvio que se puede ponderar mal o ponderar cuando (o por quien) no debe hacerlo. La racionalidad que puede observarse cuando se examina la argumentación ponderativa que lleva a cabo, por ejemplo, un tribunal en una serie de casos en los que se plantea, supongamos, una serie de conflictos entre dos determinados principios consiste en lo siguiente²⁹. Por un lado, en la construcción de una taxonomía (a partir de las propiedades consideradas relevantes) que permite ir fijando categorías de casos cada vez más específicos (por ejemplo, no únicamente entre el principio P1 y P2, sino entre el principio P1 acompañado de la circunstancia X y el principio P2 con la circunstancia Y, etc.). Por otro lado, en la elaboración de reglas de prioridad: por ejemplo, cuando se enfrentan esos dos principios acompañados de esas circunstancias, el primer principio prevalece sobre el segundo. Y finalmente en el respeto, en relación con la configuración de la taxonomía y de las reglas, de los criterios de racionalidad práctica (consistencia, universalidad, coherencia, etc.) a los que me referiré en el punto siguiente. Bien entendida, bien llevada a la práctica, la ponderación no es un mecanismo casuístico, arbitrario. Quien pondera ha de tener la pretensión de que las soluciones que va configurando servirán como pauta para el futuro, como mecanismo de previsión, por más que sea un mecanismo imperfecto, en el sentido de que siempre podrán presentarse nuevas circunstancias no tenidas en cuenta hasta entonces y que pueden obligar a introducir cambios en la taxonomía y en las reglas. Pero ese carácter abierto es un rasgo característico de la racionalidad práctica.

29 Ver Atienza, 1996 (artículo en *Claves*).

Si se acepta lo anterior, entonces no se puede sostener que un juez que recurre a la ponderación sea por ello un juez activista. El activismo es, en mi opinión, uno de los peligros que acecha a la función judicial y en el que se cae cuando el juez o el tribunal toma una decisión saliéndose de los márgenes del derecho, o sea, una decisión que no puede justificarse en términos jurídicos³⁰. Pero eso no tiene por qué ocurrir cuando se pondera, aunque sea cierto que este es un procedimiento argumentativo más abierto que la subsunción y que, por tanto, plantea, como se ha dicho, unas mayores exigencias argumentativas. En cualquier caso, conviene también ser consciente de que el peligro opuesto al activismo es el formalismo y que este último supone una amenaza no menos temible para el buen funcionamiento de la jurisdicción. Si la actitud del juez activista puede entenderse como un abandono del derecho para satisfacer una cierta idea de la justicia (por cierto, no siempre de carácter progresista: ha habido y hay muchos jueces activistas de derecha), la del juez formalista consiste en olvidarse de que el sentido de la jurisdicción no puede ser otro que el de procurar hacer justicia por medio del derecho.

30 Obviamente, hay que considerar que la decisión de un juez es o no activista e independencia de la concepción del derecho que se tenga y, en consecuencia, la denotación del concepto "activista" disminuye en la medida en que se tenga una concepción más amplia del derecho. Dicho de otra manera, un formalista tenderá a calificar como activistas decisiones o prácticas que no lo serían según la concepción del derecho que aquí estoy defendiendo.

9.

La noción de buena motivación (o de motivación sin más) implica que existen criterios objetivos para evaluar los argumentos judiciales de tipo justificativo. ¿Pero se trata de criterios puramente formales o tienen también un alcance sustantivo? ¿Suponen alguna referencia a la moral y, en particular, la asunción de un objetivismo moral mínimo? ¿Son esos criterios suficientes para sustentar la tesis de la única respuesta correcta en alguna de sus versiones? Una respuesta positiva a esas cuestiones es condición necesaria para tomarse la motivación judicial en serio y presupone una concepción no positivista del derecho³¹

El argumento más importante para sostener que existen criterios objetivos para evaluar las motivaciones judiciales es que, si no existieran, no podríamos dar sentido a la práctica judicial o, si se quiere, tendríamos que adoptar una visión estrictamente conservadora de esta: si no existieran esos criterios, entonces los jueces (los de última instancia, los que ponen fin a las controversias) no podrían cometer errores. Sus decisiones no serían únicamente últimas, sino también infalibles.

Con esta afirmación se abre la cuestión de cuáles son esos criterios. Hay muy pocos juristas que sean escépticos en relación con la objetividad de la lógica formal (de los criterios incorporados en sus reglas de transformación), pero ya hemos visto antes que esas pautas tienen un alcance muy limitado. De manera que la pregunta concierne más bien a si los criterios de carácter material y pragmático pueden considerarse objetivos. También aquí cabría hablar de la existencia de un consenso más o menos amplio, en el sentido de que la inmensa mayoría de los juristas acepta que a la hora de evaluar la calidad de una argumentación (ahora estamos situados en la

³¹ Sobre este punto, ver en general Atienza, 2013, cap. VII.

justificación externa) deben tomarse en consideración elementos referidos a las fuentes del sistema, los criterios de validez, los métodos de interpretación autorizados, etcétera. Pero, de nuevo, cuando se trata de casos difíciles (o de casos de una especial dificultad), todo lo anterior no es suficiente como para justificar la adopción de una determinada decisión (frente a otra u otras). Se necesita recurrir a un nuevo tipo de criterios, que serían los criterios de la racionalidad práctica: universalidad, coherencia, adecuación de las consecuencias, moral social, moral crítica y razonabilidad. No puedo referirme aquí con ningún detalle a lo que significa exactamente cada una de esas nociones (a cómo deben entenderse), pero sí quiero hacer unas pocas precisiones al respecto. La primera es que esos criterios no son un invento de teóricos del derecho (o de filósofos de la moral), sino que están dados en la práctica (y no solo en la práctica jurídica), aunque eso no quiera decir —obviamente— que siempre se cumplan. La segunda precisión, que deriva de lo anterior, es que considerar que esos criterios son o no propiamente jurídicos depende de la concepción que se tenga del derecho. No lo serían si concebimos el derecho exclusivamente como un sistema de normas, pues es posible que estas no se refieran (o se refieran de una manera muy limitada) a esos criterios; otro tanto puede decirse, por otro lado, en relación con el uso de las fuentes, los requisitos de la validez o los métodos interpretativos. Pero sí pertenecerían al derecho si lo concebimos no solo como un sistema de normas, sino también (y fundamentalmente) como una práctica en la que, como he señalado varias veces, las normas (las normas dictadas por la autoridad) juegan un papel de particular importancia. Así, la universalidad (que no es lo mismo que generalidad) es un componente de la racionalidad práctica sin el cual no podríamos entender ni el funcionamiento del precedente (la doctrina del *stare decisis*) ni el juego de las excepciones a las reglas generales (la equidad aristotélica que viene a ser lo mismo a lo que hoy se suele llamar derrotabilidad o revisabilidad), y la noción de coherencia (que no es mera consistencia lógica) es lo que está en el fondo del argumento por analogía y del de reducción al absurdo:

con la analogía se trata de introducir nuevos elementos en el sistema y con la reducción al absurdo de eliminar los que pudiera haber como consecuencia, por ejemplo, de llevar a cabo una determinada interpretación, de manera que en ambos casos se trata de preservar la coherencia, las señas de identidad del sistema (Curso, p. 557). En fin, la razonabilidad supone algo así como un criterio de cierre, que marca el límite a todos los otros y consta de dos componentes fundamentales: una idea de equilibrio, de balance adecuado en el manejo de todos esos criterios, unida a la de aceptabilidad en un sentido tanto fáctico como normativo (quien argumenta de manera razonable se esfuerza por encontrar puntos de acuerdo reales que puedan servir para llegar a un nuevo acuerdo, o sea, para pasar de lo aceptado a lo aceptable).

No es difícil probar que el argumento justificativo de un juez incluye siempre alguna premisa de carácter moral. En principio, esto resulta, por así decirlo, incontestable cuando la motivación hace explícita referencia bien a la moral positiva o bien a la moral crítica. Es cierto que ese es un dato por así decirlo cultural, pues no en todos los sistemas judiciales nos encontramos con un uso manifiesto de argumentos morales; y en todo caso, cuando se da, es únicamente en relación con casos particularmente controvertidos. Por lo que la prueba a la que antes me refería descansa básicamente en lo que Nino consideraba como la cuestión (la tesis) más importante de la filosofía jurídica: que las normas jurídicas no suponen por sí mismas razones de carácter justificativo, o sea, la existencia en cualquier razonamiento judicial de carácter justificativo de una premisa (implícita) que establece la obligación para los jueces de aplicar el derecho (el derecho de su sistema), obligación que tiene necesariamente carácter moral. Ahora bien, si esto es así, entonces un juez no podría motivar propiamente sus decisiones si pensara que la moral carece de objetividad. No puedo de nuevo entrar aquí en detalles³², pero me parece importante

32 Atienza, 2015: *Objetivismo moral y derecho*.

aclarar estas dos cosas. Una es que objetivismo moral no significa absolutismo: el objetivista es falibilista, esto es, está abierto a los argumentos y, en su caso, a modificar su postura. La otra es que el objetivismo no es tampoco (necesariamente) un tipo de realismo moral: lo que se quiere decir con ello no es que existan “objetos” morales distintos a los pertenecientes al mundo natural o social, sino que existe la posibilidad de discutir racionalmente sobre cuestiones morales (sobre valores o fines últimos no solo sobre medios); se trata, en definitiva, de un objetivismo de las razones.

Llegamos con eso a la cuestión de si los anteriores criterios permiten a un juez llegar siempre a la determinación de la respuesta correcta para cada caso (difícil) que se le presente. Muchos juristas y filósofos del derecho piensan que no y aducen como razón la falta de consenso, esto es, la existencia frecuente de discrepancias, y de discrepancias que no afectan únicamente a quienes defienden algún interés de parte, a los abogados, sino también a los propios órganos judiciales y a los cultivadores de la dogmática. Sin embargo, el argumento parece claramente defectuoso, puesto que de esa falta de acuerdo sobre cuál es la respuesta correcta en un caso se infiere que entonces no hay tal respuesta correcta, cuando lo único que podría concluirse es, si acaso, que no conocemos cuál es esa respuesta o que existe incertidumbre sobre ella³³. En realidad, sostener la tesis de que existe una única respuesta correcta para cada caso que se le presenta a un juez implica asumir una postura que es mucho menos radical de lo que a primera vista pudiera parecer. Esto es así porque la afirmación concierne únicamente a la respuesta de un juez (no, por ejemplo a la del legislador: sería realmente extraño pensar que una determinada ley sobre tal materia era la única ley correcta) y ya hemos visto que el problema que tiene que resolver admite, por lo general, únicamente dos respuestas: culpable-inocente, válido-inválido, etc., de manera que lo que se estaría diciendo es que de dos únicas alternativas,

33 Dworkin, 2006.

hay una de ellas que es superior a la otra o, dicho de otra manera, el significado de la tesis es que no habría casos de puro empate, en los que las razones a favor de una decisión pesaran exactamente lo mismo que las existentes a favor de la otra. Pues bien, yo creo que esa tesis es fácilmente asumible si precisamos que debe entenderse en el sentido de que *casi siempre* existe una única respuesta correcta aunque no puede excluirse la posibilidad de alguna excepción en supuestos muy extraordinarios; y de que no excluye tampoco la posibilidad (igualmente muy excepcional) de casos trágicos, esto es, de supuestos en los que no hay ninguna respuesta que pueda calificarse de correcta (que no vulnere algún principio o valor fundamental del ordenamiento), aunque una pueda ser la mejor, la menos mala (o sea, un caso trágico no es necesariamente un caso de empate).

En fin, si digo que todo lo anterior presupone una concepción no positivista del derecho, ello se debe a que tomarse en serio la motivación, en el sentido indicado, implica entender el derecho no simplemente como un fenómeno autoritativo, sino también como una práctica con la que se trata de lograr ciertos fines y valores. Para ello, a su vez, se necesita sostener un objetivismo moral mínimo que, naturalmente, no supone para nada identificar el derecho con la moral, con la justicia. Supone que el jurista, el juez, debe esforzarse por encontrar una solución justa (objetivamente justa) y que, en el contexto de los Estados constitucionales, puede lograrlo en muchísimas ocasiones, aunque no en todas.

10.

La argumentación puede considerarse como un método de resolución de problemas y, por ello, en la elaboración de un argumento judicial justificativo (de una motivación) es útil distinguir las siguientes fases: identificación y análisis del problema; propuesta de una solución; comprobación y revisión, y redacción de un texto³⁴

Argumentar es una actividad con la que se trata de resolver cierto tipo de problemas manejando determinados recursos (y excluyendo otros: por ejemplo, la utilización de la fuerza física, la manipulación mental, etc.). Los problemas jurídicos que debe resolver un juez tienen una serie de características que es importante tener en cuenta: son problemas prácticos, relativamente bien estructurados (en términos casi siempre bivalentes), dados en un medio institucional que los condiciona fuertemente, que afectan siempre en mayor o en menor medida a valores morales (no son, pues, problemas puramente “técnicos”) y en los que el lenguaje tiene una especial relevancia (recuérdese lo anteriormente señalado en el punto 7). Los recursos a los que puede recurrir un juez no son exclusivamente de tipo intelectual. Además de la razón (el logos), en la tradición retórica siempre se consideró como instrumento retórico el talante del orador (el ethos) y las pasiones del auditorio (el pathos). A esos elementos emocionales habría que añadir todavía un componente ético: las reglas deontológicas que conciernen a la profesión judicial son también, en cierto modo, reglas argumentativas. Por lo demás, los elementos de carácter emocional tienen menos importancia en el caso del razonamiento judicial que, por ejemplo, en la argumentación de los abogados, pero eso no quiere decir que esos aspectos más “retóricos” desaparezcan allí del todo.

En la etapa de identificación y análisis del problema se puede recurrir a instrumentos analíticos ya introducidos antes, como la

³⁴ El punto es un resumen de Atienza, 2013, cap. VIII.

representación de los argumentos presentados por las partes, por el juez *a quo*, etc., mediante diagramas de flechas; la identificación del tipo de cuestión (procesal, de prueba, etc.) que hace que un caso sea difícil; o el *test* de evaluación de los argumentos a que se ha hecho referencia en el punto anterior. La propuesta de solución puede verse en términos de intuición "controlada" (no de corazonada) o, si se quiere, como un momento abductivo que, por ello, tiene que dar paso a la tercera etapa, en la que la comprobación y revisión de esa decisión puede hacerse recurriendo de nuevo a un diagrama de flechas que ayude a plantearse si todos los pasos y argumentos necesarios para llegar a la conclusión pretendida pueden justificarse. Si es así (si no, es necesario volver a las fases anteriores para plantear una nueva propuesta de solución) lo que queda es redactar un texto. En esta última fase, cobran gran importancia dos aspectos que están en el centro de la tradición retórica: la organización del discurso en partes (exordio, narración, división, argumentación y conclusión) y la expresión del discurso (la *elocutio*), con las reglas y recomendaciones para escribir un texto jurídico (una motivación judicial) de manera clara y efectiva. Todo ello tiene gran importancia práctica para que el juez argumente bien sus decisiones, pero no es posible entrar aquí en detalles.

Finalmente, no cabe olvidar que la tarea de motivar una decisión, sobre todo cuando se trata de juicios de apelación, corresponde muchas veces a órganos colegiados y constituye, por lo tanto, una actividad colectiva. Motivar no es, en esos casos, el fruto de un proceso mental desarrollado por un individuo, sino de la deliberación que ha tenido lugar entre los diversos miembros del tribunal y en la que se presentan inevitablemente elementos estratégicos que la apartan en mayor o menor medida del discurso práctico racional.

Estamos calificados por Latindex

Sistema de información sobre las revistas de investigación científica, técnico-profesionales y de divulgación científica y cultural que se editan en los países de América Latina, el Caribe, España y Portugal.



GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN: PANORAMA ACTUAL Y TENDENCIA JURISPRUDENCIAL EN ARGENTINA

 **Sergio A. Palacio**

 Universidad de la Plata

 Argentina

 sergioalbertopalacio@gmail.com

 <https://www.linkedin.com/in/sergio-palacio-8b0b4334/>

Surrogacy gestation: current panorama and jurisprudential trend in Argentina

Artículo de investigación

Recibido: 20 de septiembre de 2022

Aprobado: 1 de marzo de 2023



Obra bajo licencia

Creative Commons

Atribución-NoComercial-

SinDerivadas 4.0 Internacional

Vol. 1, núm. 23, junio 2023

ISSN (impreso): 2305-2589

ISSN (en línea): 2676-0827

saberyjusticia@enj.org

RESUMEN

Tal como quedó la redacción del Código Civil y Comercial Unificado, la ausencia de regulación de la gestación por sustitución generó la tendencia jurisprudencial a favor de la autorización de esta, que, aún con casos excepcionales como el mencionado, se va consolidando como línea rectora de la argumentación, el principio del interés superior del niño y la constelación de derechos de este que estas situaciones ameritan proteger. Resulta dudoso admitir que esta tendencia jurisprudencial subsane adecuadamente la falta de regulación. Es esperable tanto la decisión de la Corte Suprema como que, antes o después, se cristalice legislativamente alguno de los proyectos de ley que de tanto en tanto se presentan, a efectos de despejar dudas, uniformar criterios y regularizar estándares para una más adecuada protección de los derechos fundamentales. Mientras tanto, las decisiones judiciales deberán continuarse haciendo cargo de la situación. Constituye deber de los juristas asumir que el derecho no puede erigir y sustentar conceptos impasibles que desconozcan y se mantengan aislados de la evolución científica. En tanto la gestación por sustitución no tenga adecuada recepción y reglamentación en la legislación, los jueces continuarán situados en el centro de la escena.

PALABRAS CLAVE

Código Civil y Comercial Unificado (Argentina); derechos fundamentales; gestación subrogada; jurisprudencia.

ABSTRACT

As was the wording of the Unified Civil and Commercial Code, the absence of regulation of gestation by substitution, generated the jurisprudential tendency in favor of its authorization, which, even with exceptional cases such as the one mentioned, is consolidating as a guiding line of argumentation, the principle of the best interests of the child and the constellation of rights of the child that these situations deserve to protect. It is doubtful to admit that this jurisprudential tendency adequately corrects the lack of regulation. It is to be expected both the decision of the Supreme Court and that, sooner or later, some of the bills that are presented from time to time will crystallize legislatively, in order to clear up doubts, standardize criteria and regularize standards for a more adequate protection of fundamental rights. Meanwhile, judicial decisions should continue to take charge of the situation. It is the duty of jurists to assume that Law cannot erect and sustain impassive concepts that ignore and remain isolated from scientific evolution. And as long as surrogacy is not properly received and regulated by law, judges will continue to be at the center of the scene.

KEYWORDS

Fundamental rights; jurisprudence; surrogacy; Unified Civil and Commercial Code (Argentina).

PRESENTACIÓN Y MARCO

La cuestión en análisis presenta enorme complejidad. Independientemente de encontrarse contemplada en la legislación positiva o no, suscita debates. Principalmente entre quienes abogan por su incorporación jurídica de pleno derecho y quienes están francamente en contra. Ese debate engloba aspectos éticos, morales, médicos, filosóficos, económicos y jurídicos.

Nuestra herencia jurídica nos aporta tradicionales ideas acerca de la imposibilidad de mercantilizar el cuerpo humano, limitando la libertad de disposición de las personas a este respecto¹. No obstante, una rápida mirada a la situación internacional evidencia que hay diferentes consideraciones en la legislación:

- a) países que consideran que *los nacidos en virtud de estas técnicas deben ser considerados “hijos” de los sujetos que encargan la gestación por sustitución*, validándola. Allí se incluyen “Rusia (arts. 51-52 Código de Familia y art. 16 Ley del Estado civil), el Reino Unido (Human Fertilisation and Embryology Act 1990), Escocia, State of California, Arkansas, North Dakota, Virginia, Nevada, Grecia (Ley de 19 diciembre 2002), Ucrania (art. 123 Código de Familia), Tailandia, India, Nueva Zelanda, Israel, Sudáfrica, etc.” (Calvo Caravaca y Carrascosa González, 2015, p. 5)².
- b) países que consideran que *el nacido es hijo de la mujer que da a luz y no de los solicitantes*. Obviamente, en este caso, los contratos de gestación por sustitución son nulos de pleno

1 Por caso el art. 56 del CC y CU establece que “Están prohibidos los actos de disposición del propio cuerpo que ocasionen una disminución permanente de su integridad o resulten contrarios a la ley, la moral o las buenas costumbres, excepto que sean requeridos para el mejoramiento de la salud de la persona”.

2 Debe aclararse que en la legislación británica no se admite directamente la filiación del nacido en relación con sus *“intended parents”*, sino que la Ley permite una “transferencia de paternidad” en favor de tales sujetos una vez producido el nacimiento.

derecho y carecen de efecto legal alguno. Aquí se encuentran Alemania, Noruega, Bulgaria, Quebec, Portugal, China, Italia, Francia, Austria, Estonia, Finlandia, Islandia, Moldavia, Montenegro, Serbia, Eslovenia, Suecia, Suiza, Turquía y España.

c) países *cuyas legislaciones nada dicen, ni lo habilitan ni lo prohíben explícitamente*, entre los cuales se encuentra Argentina.

La disparidad jurídica se refleja también en Europa, en una investigación realizada por el Tribunal de Justicia europeo en los conocidos casos *Menesson* y *Labassee*, de la cual se desprende que:

- a) En 10 Estados no existe una regulación sobre el tema, o que estaría prohibido en virtud de disposiciones de carácter general, o no se tolera, o la cuestión de su legalidad es incierta: Andorra, Bosnia-Herzegovina, Hungría, Irlanda, Letonia, Lituania, Malta, Mónaco, Rumania y San Marino.
- b) En 7 Estados la gestación por sustitución está permitida: Albania, Georgia, Grecia, los Países Bajos, el Reino Unido, Rusia y Ucrania; primando en la mayoría de ellos la llamada “gestación por sustitución altruista” (que incluye la posibilidad de compensación), siendo posible la gestación por sustitución no onerosa en Georgia, Rusia y Ucrania.
- c) En 4 Estados está tolerada: Bélgica, República Checa, y, posiblemente, Luxemburgo y Polonia.
- d) En 13 de los 35 Estados, es posible para los futuros padres obtener el reconocimiento legal o la determinación de la paternidad con un niño nacido de una gestación por sustitución que se practica en el extranjero; ya sea por la transcripción directa de la sentencia extranjera o por la transcripción del certificado de nacimiento extranjero en los registros de estado civil o incluso también mediante la figura de la adopción: Albania, España, Estonia, Georgia, Grecia, Hungría, Irlanda, los Países Bajos, la República Checa, el Reino Unido, Rusia, Eslovenia y Ucrania.

- e) Este reconocimiento también sería viable en algunos Estados en los que, incluso, se prohíbe la gestación por sustitución como ser: Austria, Bélgica, Finlandia, Islandia, Italia (por lo menos en cuanto a la relación de padre e hijo cuando el padre es también el padre biológico, es decir, el que aportó el material genético), Malta, Polonia, San Marino, Suecia, Suiza y, posiblemente, Luxemburgo.
- f) Tal reconocimiento estaría excluido en los siguientes 11 Estados: Andorra, Alemania (excepto, quizás, cuando el padre de intención o de voluntad es también el padre biológico o el que prestó el material genético), Bosnia-Herzegovina, Letonia, Lituania, Moldavia, Mónaco, Montenegro, Rumania, Serbia y Turquía.

De este modo, se infiere que tanto la cuestión de la gestación por sustitución en general como el reconocimiento de los acuerdos de gestación celebrados en otros países observan un tratamiento jurídico dispar, en otras palabras, no hay uniformidad de criterio encontrándose las más diversas posturas legislativas³.

Esta diversidad legislativa, en un mundo globalizado como el actual, donde “la gestación de un hijo ya no es, necesariamente, el resultado de una relación íntima e interpersonal entre un hombre y una mujer, que han decidido constituir una familia” (López Guzmán y Aparisi Mirales, 2012, p. 254) y, donde, por el contrario, “es evidente que han cambiado profundamente los parámetros fundamentales de esta realidad”, genera, entre otras cuestiones, el conocido “turismo reproductivo”.

O, sin llegar a ese extremo, la tentativa de la cristalización del genuino deseo de ser padres/madres por parte de quienes, por alguna

³ Mennesson c. France (n.º 65192/11) y Labassee c. France (n.º 65941/11) de 26 de junio de 2014. Puede verse adicionalmente el comentario a dichos fallos de Herrera, Marisa y Lamm, Eleonora. (2014). *Un valiente fallo del TEDH sobre gestación por sustitución. Prohibir, silenciar, regular o fallar*. La Ley 02/07/2014 - LA LEY2014-D, 1165. Cita Online: AR/DOC/2285/2014.

imposibilidad no pueden serlo recurriendo a métodos y técnicas tradicionales o porque optan por familias monoparentales o porque el matrimonio que conforman es igualitario.

Una vez producidos los hechos, si no existe contención legislativa, queda a los jueces resolver las tensiones que se generan entre una cerrada defensa de la legalidad objetiva y del positivismo jurídico, y el resguardo de los derechos fundamentales, principalmente los del niño/a nacido o por nacer, con nacimientos que, en ocasiones, ni siquiera ocurren en el mismo país.

La internacionalización, la globalización (aún no definida de manera unívoca) y la diversidad legislativa en cuestiones (como la que aquí se analiza) que exhiben sus vasos comunicantes en las relaciones entre las diferentes sociedades, presenta grandes desafíos en la formación de abogados y jueces (Palacio, 2010, p. 230). Algunos fenómenos jurídicos se advierten, y deben impactar en las orientaciones y prácticas formativas de estos. “[...] algunos autores han notado una ‘cada vez más importante comunicación transjudicial’, ‘tráfico internacional de ideas’, ‘polinización de decisiones’” (Serna de la Garza, 2008)⁴.

Es previsible que los abogados y jueces serán empujados cada vez más para trabajar en situaciones en las cuales harán frente a la interpretación del derecho más allá de su acervo de conocimiento nacional y doméstico (Palacio, 2010, p. 230).

⁴ Ensayo derivado de ponencia presentada en la Conferencia Anual de la Barra de Abogados, México-Estados Unidos, el 7 de noviembre de 2008.

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El presente trabajo analiza la situación de la gestación por sustitución en Argentina, abordando cuatro aspectos:

- a. La revisión de los antecedentes que han llevado a su falta de legislación y la suerte de la regulación proyectada.
- b. El examen de la regulación general del Código Civil y Comercial Unificado que ha sido puesto en vigencia en 2015, que finalmente no incluyó el instituto, y que sirve de esquema de análisis para los jueces que deben resolver los casos concretos.
- c. La exploración de las decisiones judiciales dictadas en los últimos años por diversos tribunales del país, que se producen para resolver los casos concretos.
- d. La verificación, a la luz de la revisión de sentencias de la acogida que ha tenido en estas, el principio del interés superior del niño (como el más digno de protección), a efectos de constatar si este se refleja directa o indirectamente, impactando en las decisiones judiciales.

ANTECEDENTES ARGENTINOS. DE LA CONTEMPLACIÓN EXPRESA EN EL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL UNIFICADO A SU NO INCLUSIÓN

Desarrollo y concreción del proyecto

El Código Civil y Comercial de la Nación congrega las bases del ordenamiento jurídico en materia civil y comercial en la Argentina. Se promulgó en octubre de 2014 y entró en vigencia el 1 de agosto de 2015.

Se convocó a más de un centenar de juristas y profesores de derecho de todo el país, quienes colaboraron en la redacción de los distintos capítulos del nuevo Código.

En el mensaje de elevación del Poder Ejecutivo Nacional se hizo referencia a diversos aspectos comprendidos en la reforma, que se consideraban relevantes. Entre ellos, resaltó que “Otro aspecto relevante del proyecto es la gestación por sustitución; en la que el elemento central es la voluntad procreacional, expresada mediante el consentimiento previo, informado y libre de las personas que intervienen. En estos casos, el juez interviniente en la homologación constatará que la gestante no haya recibido retribución alguna y que al menos uno de los comitentes haya aportado material genético”.

Asumida, en la exposición de motivos, la voluntad procreacional como elemento central, cabe considerar que esta “es el eje o columna vertebral de la determinación filial en los casos de filiación derivada de Tratamiento de Reproducción Humana Asistida” (Caramelo, Picasso y Herrera, 2015, p. 283).

Ello desplaza a un lugar secundario el dato genético. “Es tan así que el art. 562 CC y C deja expresamente consignado que la voluntad procreacional prima o es lo que vale para determinar un vínculo filial, se haya utilizado en la práctica médica material genético de un tercero o de la propia pareja, siendo esta una de las diferencias sustancial es entre la filiación por naturaleza o biológica y la filiación derivada de TRHA”.

En síntesis, la voluntad procreacional constituye el acto volitivo de querer ser padre o madre sin perjuicio de la existencia de componentes genéticos propios. Sentado ese principio y congruentemente con él, el Proyecto enviado al Honorable Congreso de la Nación, establecía:

ARTÍCULO 562.- Gestación por sustitución. El consentimiento previo, informado y libre de todas las partes intervinientes en el proceso de gestación por sustitución debe ajustarse a lo previsto por este Código y la ley especial.

La filiación queda establecida entre el niño nacido y el o los comitentes mediante la prueba del nacimiento, la identidad del o los comitentes y el consentimiento debidamente homologado por autoridad judicial.

El juez debe homologar sólo si, además de los requisitos que prevea la ley especial, se acredita que:

- a) se ha tenido en miras el interés superior del niño que pueda nacer;
- b) la gestante tiene plena capacidad, buena salud física y psíquica;
- c) al menos uno de los comitentes ha aportado sus gametos;
- d) el o los comitentes poseen imposibilidad de concebir o de llevar un embarazo a término;
- e) la gestante no ha aportado sus gametos;
- f) la gestante no ha recibido retribución;
- g) la gestante no se ha sometido a un proceso de gestación por sustitución más de DOS (2) veces;
- h) la gestante ha dado a luz, al menos, UN (1) hijo propio.

Los centros de salud no pueden proceder a la transferencia embrionaria en la gestante sin la autorización judicial. Si se carece de autorización judicial previa, la filiación se determina por las reglas de la filiación por naturaleza.

Del artículo proyectado, se infiere fundamentalmente que:

- 1) Se legalizaba la gestación por sustitución;
- 2) El consentimiento debía ser homologado judicialmente;
- 3) Remitía aspectos reglamentarios al dictado de una ley especial;
- 4) El juez interviniente debía revisar el cumplimiento de determinados requisitos, *entre los cuales se priorizaba la evaluación del interés superior del niño que pudiera nacer.*

La Comisión redactora, expresó en la fundamentación del anteproyecto que la postura asumida se fundamentaba en diversas razones.

En primer lugar, la fuerza de la realidad, tanto nacional como internacional. Dado que esta técnica es practicada lícitamente en varios países extranjeros, las personas que cuentan con recursos económicos viajan con esos fines (se lo conoce como ‘turismo reproductivo’); de hecho, muchos niños ya nacieron, y su interés superior no permite que se niegue jurídicamente la existencia de un vínculo con quien o quienes han tenido la voluntad de ser padres/madres. Más aún, en el país ya se ha planteado la impugnación de la maternidad de la gestante que dio a luz por no ser ella la titular del material genético femenino utilizado. Por otra parte, el reconocimiento legal del matrimonio de las personas del mismo sexo ha hecho necesario regular esta filiación, dado que ellas tienen derecho a recurrir a la filiación por adopción, por lo que sería inconsecuente no autorizarlas al uso de las técnicas de reproducción humana asistida.

Finalmente, se entiende que es más beneficioso contar con una regulación con pautas claras, previamente fijadas, que brinden seguridad jurídica tanto a los usuarios de estas técnicas como, principalmente, a los niños nacidos de ellas; ni la postura abstencionista, ni la prohibitiva, podrán evitar que se presenten conflictos jurídicos complejos que deberán ser resueltos a pesar de vacío legislativo o su expresa prohibición. El Anteproyecto permite la gestación por sustitución previéndose un proceso judicial con reglas propias que culmina con una decisión judicial de autorización⁵.

La Comisión Bicameral y el procedimiento de audiencias públicas

Por Resolución del 4 de Julio de 2012 el Congreso aprobó la creación de una Comisión Bicameral para la Reforma, Actualización y

5 Ver *Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, p. 78.

Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación, con el objeto de analizar el proyecto de Código remitido al Honorable Congreso de la Nación, por el Poder Ejecutivo nacional. Dada la trascendencia del Proyecto en estudio, la Comisión Bicameral decidió establecer un amplio mecanismo de consulta mediante la implementación de audiencias públicas.

Estas consistían en reuniones públicas, organizadas con la presencia de legisladores, y en las cuales podían hablar los oradores inscriptos, quienes disponían de 10 minutos para expresar sus apoyos, dudas y/u objeciones. Se realizaron un total de 31 audiencias públicas en todo el país. Ha sido relevante el resultado de estas para sellar el destino del proyecto.

Las reformas propuestas referidas a la gestación por sustitución habían sido rechazadas en un 89 %. Se esgrimieron diferentes argumentos:

a) Imposibilidad de controlar la gratuidad; b) posible explotación de las mujeres pobres; c) vulneración del interés superior del niño, e d) inmoralidad del contrato.

En el Congreso la mayoría votó por la no inclusión bajo el peligro “[...] de que pueda dar lugar a un mercado de vientres”, o que “Resultará difícil que el juzgador pueda apreciar si se ha tenido en mira el interés del niño que pueda nacer; también será una apreciación muy subjetiva que la gestante no haya recibido retribución por esa pauta. Por lo menos creemos que esto peca de ingenuo”⁶.

La diputada Giannettasio, quien a la sazón era la presidenta de la Comisión de Justicia, realizó un particular análisis. Consideró que la institución propuesta en el artículo 562 “[...] no está prohibida en

6 Dip. Gil Lavedra y Sen. Bertol.

la norma ni en el anteproyecto ni en el proyecto es una posibilidad que existe; como no está prohibida puede entenderse que se da”. Y propuso que se agregara al texto una redacción similar “[...] como la que usamos para evitar el tráfico de órganos”. Ello con el objetivo de prevenir que el sistema “[...] pueda convertirse en un nuevo sistema de trata de personas”.

Defendió la propuesta al argumentar que los límites establecidos en la Ley para el caso de trasplantes de órganos (entre vivos) había posibilitado que no hubiera habido denuncias de ese tipo y debía conferírsele “[...] al juez las facultades que permitan llegar al total convencimiento de que el acto es libre, y esto le permite utilizar todos los medios de prueba”.

Si bien no se aprobó el Proyecto, sí se aprobaron otras cuestiones esenciales.

En primer lugar, en el art. 558 se incluyó como una tercera fuente filial a las técnicas de reproducción humana asistida. Si bien en el Código anterior solamente se regulaban dos (naturaleza y adopción), debemos aclarar que por la Ley 26.862 del 5 de junio de 2013 se había garantizado el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida, previendo la norma una amplia cobertura de salud. La Ley entendió por reproducción médicamente asistida los procedimientos y técnicas realizados con asistencia médica para la consecución de un embarazo, quedando comprendidas las técnicas de baja y alta complejidad que incluyan o no la donación de gametos y/o embriones.

El Código nuevo recoge lo legislado y lo incorpora en la sistemática. Por ello, el art. 559 prevé que los certificados de nacimiento no deben detallar si la persona ha nacido o no por técnicas y el art. 560 agrega la necesidad del consentimiento previo, informado y libre de las personas que se someten al uso de las técnicas.

Correlativamente, resulta de aplicación la Ley 26.529 de Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud, específicamente el art. 5º que regula la definición y los alcances del consentimiento informado⁷.

Si bien el art. 562 no fue aprobado como había sido propuesto, sí se aprobó la redacción que resulta congruente con el tratamiento dado en los artículos precedentes a las técnicas de reproducción humana asistida, y contiene la denominada “voluntad procreacional”.

Señala la redacción que “Los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los artículos 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos”.

Como se menciona en el acápite Interpretación, en el comentario del referido artículo (Caramelo, Picasso y Herrera, 2015, 283), “El CC y C reafirma aquí que los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos —es decir, queda determinada la filiación— de quien dio a luz, y también del hombre o la mujer que prestó el correspondiente consentimiento previo, informado y libre [...] sin importar que ambas personas, una de ellas o ninguna haya aportado sus gametos”.

Como se ha citado anteriormente, “Uno de los principios básicos sobre los que se sustenta la filiación derivada de las TRHA gira en torno al lugar secundario que ocupa aquí el dato genético. Es tan así

7 “Art. 5: Definición. Entiéndese por consentimiento informado, la declaración de voluntad suficiente efectuada por el paciente, o por sus representantes legales en su caso, emitida luego de recibir, por parte del profesional interviniente, información clara, precisa y adecuada con respecto a: a) Su estado de salud; b) El procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos; c) Los beneficios esperados del procedimiento; d) Los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles; e) La especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto; f) Las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados”.

que el art. 562 CC y C deja expresamente consignado que la voluntad procreacional prima o es lo que vale para determinar un vínculo filial, se haya utilizado en la práctica médica material genético de un tercero o de la propia pareja”.

En esta redacción, el vínculo filial no se define por el hecho del parto y la identidad del recién nacido. El recién nacido queda jurídicamente vinculado a las consecuencias que el derecho establezca, para una genuina relación paterno- materno-filial.

Este planteo del nuevo Código resuelve las situaciones de las parejas del mismo sexo, donde, de otro modo, la cuestión de la determinación filial era muy compleja. Debe tenerse presente que con anterioridad al CC y CU, por la Ley 26.618 de 2010, se había reconocido el derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo⁸. Lo cual fue incorporado en el Código en el art. 402.

La controversia en la revisión jurisprudencial

Luego de sancionado el Código y puesto en vigencia, sin la inclusión del artículo proyectado, pero contemplando la situación de la TRHA y la voluntad creacional, continuaron los debates al respecto de las soluciones posibles ante los casos concretos.

No solamente hablamos de casos del denominado “turismo reproductivo” —algunos muy conocidos por comprender a personas de trascendencia pública—, sino de casos intrafamiliares, donde, por ejemplo, una mujer gestó para su hermana (*Clarín*, 2014).

En 2015 informaba el diario *Clarín* que en la Clínica Halitus, uno de los principales centros especializados en reproducción asistida de la

8 “Art. 2: El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos, con independencia de que los contrayentes sean del mismo o de diferente sexo. Art. 42: Aplicación. Todas las referencias a la institución del matrimonio que contiene nuestro ordenamiento jurídico se entenderán aplicables tanto al matrimonio constituido por DOS (2) personas del mismo sexo como al constituido por DOS (2) personas de distinto sexo”.

capital, aseguraban no parar de recibir consultas de parejas hetero y gay para someterse a este tipo de procedimientos. “Desde abril de 2013 recibimos 83 consultas, de las cuales 17 corresponden a parejas gay. Se hicieron 10 tratamientos, de esos embarazos uno no prosperó, hubo 6 nacimientos y quedan dos en curso”, detallaba a *Clarín*, Sergio Pasqualini, director del centro (*Clarín*, 2015).

En meses inmediatos a la puesta en vigencia del Código, del 1 al 3 de octubre de 2015 se realizaron en Bahía Blanca las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Ante la no procedencia del proyecto, resultaba esperable que el tema se abordara en estas, por lo cual se presentaron varias ponencias⁹. En dichas Jornadas se concluyó por unanimidad que: “1. Aún sin ley, al no estar prohibida, se entiende que la gestación por sustitución está permitida” (Duprat, p. 9).

La jurisprudencia posterior a la promulgación del Código

Como suele ocurrir, la vida real se filtra en los pasillos de los tribunales y fueron planteándose innumerables casos, requiriendo la decisión de los jueces. En el Código actual los jueces tienen la obligación de decidir y fundamentar sus decisiones “razonablemente”.

Es así como paulatinamente se fue asumiendo la idea de que el conflicto familiar exige una composición humana, que no se agota en el estricto marco de lo jurídico, que, si bien le brinda soporte a la decisión y aleja cualquier atisbo de arbitrariedad, no impide la prevalencia de criterios esencialmente discrecionales, para la mejor tutela de los intereses comprometidos, fundamentalmente del interés superior del niño.

En este tipo de casos se consideró que no se trata de prescindir de la ley, sino de aducir que también inciden en un plano de equivalencia

9 Estas pueden consultarse en <https://jndcbahiablanca2015.com>

las razones de conciencia y de convencimiento personal del juez. Una suerte de justicia mixta de equidad y ley, que nunca defraudará las aspiraciones de la ley —expresaba Couture— si el magistrado coloca por encima del tecnicismo jurídico, los dictados de su conciencia recta y justiciera¹⁰.

Asimismo, y en la línea de lo sostenido por algunos legisladores en el debate, algunos jueces interpretaron que la carencia de legislación no debe interpretarse como la existencia de una “prohibición” efectiva sobre la práctica, ya que ello importaría una interpretación restrictiva y literal del sistema jurídico, tachando de “prohibidas” o “ilegales” las circunstancias no receptadas expresamente por aquel [...]. Adoptar esta postura llevaría al imposible de pensar en la necesidad de un ordenamiento normativo capaz de tipificar expresamente todas las circunstancias de hecho posibles, dado que si algo no estuviese regulado no sería legal, considerando que la materia es judicial.

La casi totalidad de casos resueltos en sede judicial, hicieron lugar a la gestación por sustitución, salvo algunas excepciones.

Cuestiones relevantes. Principales aspectos reseñados en los fallos

Como señalamos, cuando la realidad se presenta en los tribunales, tienen la obligación de decidir. Y no decidir de cualquier manera, sino razonablemente¹¹. Los jueces se hallan, en referencia a la cuestión, en un escenario complejo. Por un lado, tienen la obligación de decidir, no pueden excusarse o rehuir el asunto. Por otro lado, la realidad se cuela por aquellas lagunas que los legisladores, por temor, inoportunidad, convicciones dispares o múltiples cuestiones, no abordan. Esa realidad no aguarda las normas, se erige con independencia de estas.

¹⁰ Ello es coincidente con lo establecido en el art. 35 del Código Iberoamericano de Ética Judicial: “El fin último de la actividad judicial es realizar la justicia por medio del derecho”.

¹¹ CC y CU Artículo 3°. Deber de resolver. El juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada.

Asimismo, en el caso, cuentan con un proyecto trunco, pero con líneas doctrinarias que lo impulsaban, por lo cual pueden fluctuar entre la restricción o la amplitud en la tutela.

a.1. Los fallos que acogieron favorablemente las pretensiones se han referido en los fundamentos a los aspectos que estaban reglados en el proyecto. Algunos citándolos de manera expresa a modo de guía doctrinaria, otros haciéndose cargo materialmente de los aspectos planteados como requisitos.

a.2. En todos los casos se señaló la importancia decisiva de la intervención judicial y el deber de examinar cuidadosamente los extremos.

a.3. En la totalidad de los casos ha habido preocupación puntual por la acreditación y reverificación en sede judicial del consentimiento informado, pleno y libre de las mujeres gestantes.

Asimismo, se ha tratado de verificar que la gestante tuviera plena capacidad, buena salud física y psíquica, mediante informes médicos, pruebas periciales y, en algunos casos, la intervención de gabinetes interdisciplinarios. También se ha procurado acreditar dicho extremo, mediante declaraciones ante el juez interviniente.

a.4. Especialmente se ha hecho hincapié en la falta de retribución¹².

a.5. Entre otras cuestiones, se verificó que la gestante hubiera dado a luz, al menos, un hijo propio. En algunos casos, incluso, se hizo referencia a la opinión de los demás hijos.

En general, los fallos con un criterio amplio a favor de tutelar el derecho *guardan correlación en los elementos tenidos presente y en sus*

12 Dejando a salvo la opinión de un juez interviniente, quien no obstante autorizar una gestación gratuita dejó firme su opinión en el sentido de no considerar equitativo que la mujer gestante no percibiera una contraprestación, dado que todos los demás intervinientes (establecimiento de salud, médicos, etc.) sí la percibían.

consideraciones, con los lineamientos y requisitos de procedencia planteados en el proyecto de Código, aunque ese artículo no haya sido aprobado.

Asimismo, debemos recordar que, como se mencionara precedentemente, los principales aspectos sobre los cuales los ponentes en las audiencias públicas habían basado sus objeciones, se sintetizan en: a) Imposibilidad de controlar la gratuidad, b) posible explotación de las mujeres pobres, c) vulneración del interés superior del niño y d) inmoralidad del contrato.

b.1. En general, si bien los fallos favorables, no se ocupan de contestar dichas objeciones expresamente, lo cierto es que su análisis evidencia que abordan las cuestiones.

b.2. En el caso de la gratuidad, si bien un juez dejó a salvo su opinión a favor de la onerosidad, los demás han examinado que la práctica se realice gratuitamente.

Acerca de si el control jurisdiccional es suficiente para aventar dudas, resulta una cuestión opinable¹³.

No todo en el mundo es dinero, y bien puede haber conductas genuinamente altruistas. Desde el punto de vista de la bioética jurídica, se ha sostenido que “Dignidad ética de la persona, libertad, solidaridad, integridad (del paciente y del donante) que, presentes en el caso, constituyen puntos de vista normativos ideales para el derecho. Son valores que importan al derecho, que este puede y debe plasmar y, llegado el caso, propiciar y enaltecer” (Tinant, 2014)¹⁴.

¹³ Pero sí podemos mencionar, que en el caso de la denominada Ley de trasplantes de órganos y materiales anatómicos n.º 24.193, no obstante que, para evitar el comercio de órganos y la onerosidad, en el caso de las donaciones entre vivos se establecieron taxativamente relaciones ‘tasadas’ para admitirlas, con el tiempo la intervención de los jueces ha ido autorizando donaciones entre personas que se encuentran por fuera de dichas relaciones atendiendo a la finalidad de la ley. En dichos casos, resulta por demás necesario, realizar un examen sobre la existencia de la gratuidad.

¹⁴ En el mismo sentido, y realizando una analogía entre donante/receptor y gestante/comitente, puede verse José Alberto Mainetti, José María Tau y José Luis Mainetti, “Donación de órganos y cuerpo político”, Revista de medicina y bioética *Quirón*, pp. 53-60, ed. Quirón, La Plata, 2007, “con la novedad que significó la introducción de un tercero necesario en la tradicional relación médico-paciente —el donante, como persona y como sociedad—, la moralidad transplantológica ha servido

b.3. Al respecto de la posible explotación de las mujeres pobres, los jueces intervinientes han verificado por diversos medios probatorios las condiciones socioambientales de las mujeres gestantes. *Prima facie* no se advierte situación de vulnerabilidad por parte de estas. El único caso que constituye una excepción es el de una niña concebida en Mumbai, India, donde los jueces argentinos solamente podían verificar la procedencia de la inscripción en Argentina, sin mensurar fácticamente las condiciones de la mujer gestante, dado que en ese momento el ordenamiento jurídico de dicho país consideraba legal la práctica, asignando la paternidad a los comitentes, aunque desde 2016 se ha restringido a ciudadanos de nacionalidad india¹⁵.

b.4. Respecto de la inmoralidad del contrato, el concepto abordado en los fallos analizados estriba y asocia su moralidad a la gratuidad. Se ha considerado que proceden si se celebran en forma gratuita fundamentados en el principio de solidaridad familiar o afectiva por lo que, de acreditarse dicha circunstancia, no pueden tacharse de inmoral.

b.5. Otra cuestión que hemos reseñado en las observaciones generales radica en que la filiación quedaba establecida entre el niño nacido y el o los comitentes mediante la

de ejemplo emblemático en la aplicación del modelo bioético de los principios. En el trasplante inter vivos, la no-maleficencia y la beneficencia signan respectivamente para donante y receptor la proporcionalidad entre daño y beneficio [...]. La autonomía de la persona se expresa como facultad ejercida bajo condiciones que dentro del ordenamiento jurídico enmarcan el derecho a disponer del propio cuerpo, acto unilateral de voluntad del dador entendido como una donación, algo no moralmente ni legalmente debido. Ello evidencia el valor moral y la gratificación espiritual que implica el generoso acto de donación entre vivos [...]. Igualmente, que ningún ordenamiento jurídico puede legítimamente impedir el ejercicio de la facultad de disponer del propio cuerpo en tales casos. Se trata de conjugar esa facultad, siempre supererogatoria, con el derecho-deber de cuidar la propia salud, la tutela efectiva del principio de integridad y la necesidad de proteger a las personas vulnerables. En suma, de preservar la dignidad y la autonomía de la persona”.

15 Debido a que, y tal como se expresa en la exposición de motivos, “India se ha convertido en un centro de gestación subrogada para parejas de diferentes países en los últimos tiempos. Se han reportado incidentes de prácticas no éticas, explotación de madres sustitutas, abandono de niños nacidos de gestación subrogada e importación de embriones humanos y gametos. La condena generalizada de la subrogación comercial en la India ha sido regularmente reflejada en diferentes medios impresos y electrónicos durante los últimos años. La Comisión de Derecho de India, en su 228 informe, también recomendó la prohibición de la subrogación comercial para promulgar una legislación adecuada. Debido a la falta de legislación para regular la gestación subrogada, la práctica de la subrogación ha sido mal utilizada por las clínicas de gestación subrogada, lo que conduce a una gran cantidad de subrogación y prácticas poco éticas en dicha área de gestación subrogada”, se dictó en 2016 la *Bill 257 The Surrogacy Regulation*, que se extiende a toda la India excepto al Estado de Jammu y Cachemira, la que en su cláusula 4, ap. C (II), establece que, para acceder a la práctica, la pareja debe estar casada durante al menos cinco años y deben ser ciudadanos indios.

prueba del nacimiento, la identidad del o los comitentes y el consentimiento debidamente homologado por autoridad judicial.

Se interpretaba *a priori* que el niño quedaba restringido a conocer solamente la identidad de los comitentes, que eran quienes habían manifestado la voluntad procreacional.

Todos los fallos han establecido la obligación, la exhortación y/o instar a los comitentes a poner en conocimiento del menor el origen gestacional, incluso ordenando a los establecimientos médicos la preservación de la documentación. Dichas disposiciones han sido fundadas en el derecho del niño a la identidad.

c. Los fallos y el interés superior del niño:

El proyecto contemplaba expresamente que el juez debía homologar el acuerdo solo si, además de los requisitos que previera la ley especial, se acreditara que se hubiera tenido en miras el interés superior del niño que pudiera nacer. La cuestión ocupaba un lugar central en la ponderación que el juez debía realizar. Los fallos reseñados hacen especial referencia a la cuestión.

Ahora bien, ¿cuál es el alcance otorgado a ese principio? Este no es un tema menor, dado que, si se observan las objeciones realizadas por los ponentes en las audiencias públicas, el principio se ha utilizado, asimismo, como argumento para la denegatoria de la posibilidad de la práctica médica.

c.1. En general los fallos se han remitido, por imperio del control de convencionalidad, a las interpretaciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

c.2. Correlativa, y cronológicamente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha reafirmado que el “Poder Judicial debe

ejercer una especie de 'control de convencionalidad' entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana" (Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2007).

c.3. En el caso *Yean y Bosico*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha interpretado los alcances del concepto y señalado que "*La prevalencia del interés superior del niño debe ser entendida como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de los menores, que obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la Convención cuando el caso se refiera a menores de edad*" (Corte IDH, 2005, párr. 133).

c.4. Para aclarar este concepto, la Corte IDH se remitió a la Opinión Consultiva 17/02 (Corte IDH, 2002, párrs. 56-60), en la cual se había explayado con más precisión. En tal sentido, señaló que "*Este principio regulador de la normativa de los derechos del niño se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades*". Remitió allí al principio establecido en el art. 2 de la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 en cuanto establece que "*El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño*".

Señaló a continuación que “[...] la Convención sobre Derechos del Niño alude al interés superior de éste (artículos 3, 9, 18, 20, 21, 37 y 40) como punto de referencia para asegurar la efectiva realización de todos los derechos contemplados en ese instrumento, cuya observancia permitirá al sujeto el más amplio desenvolvimiento de sus potencialidades. A este criterio han de ceñirse las acciones del Estado y de la sociedad en lo que respecta a la protección de los niños y a la promoción y preservación de sus derechos”.

c.5. Remitió aquí al art. 7 de la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, en cuanto había establecido que “El *interés superior del niño* debe ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación; dicha responsabilidad incumbe, en primer término, a sus padres”, como así también al Principio 10 de la Conferencia Internacional sobre Población y el Desarrollo adoptada del 5 al 13 de septiembre de 1994 en El Cairo, Egipto, en cuanto señala que “El *interés superior del niño* deberá ser el principio por el que se guíen los encargados de educarlo y orientarlo”.

c.6. En los casos de las autorizaciones previas al nacimiento, puede suponerse abstracto considerar cuál será el “superior interés”, y por ello la doctrina ha tratado de esclarecer dicha suposición: “el niño no estaría en el mundo de no haberse recurrido a la gestación por sustitución por parte de una o dos personas que desearon fervientemente su existencia, tanto lo quisieron, que no pudiendo hacerlo por otro método, recurrieron a uno que implica dificultades de todo tipo (legales, económicas, fácticas, etc.)” (Kemelmajer de Carlucci, Lamm y Herrera, 2012) y de ello se han hecho eco algunos fallos revisados.

c.7. Como toda descripción de principio, el concepto “interés superior del niño” encierra una intencionalidad de justicia en la tarea a resolver por el juez. En general, los fallos analizados, asumen esa intencionalidad, mediante una argumentación

“principalista”, mediante la invocación de un principio que forma parte del derecho vigente y que goza de capacidad justificatoria.

c.8. Los jueces intervinientes han respaldado en general sus conclusiones en el principio del interés superior del niño, pero concretizándolo mediante la articulación con otros derechos concretos que se plantean en la Convención.

Lo han entendido (en línea con las premisas enunciadas en el caso Yean y Bosico) como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de los menores y, adicionalmente, como garantía del desarrollo de sus oportunidades y potencialidades.

Los fallos indistintamente, y de acuerdo con las condiciones de cada caso concreto, refieren la necesidad de garantizar:

- 1) El derecho a ser inscripto inmediatamente después de su nacimiento y a adquirir una nacionalidad conforme al art. 7, ap. 1, de la Convención. Entendida su importancia porque la inscripción inmediata del nacimiento de una persona es determinante para el goce efectivo de los demás derechos.
- 2) Correlativamente con el derecho a su identidad y, consecuentemente, el derecho al respeto a la vida privada del niño. En uno de los fallos analizados, el juez interviniente se expidió en el mismo sentido que —y citando los precedentes *Mennesson*, *Labassee* y *Foulón y Bouvet c. Francia*— el Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹⁶.
- 3) El derecho a la familia. Por el art. 8 los Estados se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar las relaciones familiares.

¹⁶ *Mennesson* (demanda 65192/11), *Labassee* (demanda 65941/11) y *Foulón y Bouvet c. Francia*, (demandas 9063/14 y 10410/14). En esos casos, entendió, en líneas generales, que Francia violó el art. 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos que regula el respeto por el derecho a la vida privada. Además, dicho Tribunal entendió que el respeto por la vida privada se vincula con la esencia de la identidad, incluida su filiación, la cual se ha visto afectada de manera significativa. Se aseveró que las decisiones adoptadas por el Estado francés no fueron compatibles con el interés superior de los niños.

- 4) El derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social, conforme el art. 27 de la Convención.
- 5) El derecho a la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar conforme el art. 3, ap. 2, de la Convención.

Entre todos los casos analizados destacamos la excepción denegatoria. En un caso, habiendo sido autorizada en primera instancia, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil (por mayoría) revocó la sentencia, considerando que la intención del legislador fue clara, al excluir la gestación por sustitución del proyecto de reforma y, por ende, no existe vacío legislativo que justifique resolver el caso en función de lo normado por el art. 19 de la CN, no pudiendo avalar que, ante la inexistencia de prohibición alguna, por el solo acuerdo de las partes, se pueda pactar tanto sobre la voluntad procreacional como respecto al procedimiento de determinación de la filiación y el modo de entrega del niño de una persona a quien no se estima como la madre a los progenitores que serían los padres.

Este caso reviste particular importancia, porque al ser denegatorio se encuentra apelado y a resolución de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En un sistema como el argentino (sin Tribunal Constitucional), lo que la Corte decida concretará el criterio definitivo.

CONCLUSIONES

- a. En los casos analizados, el principio del interés superior del niño se encuentra claramente recepcionado y, en general, constituye la línea rectora de la argumentación, en derredor del cual se articula la constelación de derechos del niño que estas situaciones ameritan proteger.
- b. Tal como quedó la redacción del CC y CU, la ausencia de regulación de la gestación por sustitución generó la tendencia

jurisprudencial a favor de la autorización de esta, que, aún con casos excepcionales, se va consolidando.

- c. Resulta dudoso admitir que esta tendencia jurisprudencial subsane adecuadamente la falta de regulación. Lo esperable es que, antes o después, se cristalice legislativamente alguno de los proyectos de ley que de tanto en tanto se presentan, a efectos de despejar dudas, uniformar criterios y regularizar estándares para una más adecuada protección de los Derechos fundamentales y, fundamentalmente, en la preservación del principio del interés superior del niño.
- d. En tanto, los jueces deberán haciéndose cargo de la situación y hacer lo posible para respetar ese principio. Como ha señalado Dworkin “Este es el derecho para el juez, el derecho que está obligado a declarar y a hacer cumplir. Sin embargo, el derecho actual contiene otro derecho, que marca sus propias ambiciones; este derecho más puro está definido por la integridad. Consiste en los principios de justicia que ofrecen la mejor justificación del actual derecho”.

Lo expresado resulta coincidente con el Código Iberoamericano de Ética Judicial, en cuanto plantea que el fin último de la actividad judicial es realizar la justicia por medio del derecho. El juez equitativo es el que, sin transgredir el derecho vigente, toma en cuenta las peculiaridades del caso y lo resuelve basándose en criterios coherentes con los valores del ordenamiento. En las esferas de discrecionalidad que le ofrece el derecho, el juez deberá orientarse por consideraciones de justicia y de equidad (arts. 34 a 38).

- e. Por otro lado, hay que asumir que el Derecho no puede erigir y sustentar conceptos impasibles que desconozcan y se mantengan aislados de la evolución científica. En tanto la gestación por sustitución no tenga adecuada recepción y reglamentación en la legislación, los jueces continuarán situados en el centro de la escena.

REFERENCIAS

Calvo Caravaca, A. L., Carrascosa González, J (2015). Gestación por sustitución y derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Accursio Dip Blog*. <http://accursio.com/blog/>

Clarín (19 de octubre de 2014). Amor de hermanas: una no podía ser mamá y la otra le prestó el útero. *Clarín*. https://www.clarin.com/sociedad/alquiler_de_ventre_0_SJdZat_qvXI.html

Corte IDH (28 de agosto de 2002). Opinión Consultiva OC-17/2002. Solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, párrs. 56-60.

Corte IDH (2005). Caso Yean y Bosico vs. República Dominicana. Sentencia de 8 de septiembre de 2005, párr. 133.

Corte Suprema de Justicia de la Nación (2007). Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ rec. de casación e inconstitucionalidad; M.2334.XLII Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ rec. de casación e inconstitucionalidad, y M.2335.XLII Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ rec. de casación e inconstitucionalidad. Sentencia del 13 de julio de 2007, Argentina.

Duprat, C. (s. f.). Gestación por sustitución en Argentina: cuando la realidad impone dar respuestas. *Rev. Estilo Caja*, pág. 9.

Caramelo, G., Picasso, S., Herrera, M. (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, tomo 2. Buenos Aires: Ed. Infojus, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

Gioberchio, G. (20 de junio de 2015). Por primera vez en el país, dos hombres tuvieron un hijo con un vientre prestado. *Clarín*. https://www.clarin.com/sociedad/nuevas-familias-maternidad-subrogada-ventre-prestado-ovodonacion-halitus_0_B1WuOwYDXI.html

Herrera, M., Lamm, E. (2014). *Un valiente fallo del TEDH sobre gestación por sustitución. Prohibir, silenciar, regular o fallar*. La Ley 02/07/2014 - LA LEY 2014-D, 1165. Cita online: AR/DOC/2285/2014

Kemelmajer de Carlucci, A., Lamm, E., Herrera, M. (2012). *Regulación de la gestación por sustitución*. LL T 2012- E, Sec. Doct.

López Guzmán, J., Aparisi Mirales, A. (2012). Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada, *Cuadernos de Bioética XXIII*, 2012/2.^a, p. 254.

Palacio, S. (2010). *Pedagogía jurídica*. Buenos Aires: Ed. FACA.

Serna de la Garza, J. M. (2008). Globalization and legal education: a view from México. En Sergio Palacio, *Pedagogía jurídica*. Buenos Aires: Ed. FACA.

Tinant, E. L. (4 de agosto de 2014). *La virtud de la amistad y su valor ético en la donación de órganos entre personas vivas*. SEDICI. ■

CONFERENCIA EL WIKIPERIODISMO Y LA WIKIJUSTICIA

Juan Luis Cebrián

Presidente de honor del diario *El País* y académico de número de la Real Academia de la Lengua Española (RAE).

Esta conferencia fue presentada el 20 de abril de 2023 en el Auditorio de la Suprema Corte de Justicia de la República Dominicana durante el lanzamiento de la Cátedra de Comunicación "Adriano Miguel Tejada" organizada por la Escuela Nacional de la Judicatura.

El profesor Cebrián es autor de más de 20 libros sobre periodismo, sociología, política, y entre ellos, algunos de ficción. Caballero de las Letras y las Artes de Francia. Ha recibido numerosos reconocimientos y premios por su labor profesional de más de 50 años. Investido doctor honoris causa por la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid.

Por sus merecimientos y aportes a la cultura, en la República Dominicana, recibió la Orden del Mérito Duarte, Sánchez y Mella en Grado de Comendador de la presidencia de la República, pero también, el nombramiento de profesor honorario de la Universidad Iberoamericana, entre otros muchos reconocimientos internacionales.

 **Juan Luis Cebrián**

 Real Academia de la Lengua
 España

Especial

Recibido: 20 abril 2023

Aprobado: 15 de mayo de 2023



Obra bajo licencia
Creative Commons
Atribución-NoComercial-
SinDerivadas 4.0 Internacional

Vol. 1, núm. 23, junio 2023
ISSN (impreso): 2305-2589
ISSN (en línea): 2676-0827
saberyjusticia@enj.org

“ Algunas distorsiones entre los medios de comunicación y los tribunales proceden de los conflictos legales relacionados con los delitos de opinión ”

JUAN LUIS CEBRIÁN

EL WIKIPERIODISMO Y LA WIKIJUSTICIA

Los responsables de esta prestigiosa Escuela me sugirieron que propusiera en mi disertación algunas ideas respecto a cómo pueden mejorar las relaciones entre las instituciones jurídicas y el mundo de los medios. Voy a intentar cumplir con el compromiso a cambio de que este digno auditorio acepte que me aventure a hacerlo también con mi oficio. Estudié Filosofía y no soy jurista, sino periodista. Como tal me limito a contar historias. Pienso que, para jueces y fiscales, para abogados y juristas, no estará de más escuchar un relato sobre los medios y la sociedad digital —el mundo wiki— cuya comprensión resulta básica a la hora de relacionarse con ella. Y resultará cuando menos más entretenido que cualquier abstrusa discusión teórica.

En 1778 el capitán James Cook desembarcó por vez primera en el archipiélago hawaiano. Él y sus hombres eran los primeros occidentales en poner pie en aquellas islas. Encontraron un pueblo acogedor y primitivo, cuyos habitantes vivían en plena naturaleza y eran poseedores de un idioma (el olelo) casi musical, que no merecía expresión escrita. Para entenderse con ellos Cook procuró transcribir sus fonemas y construyó una lengua con solo

doce consonantes y unos especiales signos de puntuación. El empeño no fue exitoso. Los aborígenes se acostumbraron a utilizar una jerga local, trufada de vocablos aparentemente ingleses, una especie de creole hawaiano. Así nació el término wiki, que parece una deformación del *quick* o el *quickly* inglés, expresión que se habría utilizado para meter prisa en sus tareas a los trabajadores. Eso explica que se haya usado por lo general por partida doble, exhortando a la gente, ¡wiki, wiki!, ¡deprisa, deprisa!, a ser eficaces y rápidos.

En 1909 Jack London escribió *Martin Eden*, que narra la lucha de un autor novel por publicar en las revistas. Una de las obras que le acabará dando fama y dinero al protagonista se llama *Wiki, wiki, un cuento hawaiano*, lo que revela que la expresión estaba ya muy extendida. En 1963 una actriz de Hollywood nacida en Shanghái, hija de un ministro de Chiang Kai-shek, se convirtió en la primera chica wiki wiki de la historia al aparecer con una falda de ramas y flores en los anuncios de gasolina de la Chevron. Pero nada de esto sabía Ward Cunningham, creador de la WikiWikiWeb, cuando en 1994 decidió llamar así a la página de Internet en la que proponía un sistema cooperativo que permitía intervenir a los usuarios en los textos e imágenes a los que accedían. Se le ocurrió el nombre al acordarse de los autobuses que enlazan las diferentes terminales del aeropuerto de Honolulu, que se llaman Wiki Wiki Shuttle. A partir de entonces el wiki wiki es hoy una de las expresiones más extendidas en el mundo, casi tanto como el uaca uaca de Shakira.

La WikiWikiWeb se trataba de un método de colaboración rápida en la Red, que permitía a los usuarios editar cualquier página o crear páginas nuevas mediante un *software* sencillo y estándar. Los wikis constituyen un sistema para elaborar documentos colectivos y, aunque el más famoso y popular que han generado es la Wikipedia, se emplean para muchos otros propósitos.

Es sorprendente la multitud de ensayos, análisis y encuestas publicadas al final del pasado siglo que nos advierten de los formidables efectos que la sociedad digital iba a producir en nuestra convivencia. En lo sustancial, esas premoniciones (entre las que sobresalían las profecías de Negroponte —*Being digital*— o el libro *Goodbye Gutenberg: la revolución del periodismo electrónico* de Anthony Smith) coincidían en adoptar un talante de relativo optimismo y fe en el futuro de los medios de comunicación. A condición, eso sí, de que los protagonistas de estos fueran conscientes del significado de la nueva cultura y se mostraran capaces de adaptarse a ella. A pesar de ser tan abundantes y frecuentes los avisos acerca de las mutaciones predecibles en el comportamiento de los consumidores, los empresarios de la mayoría de las compañías de medios fuimos perezosos a la hora de emprender un plan de transformación. Ninguna de las operaciones exitosas llevadas a cabo en este terreno ha sido fruto de los grandes conglomerados clásicos, sino de la actividad desacomplejada y lúdica de los dormitorios universitarios. Facebook, Google, Microsoft, Twitter y hasta Tik Tok son buenos ejemplos de esto, pero de ser inicialmente competidores de los grandes imperios mediáticos y de comunicación pasaron en apenas unos años a sustituirlos.

El éxito de los wikis responde a una constante generalizada del sistema de información digital: la interacción y la cooperación constituyen el núcleo de su actividad. Nos preguntamos por el futuro de los medios al tiempo que hemos construido una sociedad cada vez más desintermediada. La verdadera cuestión residía en interrogarse no en cuál podía o puede ser todavía el papel de los medios ni en su modelo de negocio en la sociedad digital, sino si van a existir o existen medios en el sentido clásico de la palabra. En definitiva, si la esencia del periodismo, que consiste en contar lo que pasa a los demás, va a sobrevivir en un mundo en el que cada cual es capaz de comunicar sus experiencias por sí mismo, dirigirse al orbe entero y escucharlo también sin necesidad de mediación alguna.

¿Esto es verdad? ¿No es más cierto que sí existen mediaciones, pero de otro género y especie a las que estábamos acostumbrados? ¿Son Google, Facebook, Instagram, WhatsApp, YouTube, Twitter o Tik Tok medios de comunicación? Deben serlo, porque la gran mayoría de los ciudadanos de muchos países se enteran de las noticias fundamentalmente a través de estas plataformas, que facturan ingentes cantidades de publicidad frente a la crisis que padecen los medios tradicionales. ¿Qué son estas plataformas y las redes sociales que de ellas cuelgan? ¿De dónde emana su fabuloso poder y riqueza, que ha destruido ya a los imperios mediáticos de todo el mundo y a los antiguos monopolios de las telecomunicaciones? Ni más ni menos que una colección de algoritmos. Con el desarrollo de la inteligencia artificial hay por lo mismo quien se pregunta si los periodistas seremos sustituidos por ecuaciones complejas. No se dan cuenta de que en gran medida lo hemos sido ya.

Los intermediarios han tenido siempre mala fama en cualquier sector de la economía y ahora también en la política. En esta la desintermediación parece confundirse con la democracia directa. Esta es la primera forma de democracia que recuerda la historia, pues la asamblea ateniense equivalía a un hombre, un voto. Y digo bien, ya que en ella no tenían cabida ni las mujeres ni los niños ni los esclavos, que carecían de la condición de ciudadanos. Salvo en el caso de la Confederación Helvética, la democracia directa se ha deslizado siempre peligrosamente hacia el populismo y ha sido un instrumento utilizado por dictadores y regímenes totalitarios. El deseo de los líderes populares por comunicarse directamente con su pueblo es inevitable, va en aumento y también afecta a los políticos democráticos. Se hizo famosa la frase de Felipe González, cuando ocupaba la jefatura del Gobierno español, en el sentido de que hay que distinguir entre la opinión pública y la publicada. Respondía a la constatación de que mientras la mayoría de los medios se mostraba crítica respecto a su tarea, él ganaba repetidas mayorías absolutas en las elecciones. Esta desconfianza respecto a

los medios que pretenden vertebrar las opiniones públicas tiene su réplica en las críticas que los propios medios y muchos periodistas hacen del sistema de representación. La preponderancia de los partidos en la articulación de las democracias europeas, así como los calendarios electorales, explica la obsolescencia de las instituciones y su incapacidad para hacer frente a los retos actuales. Aunque nos resistamos a reconocerlo, partidos políticos y periódicos, Gobiernos, parlamentos y Poder Judicial, emisoras de radio o de televisión han sido y son facetas de un único mecanismo de funcionamiento del Estado liberal y de articulación del poder, que ha pervivido en las democracias por más de doscientos años. Por eso el sistema mismo ha entrado en crisis a partir de la revolución digital.

El wikiperiodismo es al periodismo lo que la Wikipedia a las enciclopedias clásicas. Aunque aparentemente se trata de productos parecidos u homogéneos, y responden a una demanda muy similar, las diferencias que albergan entre ellos son profundas. En el mundo wiki la interacción instantánea es la clave, el conocimiento es colectivo y, en principio, no hay un liderazgo visible o demostrable al que atribuir la responsabilidad del rigor intelectual. Como sucede con las marcas blancas de los supermercados de alimentación, lo que se gana en participación se pierde en calidad del producto. Pero eso no parece preocupar al usuario, antes bien es un aliciente añadido el espejismo de creerse capaz de influir hasta tal extremo en la vertebración de la opinión pública global.

Entre esos mitos que agitan el universo de Internet se encuentra el que el profesor Ruiz Soroa define como el de la existencia “de un pueblo que toma decisiones en la plaza pública”. Sin embargo “el pueblo, él solo, no puede formar una voluntad, no puede tomar una decisión, porque le falta el indispensable polo de alteridad que necesita para ello”. Sin los elementos de representación política, el poder del pueblo queda reducido a la aclamación. La democracia, un sistema basado en la opinión pública, necesita sobre todo de la opinión

publicada, de la discusión y la contradicción, en el ejercicio del poder representativo. El problema reside en averiguar cómo podemos, los mediadores, periodistas o políticos, ayudar a los ciudadanos a ejercer sus opciones si el principio de alteridad desaparece.

Los periódicos, tal y como han llegado hasta nuestros días, forman parte de la institucionalidad que la democracia representativa alumbró en los albores del siglo XIX. A quienes están acostumbrados a mirar la prensa solo como un "antipoder" les provoca desasosiego comprobar que las grandes empresas dedicadas a la comunicación formaron parte de la realidad institucional que facilita el consenso sobre el que se edifica el poder democrático. El papel singular que los medios han jugado en su formación ha hecho que, durante siglos, los periodistas vivamos la esquizofrenia de ser parte de los poderes institucionales al tiempo que provocamos en ocasiones su fractura. Los periodistas éramos mediadores entre la realidad y nuestros lectores o usuarios, igual que los diputados lo son entre la autoridad y quienes los eligen. Todo esto ha funcionado así más o menos durante doscientos años. Hasta que la sociedad digital ha puesto de relieve las carencias no solo de la industria mediática, sino sobre todo de la arquitectura política que contribuye a sujetar, y que se resiente cada vez más, hasta el punto de amenazar ruina. El cuarto poder, espina dorsal de las democracias, se encuentra en una lucha de supervivencia. No se trata de una crisis coyuntural. Nos encontramos ante un cambio de paradigma que ha trastocado el orden de los valores y el entendimiento de la realidad. Un cambio equiparable al que se generó tras la invención de la imprenta. Entonces la cultura salió de los monasterios, se liberalizó el pensamiento, se extendió la enseñanza y se potenció el comercio, ayudado por los descubrimientos de nuevos territorios. Pero también surgieron las guerras de religión que asolaron Europa durante siglos. En definitiva, cambió la naturaleza del poder y su distribución.

Cada gran invención, cada aportación científica o tecnológica que ha conocido la humanidad, se ha inscrito bajo el común denominador

de la democratización del poder. *Empowering the people*, dar el poder al pueblo, es el resultado de la expansión del ferrocarril, gracias a la máquina de vapor; de la multiplicación de las comunicaciones, debida al telégrafo y a los estudios sobre electromagnetismo; de la generalización del uso de la energía, o de la eclosión de los medios de comunicación de masas. De cada uno de esos eventos se derivaron transformaciones profundas del comportamiento ciudadano. Y en cada una de esas ocasiones la autoridad competente, amenazados sus privilegios y sus aptitudes para coaccionar y manipular, se ha resistido inútilmente al cambio.

La sociedad digital es más participativa e igualitaria que la que todavía denominamos analógica. Es también más caótica y, en lo que se refiere a la formación de la opinión pública, amenaza con convertirse en una especie de basurero informativo en el que el reino de los nuevos neologismos, la posverdad y las *fake news* amenazan con destruir los viejos imperios mediáticos que han nucleado la actividad política de las democracias. La construcción de las redes sociales, iconos actuales del empoderamiento popular, equivale en cierta forma a la de la Convención en la Revolución Francesa. Cabe preguntarse si será también premonitoria del terror a fin de restaurar el orden. Como en todo proceso revolucionario, sus promotores tienden a dividirse en dos bandos. Los moderados pensaban que Internet era una gran conversación, un diálogo global que podría fluir con elegancia y respeto, pero lo que ahora vivimos es una asamblea multitudinaria fuera de la cual no existe casi nada que merezca reconocimiento.

Las nuevas tecnologías constituyen una gran oportunidad para el desarrollo humano. Su uso debe ser potenciado al máximo mediante la construcción de infraestructuras y la enseñanza adecuada de las habilidades precisas para servirse de ellas. Pero hay que desconfiar de quienes piensan que nos hallamos sin más ante un fenómeno de liberación de nuestra especie, capaz ahora de expresarse libremente

como nunca lo hizo. La sociedad de la información está produciendo y producirá grandes beneficios, pero también conlleva amenazas no pequeñas, lo que nos obliga a plantearnos la capacidad de nuestras instituciones (también las instituciones jurídicas) para controlar y dirigir el cambio que se está produciendo. Esa habilidad para orientar nuestro destino es lo que distingue a la civilización de la barbarie.

El desarrollo de Internet es, desde muchos puntos de vista, un desafío a las formas de vida, los valores y las convenciones que han sustentado por décadas el consenso democrático. La intimidad y la propiedad intelectual son algunas piezas que ya se ha cobrado. En defensa de los gurús que han dado a luz esos nuevos imperios, hay que decir que es difícil encontrar dolo alguno en sus propósitos. Gran parte de los avances en la sociedad de la información —a comenzar por el uso generalizado del correo electrónico— es fruto de la serendipia y se ha producido de forma un tanto casual, a veces como un juego de adolescentes, en los sótanos y garajes de las familias de clase media americana o en los dormitorios universitarios. No es cierto que el universo por ellos creado no se someta a reglas, pero la norma que rige la convivencia en su seno no es ya la ley, sino el *software*. Y esto es relevante a la hora de comprender los desafíos que contemplamos.

El cibernético es un espacio muy agitado, lleno de debates, chismes, desinformación o información engañosa, un barullo y una mezcla en la que es difícil distinguir lo verdadero de lo falso y lo público de lo privado. Todo esto sucede a una gran velocidad y en un campo virtual sin límites. Sería absurdo no reconocer que en ese universo los ciudadanos han adquirido poder y tienen muchas oportunidades antes desconocidas. Las tecnologías digitales son de integración, permiten hacer cosas nuevas, en absoluto imaginadas o imaginables previamente. Aportan un cambio cualitativo a la manera de transmitir información y opiniones, pero eso no implica que sus contenidos sean mejores, y la mayoría de las veces no lo son. En las redes sociales predomina el rumor, el chisme, y la charla tabernaria,

lo que los anglosajones llaman *bullshit*, mierda de toro, pero conviven paradójicamente con las referencias a la sabiduría y el conocimiento universal, depositados ya hace años en la Red. Internet se desenvuelve además en una época en la que predominan las reyertas ideológicas y religiosas y triunfa la polarización política, impulsada por los algoritmos que compañías, como Facebook, diseñan para que se genere el conflicto en las redes, lo que garantiza por sí mismo un mayor número de usuarios y de clics. Este es el caldo de cultivo de la posverdad que, lejos de ser una mentira clásica, se ha convertido en una verdad emocional. Las noticias difundidas en las redes sociales, en numerosos confidentiales, en el marasmo bloguero que nos invade, no tienen por lo general la función de informar, sino de crear comunidad entre los afines. La objetividad o el contenido de la verdad pasan a segundo plano.

Lo que hace el propietario de un terminal móvil es navegar por un ecosistema complejo y gigantesco (información, cultura, entretenimiento) que le permite no solo acceder al conocimiento universal, sino participar de su elaboración. Nadie le ha de pedir ninguna credencial, preparación o experticia de ningún género. La tarea del periodismo profesional no puede ser otra que la de servirle de guía y acompañante durante ese paseo, en una palabra, la de ejercer el liderazgo de una colectividad, agrupada quizá, pero no de manera exclusiva, en una de las muchas redes sociales que el periódico tiene la responsabilidad de contribuir a crear.

Lo sucedido con el caso Wikileaks (otro wiki famoso) llevó a algunos a insistir en características propias del periodismo tradicional: la explicación de las noticias y la organización de los debates, su confirmación y contextualización; la capacidad de los diarios de referencia, también, para estampillar con el marchamo de su título una garantía de calidad. Wikileaks, se dice, acudió a los periódicos porque necesitaba de ellos. Pero los abogados de Julian Assange han declarado repetidas veces que el antiguo hacker es, también él

mismo, un tipo especial de periodista. Tan especial como que no se dedicaba ni a buscar información ni a analizarla. Solo facilitaba que los demás lo hicieran.

Hasta hace relativamente poco los periódicos adoraban las primicias e inventaban mil maneras de acceder a las filtraciones. Ahora son las filtraciones las que buscan caminos y derroteros distintos. Como presidente del Instituto Internacional de Prensa asistí a numerosos debates sobre la moralidad y licitud de utilizar, por parte de los periodistas, métodos ilegales o documentos robados, partiendo de la muy liberal convicción de que el fin no justifica los medios. Se protegía también la vida privada, incluso la de los personajes públicos, de tal forma que nadie desveló los amores del presidente americano con Marilyn Monroe ni la existencia de una hija natural de François Mitterrand hasta que los protagonistas de las noticias murieron. Pero hoy nadie llega antes que nadie en el mundo de la instantaneidad. Nuestros lectores ya conocen las noticias cuando abren el periódico, la radio o la televisión, y no solo eso: han discutido sobre ellas, han participado en debates en la Red o a través de mensajes de Twitter o de WhatsApp de todo género; la privacidad o la intimidad son bienes que cotizan a la baja. Máquinas y algoritmos que funcionan veinticuatro horas sobre veinticuatro, gobiernan el lábil universo de la información y el de lo que era la principal fuente de financiación de los medios: la publicidad, que ya les ha abandonado. Los ciudadanos aman la libertad de elegir, pero les cansa hacerlo a cada minuto. Sin ellos saberlo, son las máquinas las que les están sustituyendo en sus voliciones, aunque sigamos creyendo en el mito de la absoluta libertad e independencia que la Red propala. Asistimos hoy a una lucha entre los valores que emanaron de la Ilustración, sobre los que se construyó el viejo orden, y los que se derivan de la identidad, reclamados por la personalización que la sociedad digital promueve.

En medio de este ambiente debemos contemplar las relaciones no siempre felices entre el Poder Judicial y los medios de información

en las democracias. Ya es sabido que no hay democracia sin libre expresión y que la independencia de los poderes del Estado, singularmente el de los tribunales, es requisito esencial de un sistema de libertades. La democracia representativa corre serios peligros, amenazada por los procesos identitarios y la polarización populista. Se benefician del ruido generado en Internet, promovido por los Poderes Ejecutivos o los partidos en su lucha de poder, mientras las leyes electorales benefician los intereses de las cúpulas partidarias en detrimento de los derechos de los propios electores. De hecho, en muchos países, incluido el mío, la independencia parlamentaria es ya casi un ensueño y lejos de controlar el Parlamento el Poder Ejecutivo es el Ejecutivo el que controla gran parte de las decisiones que se toman en la sede de la soberanía nacional. En esas circunstancias crece todavía más la necesidad de defender la independencia del Poder Judicial, agredido sin disimulo por muchos Gobiernos. En países formalmente democráticos, como Polonia o Hungría, miembros de la Unión Europea y de la Alianza Atlántica, los tribunales se ven sometidos a injerencias inadmisibles por parte de los Gobiernos que promueven declaraciones y debates en detrimento del prestigio de los jueces. En España hemos visto a ministros, y ministras, del Gobierno actual acusar de fascistas, públicamente y en sede parlamentaria, a los jueces que publicaban autos y ejecutaban sentencias contrarias a los deseos del Poder Político, e increparlos por ser machistas pese a que una gran mayoría de jueces de instrucción son hoy día mujeres.

Algunas distorsiones entre los medios de comunicación y los tribunales proceden de los conflictos legales relacionados con los delitos de opinión. Otros de la abundancia ocasional de jueces o fiscales que actúan como comentaristas frecuentes y, en ocasiones a sueldo, de los programas de debate televisado, lo que en España condujo a la identificación de los llamados jueces estrella. Algunos de estos han utilizado su servicio a la magistratura como trampolín evidente para su protagonismo político. Hemos visto por lo mismo a excelentes

magistrados fracasar como ministros y perder la compostura que habitualmente tenían en la corte de justicia a la hora de responder a las preguntas o comentarios de los reporteros. Respecto a los delitos de opinión siempre he pensado que el mejor modelo a seguir han sido las leyes de libelo de la tradición jurídica anglosajona. En España la protección de los derechos individuales hace referencia al honor y la intimidad de las personas, términos absurdamente ambiguos y alambicados, pues como decía Calderón de la Barca, el honor es patrimonio del alma y el alma solo es de Dios. Pero hay que advertir además que cuando se habla de la necesaria digitalización de la justicia, que en mi país tiene décadas de retraso, conviene plantearse seriamente el uso por parte de muchos Gobiernos de la inteligencia artificial para la prevención de los delitos mediante la creación de perfiles digitales utilizados para denegar visados o puestos de trabajo o admisiones de acceso al funcionariado o al sistema de enseñanza de acuerdo con las presunciones llevadas a cabo por algoritmos. Pero también la presunción de inocencia es vulnerada demasiadas veces de forma impune por los medios de comunicación al aplicar a los sospechosos, que en no pocas ocasiones resultan absueltos, lo que en España se llama la pena de telediario. De todas maneras, el mundo jurídico debería prevenir los excesos de la wikijusticia tanto como el del periodismo las corrupciones del wikiperiodismo. No vaya a suceder que sean los algoritmos los que acaben dictando sentencias incluso antes de que se cometan los previsibles delitos. No solo la libertad de información, la independencia judicial está bajo asedio en muchas democracias, y ambas constituyen hoy quizás la última defensa de los valores y principios que rigen las democracias liberales. Es preciso recuperar las condiciones que favorezcan su desarrollo y apoyar a quienes pueden liderar el progreso moral y ético definido por las leyes. No podemos admitir sin más que las normas sean sustituidas o dictada por el *software*. De otro modo, estaremos abocados a vivir en un mundo sin maestros. Y un mundo sin maestros es un mundo de impostores. ■

Obra disponible en la

BIBLIOTECA VIRTUAL

de la Escuela Nacional de la Judicatura



<https://biblioteca.enj.org/>

LA PRUEBA EN EL PROCESO ADMINISTRATIVO

Evidence in the administrative process

 **Francisco Ortega Polanco**

 Poder Judicial

 República Dominicana

 Universidad de Salamanca

 España

 fortega@poderjudicial.gob.do

Artículo de investigación

Recibido: 10 de mayo de 2023

Aprobado: 11 de mayo de 2023



Obra bajo licencia

Creative Commons

Atribución-NoComercial-

SinDerivadas 4.0 Internacional

Vol. 1, núm. 23, junio 2023

ISSN (impreso): 2305-2589

ISSN (en línea): 2676-0827

saberyjusticia@enj.org

RESUMEN

La cuestión de la prueba es medular en todo procedimiento, obviamente en el administrativo, en el que, pese a que está menos explorada, constituye una llave de bóveda para la concreción de los principios generales y procesales. El juez y la propia administración constituyen garantes de la buena administración y de los derechos y garantías de los ciudadanos y la propia administración, pero su misión carece de eficacia sin el tratamiento justo y adecuado de la prueba. La regla del artículo 1315 del Código Civil, que contiene los deberes recíprocos de probar, ora como obligación de probar de quien reclama el cumplimiento de una obligación y la de quien pretende estar libre de esta, se manifiesta, en su esencia, en el procedimiento administrativo. Sin embargo, en esta materia la prueba, que en la teoría general se erige sobre los criterios de plenitud, certeza y licitud, debe cumplir también con los ítems de necesidad (solo es necesaria si la administración no tiene por ciertos los hechos alegados por los interesados o la naturaleza del procedimiento) y la relevancia (el juzgador puede rechazar las pruebas manifiestamente improcedentes, por cuanto acredita, por ejemplo, una cuestión notoria).

PALABRAS CLAVE

Carga dinámica; debido proceso; eficacia; prueba.

ABSTRACT

The question of evidence is a core issue in any procedure, obviously the administrative one, in that, despite the fact that it is less explored, it constitutes a key to the vault for the concretion of general and procedural principles. The judge and the administration itself are guarantors of good administration, of the rights and guarantees of citizens and the Administration itself, but their mission is ineffective without fair and adequate treatment of the evidence. The rule of article 1315 of the Civil Code, which contains the reciprocal duties to prove, or as an obligation to prove the one who claims compliance with an obligation and that of the one who claims to be free of it, is manifested, in its essence, in the administrative procedure. However, in this matter the evidence, which in general theory is based on the criteria of completeness, certainty and legality, must also comply with the items of necessity (it is only necessary if the Administration does not consider the facts alleged by the interested parties or the nature of the procedure) and relevance (the judge may reject evidence that is manifestly inadmissible, since it proves, for example, a notorious issue).

KEYWORDS

Effectiveness; due process; dynamic load; proof.

INTRODUCCIÓN

El aserto de que “derecho es prueba” puede parecer demasiado restringido y reduccionista, de cara a las numerosas instituciones que convergen en reservorio de lo que a las ciencias jurídicas interesa, pero vale en cuanto significa que, como ha dicho don Eduardo García de Enterría, “el problema de la prueba es una cuestión central en todo procedimiento, cualquiera que sea su clase” (García y Fernández, 2006). De manera que la ciencia no asume una verdad indemostrable y, en la posibilidad de que el derecho sea ciencia, es decir, un conocimiento racional, sistemático, verificable y falible, según plantea Bunge (2018, p. 8-34), requiere un enfoque racional y objetivo del tema de la prueba.

La teoría general de la prueba en el derecho es un lugar común en la doctrina. Menos explorada, sin embargo, resulta la cuestión en el ámbito particular del derecho administrativo, en los procedimientos en sede retenida y en sede judicial, por lo cual reviste singular importancia reflexionar en torno al tema.

Desde el principio dispositivo, en que el proceso (con todo su contenido) pertenece a las partes e, incluso, la resolución del juez, que no puede versar, en principio, de asuntos ajenos a los que le han pedido, hasta la regla de oficialidad del procedimiento administrativo, estribo del papel activo de los órganos administrativos y del juez, en los procesos judiciales, una gama de matices materiales e instrumentales se antepone al análisis de la prueba en esta materia.

La irrupción, merced a la jurisprudencia y la doctrina, de criterios novedosos, como la inversión del fardo probatorio, con respecto al criterio general de que al demandante incumbe probar y, más aún, a la mancuerna que sugiere el artículo 1315 del Código Civil, con respecto al deber recíproco de probar, sea para exigir el cumplimiento

de una obligación o para demostrar el descargo de esta; y, más aún, el desplazamiento racional de la carga probatorio, en un justificado dinamismo, agregan interés al estudio de la prueba en este cauce procesal.

En procura de aportar algunas reflexiones al conocimiento del tema, se han revisado los prolegómenos del instituto probatorio, las tesis de mayor raigambre en la doctrina y las innovaciones de la jurisprudencia, aproximando el análisis a las particularidades en el ordenamiento jurídico nacional, impactado favorablemente por un énfasis inédito del derecho administrativo, a partir de la incursión de corrientes teóricas vanguardistas y su incorporación en la Constitución (versión de 2010) y en la Ley 107-13 del 6 de agosto de 2013 sobre derechos de las personas frente a la administración y el procedimiento administrativo, así como en la jurisprudencia constitucional y casacional y, por demás, en la incipiente doctrina nacional.

TEORÍA GENERAL DE LA PRUEBA

Más que el árbitro, juez o el proceso y sus garantías, la prueba es una llave de bóveda de los procesos jurisdiccionales, a los que, el juzgador, dada su imparcialidad, asiste ajeno y en la extrema necesidad de establecer una verdad.

No todo juzgador tiene la suerte del “buen” juez de Rabelais, que podía prescindir de las pruebas, ser considerado bueno, a pesar de que decidía los pleitos con los datos, en aras de ser imparcial, cual señala Calamandrei en referencia a una observación de Francesco Guicciardini acerca de la dificultad de que “nuestra pobre lógica de criaturas imperfectas consiga jamás encontrarse con la justicia” (Calamandrei, 1969, p. 8).

De antaño, la prueba está en el centro del proceso. De ahí la relevancia de su análisis en el marco del proceso administrativo, es decir, la sucesión de actuaciones ordenadas por el derecho administrativo para la producción de los actos de la administración (Muñoz Machado, 2005). En sus diversas expresiones, tales como el dictado y ejecución de los actos administrativos y en el procedimiento administrativo sancionador. El proceso administrativo, que es la dimensión material del procedimiento, depende en iguales términos de la prueba.

La prueba eleva su importancia en el procedimiento sancionador, relación de los actos, trámites y decisiones que concretiza la potestad sancionadora de la administración, cuyos propósitos son preservar los derechos de los particulares vinculados al proceso y el interés general amenazado o dañado por una ilegalidad (Ortega Polanco, 2015).

Prueba es manifestación de verdad, sin que convenga sucumbir a la tentación de llenar de contenido esa noción tan abstracta¹.

La prueba es un medio para justificar o demostrar lo alegado, por una parte, sea la verdad o la mentira, la existencia o inexistencia de algo o de alguien. Jurídicamente, se trata del medio empleado por una parte para demostrar la validez de su argumento, la existencia o no de un hecho o un acto jurídico. Para Eugenio Florián (1968), la prueba es todo medio que produce un conocimiento cierto o probable acerca de cualquier cosa. En un sentido más amplio, el conocimiento mismo. Prueba y conocimiento son nociones interdependientes; una es la vía para llegar al otro y este el resultado de aquella.

Probar significa aportar el conocimiento de un acto o un hecho, de forma tal que pueda convencer al propio actor y a los demás de la existencia de una verdad.

¹ Pilato le preguntó: "Entonces, ¿tú eres rey?". Jesús respondió: "Tú lo has dicho: yo soy Rey. Yo doy testimonio de la verdad, y para esto he nacido y he venido al mundo. Todo el que está del lado de la verdad escucha mi voz". Pilato dijo: "¿Y qué es la verdad?" (Evangelios. Juan: 18:37-38).

El marco normativo conceptual, legal y filosófico de la administración y valoración de la prueba, en los diferentes ámbitos del derecho administrativo, es un tema neurálgico para la comprensión de los fundamentos de esta materia.

Palabra polivalente, prueba es dato u objeto específico resultante de un medio de prueba, útil para demostrar la verdad (elemento de prueba). Si esta prueba es de tipo material, se denomina pieza de convicción. Por ejemplo: una factura, un contrato, una fotografía, una declaración. El medio probatorio, a su vez, es un instrumento, técnica u operación a través del cual se obtienen o incorporan en los procesos, los elementos de prueba, vía por la cual se forja en el juzgador una convicción o la posibilidad de descubrir una verdad. Por ejemplo: un peritaje, un testimonio, un registro u otra vía legalmente admitida, por cuanto, rige en el proceso administrativo, la regla de la libertad de prueba (artículo 43, Ley 107-13 del 6 de agosto de 2013).

Para Pabón Gómez (1995, p. 141) un medio de prueba es una razón jurídica o de hecho que una parte invoca en apoyo a una pretensión, un instrumento a través del cual se incorpora en el proceso la realidad objetiva; es la vía por la cual el juez llega a forjarse una convicción. Un elemento de prueba es un dato concreto, específico que resulta de un medio probatorio y cuyo propósito es demostrar una verdad. Objeto de prueba se refiere al propósito de la prueba, mientras que órgano de prueba es una fuente de la cual se puede obtener un elemento de prueba.

Probar significa aportar el conocimiento de cualquier hecho con el fin de convencer al propio actor y a otros de la existencia de la verdad de ese hecho, de modo que existe una relación indisoluble entre los conceptos de prueba, verdad, conocimiento y libertad. La importancia de la prueba dimana de su propósito; en esta descansa la posibilidad de descubrir la verdad, piedra angular de la justicia.

Para Florián (1968, pp. 135-145) la prueba se clasifica en directa o indirecta, según la vía por la cual el juez conoce su objeto, considerando la naturaleza íntima del medio de prueba y su rendimiento en el proceso. Directa es la que permite al juzgador conocer por sí mismo lo que se pretende probar, sin la ayuda de otras personas, mediante su propia percepción o apreciación. Por ejemplo: inspección de lugares o cosas. Indirecta es la prueba que llega al juzgador a través de personas distintas, que percibieron o conocieron lo que se pretende probar (objeto de la prueba) antes del proceso y, por tanto, emanan de estas. Por ejemplo: testimonio, pericia.

Nicolás Framarino Dei Malatesta (1964, pp. 125-133), refiriéndose a la prueba en materia penal, pero con apreciable utilidad también en cuanto al procedimiento administrativo, al clasificar la prueba resalta el propósito (lo que se pretende probar) y ante quién se debe probar para establecer la naturaleza y el valor de un elemento o un medio de prueba. Desde la perspectiva del objeto, la prueba puede ser directa o indirecta. Con relación al sujeto del que proviene, puede ser personal o real. Por la forma en que se presenta al juzgador, puede ser testimonial, documental o material (Ortega Polanco, 2011, p. 455).

En cuanto a las características de la prueba, según el derecho común, esta debe ser plena, cierta y lícita. Plena significa que produzca una total certeza con relación a lo que se quiere demostrar, cierta implica que la convicción a que conduzca esa prueba excluye otra probabilidad o la posibilidad de una duda razonable y lícita equivale a la condición de legalidad de la prueba. La legalidad probatoria está ínsita en la Constitución (artículo 69.8) e implica que el juzgador no puede acreditar ningún hecho o circunstancia a través de una pieza de convicción o elemento de prueba cuya obtención, naturaleza o presentación contravenga la juridicidad.

EL RÉGIMEN PROBATORIO ADMINISTRATIVO EN LA CONSTITUCIÓN

En lo concerniente a la prueba en el procedimiento administrativo, la Constitución expresa, específicamente, la nulidad de toda prueba obtenida en violación a ley (artículo 69, numeral 8). Implícitamente, el régimen de la prueba en los procesos administrativos reside en la Constitución.

El régimen de la prueba en el proceso administrativo está asentado en la Constitución, cuyo artículo 69 consigna la tutela judicial efectiva y debido proceso y, específicamente, la transversalidad de ese instituto, cuya relación de garantías, enunciativas, abarca toda clase de actuación administrativa.

Las normas del debido proceso se aplicarán, dice la Carta (artículo 69.10), de manera universal a la actividad judicial y a la administrativa.

El debido proceso (*due process of law*), concepto intrincado con el de tutela judicial, refiere un conjunto de fórmulas constitucionales para la garantía de los derechos fundamentales. En una acepción más propia del *common law*, sistema jurídico inglés y estadounidense, la noción indicada es una categoría general referente a la garantía de la Constitución en el proceso judicial.

La tutela judicial efectiva es un principio jurídico general, cuyo significado es la posibilidad igualitaria de ejercer los derechos o resolver los conflictos a través de las vías y órganos jurisdiccionales. Implica la opción del ciudadano de llegar hasta el juez, tribunal o árbitro, al margen de la condición económica, social o política; la respuesta oportuna y justa del órgano judicial, y la ejecución cabal y sin obstáculos de su resolución.

En la Constitución, la tutela judicial enuncia, como garantías mínimas de la tutela, el derecho a una justicia accesible, oportuna y gratuita; el derecho a ser juzgado por una jurisdicción imparcial y establecida con anterioridad a la ley; la presunción de inocencia; el derecho a un juicio público, oral y contradictorio, en plena igualdad y con respeto al derecho de defensa, y derecho al *non bis in ídem* (no persecución ni juzgamiento doble por la misma causa).

Igualmente, el derecho a la no autoincriminación (declarar contra sí mismo); el derecho a la vía recursiva y, dentro de este, la prohibición de la *reformatio in pejus* (interdicción de la reforma de la decisión impugnada en perjuicio del recurrente) y la garantía del juicio conforme a leyes preexistentes al acto imputado, ante un juez o tribunal competente y con la observancia de la plenitud de las formalidades propias de cada juicio (Carta, artículo 69).

Esta relación es enunciativa por la salvedad de que, en el neoconstitucionalismo o visión general de la Constitución prevalente, las garantías y derechos fundamentales, denominadas también libertades públicas, se sustentan, allende el mero texto fundamental, en el denominado Bloque Constitucional.

Es un tinglado de normas y resoluciones referente obligatorio para la validez y legitimidad de toda actuación legal o administrativa (Corte de Casación, Sentencia del 11 de agosto de 2002, B. J. 1125), que incluye la Constitución, pactos, convenciones y tratados sobre derechos fundamentales suscritos y ratificados por el Estado nacional, así como la jurisprudencia de las jurisdicciones de los órganos internacionales de derechos humanos y la jurisprudencia constitucional nacional (Constitución, artículos 26.1 y 184).

La jurisprudencia constitucional plantea que las garantías mínimas que, de acuerdo con el artículo 69 de la Carta, conforman el debido proceso, sirven para definir el tipo de proceso con respecto del cual

debe exigirse su aplicación. De su análisis se colige que en sede administrativa la aplicación del debido proceso deberá ser exigida en los procedimientos administrativos sancionatorios y en aquellos que puedan tener como resultado de la pérdida de derechos de las personas (TC/0201/13, del 13 de noviembre de 2013).

En sentencia TC/0048/12, la Corte constitucional dijo que el debido proceso abarca las condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquellos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial, y que procura poner a estas personas en condiciones adecuadas de defender sus derechos ante cualquier tipo de acto estatal que pueda afectarlos.

Resalta el anclaje constitucional de la regla de la legalidad de la prueba y a tales recaudos, plantea:

[...] el derecho fundamental a la legalidad de la prueba constituye un derecho constitucional de configuración legal, en la medida en que es la ley la que precisa la forma y momento de la presentación de la prueba, así como los medios autorizados para hacer valer este derecho. Al tratarse de un derecho de configuración legal, el legislador ordinario tiene la potestad de establecer su alcance probatorio e incluso establecer que una determinada situación jurídica pueda ser establecida en justicia mediante algún modo probatorio específico, tal y como ocurre en el artículo 1678 del Código Civil, al establecer en cuanto a la lesión en el precio de una venta, que la misma “no podrá hacerse esta prueba, sino por informe de tres peritos” (Tribunal Constitucional, sentencia TC/0135/14 del 8 de julio de 2014, reiterado por Sentencia TC/0060/17 de 2017).

En ocasión de un alegato de que el tribunal de amparo aplicó de manera inadecuada el artículo 69.10 de la Constitución, por cuanto no

distinguió el debido proceso administrativo del debido proceso penal, la Corte dijo que se trataba de una especie de tipo administrativa en que la sanción adoptada se correspondía con la potestad sancionadora de la administración pública, y el tribunal a quo “[...] hizo una correcta aplicación del artículo 69 del texto supremo y apreció la importancia de la protección del debido proceso, la posibilidad de que se garantice a la persona poder contestar cada argumento esgrimido en su contra, su derecho a la defensa y el derecho a ser asistida de manera oportuna técnica y jurídicamente” (Tribunal Constitucional. Sentencia TC/0011/14 de 2014).

El debido proceso administrativo se compone, ha dicho el Tribunal Constitucional, de un conjunto de garantías que deben ser observadas en todo procedimiento administrativo o judicial, “espacios en los que opera como mecanismo de protección para la autonomía y la libertad del ciudadano y también como límite al ejercicio del poder público” (Sentencia TC/0304/15 del 25 de septiembre de 2015. Reiterado por Sentencia TC/0271/21 de 2021).

En sede administrativa, dijo también la citada alta corte, debe exigirse la aplicación del debido proceso (Carta, artículo 69) en los procedimientos administrativos sancionatorios y en aquellos que puedan tener como resultado la pérdida de los derechos de las personas (Tribunal Constitucional. Sentencia TC/0201/13 del 3 de noviembre de 2013).

En tanto que el principio de legalidad, aplicado al régimen administrativo sancionador, dijo la alta corte:

[...] exige que las sanciones administrativas se encuentren tipificadas en la ley, a fin de que los sujetos obligados frente a la administración conozcan, con antelación, las consecuencias jurídicas de sus actuaciones, por la inobservancia de las disposiciones legales que establecen deberes y obligaciones a

su cargo; en el caso concreto, el recurrente no tiene potestad para bloquear comprobantes fiscales como medida, en el marco de una investigación o proceso sancionador por la comisión de alguna falta tributaria, ni como medida restrictiva que obligue al contribuyente al cumplimiento de una obligación, pues, como apuntamos precedentemente, no existe norma en el ordenamiento jurídico que faculte la Dirección General de Impuestos Internos (D.G.I.I.) a tal actuación (Sentencia TC/0271/21 de 2021).

Del principio de legalidad que, como se ha dicho, atañe directamente a la teoría de la prueba en el proceso administrativo (Constitución, artículo 69, numerales 8 y 10), la jurisdicción constitucional especializada ha reiterado que:

[...] es uno de los principios pilares del estado constitucional de derecho, de la seguridad jurídica, del cual no están exentos los poderes públicos, y que su finalidad es que las personas tengan, de antemano, conocimiento de cómo deben conducirse, qué pueden o no hacer, cuál será la consecuencia de su acción u omisión, y a qué se van a enfrentar en caso de no actuar conforme a un determinado precepto legal, pues la ley, al acordar una pena, tiene como propósito evitar lesiones de derecho, por acogerse la amenaza de que (conlleva) el anunciado castigo [...]" (Tribunal Constitucional. Sentencia TC/0667/16 del 14 de diciembre de 2016, reiterada por Sentencia TC/0271/21 de 2021).

El Tribunal Superior Administrativo, estatuyendo sobre una alegada violación a las reglas del procedimiento administrativo, al aplicar una sanción, sin observar las garantías del derecho de defensa, que "[...] como bien lo establece el artículo 69, inciso 2, de la Constitución, es el derecho a ser oído, dentro de un plazo razonable y por una jurisdicción competente, independiente e imparcial, establecida con anterioridad

a la ley”, debe ser observada por todos los poderes públicos para garantizar la efectividad de los derechos fundamentales, por ser vinculante a todas las instituciones estatales (Tercera Sala. Sentencia 00603-2014 del 27 de noviembre de 2014).

EL RÉGIMEN DE LA PRUEBA EN LA LEGISLACIÓN ADMINISTRATIVA

Prueba es básicamente forma, vía, procedimiento y, por cuanto, está implícita desde el catálogo de principios de la Ley 107-13, del 6 de agosto de 2013 sobre los derechos de las personas frente a la administración y de procedimiento administrativo, que incluye el principio de debido proceso (artículo 22), conforme al cual las actuaciones administrativas deben cursar acorde con las normas de procesales y de competencia establecidas en la Constitución y en las leyes, con plena garantía de los derechos de representación, defensa y contradicción.

El debate (procedimiento administrativo, sea o no sancionador) está dividido en sedes, una administrativa (evolución de la justicia retenida) y otra judicial. No jurisdiccional, porque ambas lo son, en cuanto dicen el derecho, cada una en su contexto. La Corte de Casación (Tercera Sala, Sentencia 033-2020-SS-EN del 8 de junio de 2020) define la sede administrativa como el cauce dentro de la propia administración por donde cursan los procesos administrativos (sancionatorios, solicitudes, vías recursivas administrativas). En tanto la sede judicial está constituida por la jurisdicción contencioso-administrativa en sus distintos niveles y procura la resolución judicial de las acciones y recursos que les son propios. En ambas sedes rigen los términos de la tutela judicial.

La prueba en el procedimiento administrativo sancionador está signada, específicamente, en el artículo 43, que dispone que la

carga de la prueba corresponde a la administración, criterio cónsono con la tutela judicial efectiva, uno de cuyos ejes es el derecho del perseguido o procesado a que se presuma su inocencia y a ser tratado como tal mientras no se haya declarado su culpabilidad por sentencia irrevocable (Carta, artículo 69, numerales 3 y 10). Indica, además, que los hechos probados por resoluciones judiciales penales firmes (con la autoridad de lo irrevocablemente juzgado) vincularán a la administración pública con respecto a los procedimientos sancionadores que tramiten.

El texto se decanta por la preminencia punitiva del derecho penal sobre el procedimiento administrativo sancionador, dos vías del *ius puniendi* (potestad estatal para imponer penas o sanciones), cuya diferencia esencial es la exclusividad de las jurisdicciones penales para imponer penas privativas de libertad, mientras las sanciones administrativas, de un alcance más leve, recaen, básicamente, en la esfera patrimonial.

El criterio de que lo penal prevalece sobre lo administrativo (lo pone en estado) no es pacífico. Hay corrientes, escuelas y opiniones como libre es el pensamiento científico o arbitrario de los asuntos jurídicos, pero del texto del artículo 43 se infiere que, en caso de violaciones que incidan tanto en la jurisdicción penal represiva como en la sancionatoria administrativa, una decisión firme en la primera, lo penal vincula a lo administrativo, suspende un proceso o ejecución sancionatorio administrativo y aplica en lo concerniente al *non bis in ídem* (no dos procesos por la misma causa), por cuanto esta última parte está incluida en la tutela administrativa (judicial o en sede de jurisdicción retenida), conforme lo dispone la Constitución, artículo 69, numeral 5).

La Ley 1494 del 2 de julio de 1947 dispone que las sentencias de los tribunales del orden judicial tendrán autoridad de cosa juzgada entre las partes ante el Tribunal Superior Administrativo (artículo 36).

En el párrafo I del artículo 43, la Ley 107-13 dispone que los hechos constatados por funcionarios constituidos en autoridad, formalizados en documentos públicos que observan los requisitos legales establecidos, deberán estar motivados y argumentados concretamente, adquiriendo el valor que tengan a juicio de la autoridad competente para sancionar, que en todo caso podrán ser desvirtuados por prueba en contrario alegada por el presunto responsable.

De esta regla se colige (además de lo dispuesto en artículo 10), la condición de presunción *iuris tantum* (hasta prueba en contrario) a los hechos constatados por funcionarios que tengan reconocida la condición de autoridad, siempre y cuando observen todas las formalidades en su constatación en documentos públicos. ¿Desconoce esta regla la presunción de legalidad de los actos de la administración pública? No, porque la capacidad reconocida a la administración para producir e incluso modificar situaciones jurídicas por sí misma, sin colaboración judicial, en principio, que se circunscribe a la regla de la autotutela, al amparo de la cual sus actos se presumen legales, está revestida de una presunción, hasta la prueba contraria.

La presunción de legalidad de la actuación de la administración pública está plasmada en el artículo 10 de la Ley 107-13, la cual dispone que “todo acto administrativo se considera válido en tanto su invalidez no sea declarada por autoridad administrativa o jurisdiccional de conformidad con esta ley”, y, en cierto modo, en el artículo 3.14, sobre el principio de buena fe, según el cual la administración y los particulares presumirán, mutuamente, el comportamiento legal en el ejercicio de deberes y competencia.

Rivero y Ortega plantean que:

[...] los actos administrativos se presumen válidos, pudiendo producir efectos desde su dictado, salvo cláusulas accesorias

o condiciones adicionales asociadas a su comunicación a los destinatarios, por un elemental principio de debido proceso y por la consideración a demostrar para con todas las personas que se relacionan con la Administración pública. De ahí que los requisitos más frecuentes para la eficacia sean la notificación o, alternativamente, la publicación (Rivero y Ortega, 2016a, p. 105).

Consideran, además, que la presunción de la validez de los actos administrativos “[...] es una de las características inherentes a su naturaleza y resultado de su dictado por un poder público, cuyo cometido es la satisfacción de los intereses generales. Tanto la seguridad jurídica como la necesidad de proteger el bien común aconsejan dar un tratamiento privilegiado, mediante esta ficción jurídica, a las decisiones de la Administración” (Rivero y Ortega, 2016b, p. 94).

Es una presunción, la citada, *iuris tantum* (hasta prueba contraria), no *iuris et de iure* (hasta inscripción en falsedad), lo que significa que puede ser contestada y afectada una declaración de validez realizada en sede administrativa o judicial.

La jurisprudencia constitucional ha dicho sobre la fuerza jurídica y legitimidad del acto administrativo lo siguiente:

[...] el juez de amparo rompió la presunción de legalidad y validez que tienen los actos administrativos, en virtud de los cuales se autorizó al establecimiento de la envasadora de gas, sin evidenciar alguna irregularidad o ilegalidad en su emisión o en su contenido y sin declarar su nulidad, porque sobreviniera alguna causa que la justificara. Como ha indicado previamente este tribunal, los actos administrativos, como lo son los actos de no objeción y autorización para operar, poseen una singular fuerza jurídica y, por tanto, siempre han de estar investidos de la legitimidad que se les reconoce a los emanados de toda

autoridad pública, en razón a que se da por sentado que esta, por lo general, actúa en el marco de las potestades que la ley le atribuye, cuidando no incursionar en áreas que escapen a su órbita competencial (Tribunal Constitucional. Sentencia TC/0223/14 del 23 de septiembre de 2014).

El justiciable en el procedimiento sancionador tiene derecho a desvirtuar la prueba, lo cual se inscribe en la regla de la libertad probatoria, consignada en el artículo 4 de la Ley 107-13, numerales 1, 5, 7, 15, 19. Implica la posibilidad, en este caso, de anteponer pruebas a descargo, dentro de la legalidad, en razón de que la propia Constitución proscribe la prueba de origen ilícito (Carta, artículo 69, numeral 8), de manera que el único obstáculo para la contradicción probatoria es la prohibición legal expresa.

Con respecto a la prueba en el procedimiento administrativo, es útil el aserto de Dei Malatesta (1964, p. 108) de que ninguna limitación debe entorpecer el convencimiento del juzgador, en tanto la eficacia de la prueba debe determinarse por sus fuerzas naturales o individuales y no debe existir una prueba de cuyo contenido no pueda extraerse, de manera válida, otra prueba. No obstante, admite la legítima intervención de la ley para descartar medios y elementos probatorios, pero en aras de garantizar la correcta formación del convencimiento del juzgador.

La posibilidad de contradecir la prueba materializa el derecho de defensa (Carta, artículo 69. 4, Ley 107-13, artículo 4).

En el párrafo II el artículo 43 de la Ley 107-13 indica que se practicarán de oficio o se admitirán a propuesta del presunto responsable cuantas pruebas sean necesarias para la determinación de los hechos y posibles responsabilidades, lo cual ratifica, pese a la mala redacción del texto, la facultad de proponer y contradecir del ilícito administrativo en el marco de la libertad de la prueba.

Este párrafo, empero, incluye el relevante criterio de la oficiosidad del juzgador (sea en el ámbito de sede retenida o en la jurisdicción formal) para la presentación, administración y valoración de la prueba. Esta oficiosidad conecta con el papel activo de la administración en los procedimientos administrativos no sancionatorios (Ley 107-13, artículos 26 y 27).

La prueba en el procedimiento administrativo (artículo 27) responde también a la regla de la legalidad (cualquier medio admitido en derecho y practicado de conformidad con los principios característicos de la legislación procesal). Puede consistir en informes, análisis, evaluaciones y, en general, estudios que resulten pertinentes u obligatorios, sean o no vinculantes. La ley consagra también el papel activo de todos los interesados en dicho procedimiento (artículo 27, literal c).

La cuestión probatoria sancionatoria está implícita en la Constitución y en los principios de la Ley 107-13, tales como de juridicidad (artículo 1), de racionalidad (artículo 4), de igualdad de trato (artículo 5), de eficacia (artículo 6), proporcionalidad (artículo 9), imparcialidad e independencia (artículo 11), pero el que más incide en el tema probatorio es el principio de facilitación (artículo 18), según el cual las personas deben encontrar siempre en la administración las mayores facilidades para la tramitación de los asuntos que les afecten, especialmente lo referente a identificar al funcionario responsable, obtener copia sellada de las solicitudes, conocer el estado de la tramitación; enviar, si fuere el caso, el procedimiento al órgano competente, y a ser oído y formular alegaciones e interponer los recursos que procedan.

La facilitación se traduce en mandatos concretos tendentes a que el procedimiento administrativo, en este, obviamente, la cuestión probatoria curse sin inconvenientes innecesarios en un marco de razonabilidad.

Entre los derechos subjetivos enunciados por la Ley 107-13 (artículo 4), ínsitos en el derecho fundamental a la buena administración (Tribunal Constitucional, Sentencia TC/0322/14 del 22 de diciembre de 2014), impactan con mayor cercanía la cuestión de la prueba, la tutela administrativa efectiva, el derecho a una resolución justa de las actuaciones administrativas, a no presentar documentos que ya obren en poder de la administración pública o que versen sobre hechos no controvertidos o irrelevantes, a formular alegaciones en cualquier momento del procedimiento, acceso a los expedientes administrativos de interés en el marco del respeto a la intimidad y a las declaraciones justificadas de reserva, derecho a recibir copia sellada de los documentos entregados a la administración.

Con relación a la prueba, la Ley 1494 del 2 de julio de 1947, que instituye la jurisdicción contencioso-administrativa, faculta al procurador general administrativo para solicitar y recabar, en el empeño de sus funciones, de todos los organismos administrativos los documentos, datos y certificados que considere necesarios para su estudio y dictámenes (artículo 16).

La prueba en el proceso administrativo, por lo menos en sede judicial, tendría una configuración novedosa de ser aprobado un proyecto de ley que cursa en el Congreso Nacional desde agosto de 2022 que consigna el papel activo del juez de lo contencioso-administrativo en el proceso, por lo cual puede solicitar, bajo amenaza de astreinte, de cualquier persona, física o jurídica, privada o pública, todos los datos e informaciones relacionados con los asuntos de que estén apoderados (artículo 36).

En texto se denomina impropriamente a la astreinte como una pena, pues se trata de la imposición conminatoria de una cantidad de dinero por cada día o fracción de tiempo en que el sujeto resiste cumplir su obligación.

El papel activo del juez se corresponde con los principios procesales de oficiosidad (artículo 5.1) según el cual la jurisdicción debe establecer, incluso de oficio, la verdad de los hechos relevantes para la solución del caso, resguardar la contradicción e, incluso, suplir, en la medida de lo razonable, las deficiencias formales en que incurran las partes. Igualmente, alude al principio de antiformalismo y favorabilidad de la acción, que manda al juez a velar porque el proceso curse sin rigores procesales innecesarios o formalidades que obstaculicen la efectividad de la tutela judicial. Se interpretan los asuntos en favor de la garantía del acceso pleno a la jurisdicción.

El principio de la celeridad (artículo 5.6) consiste en la razonabilidad del empleo del tiempo, que proscribe las dilaciones indebidas para que el proceso sea expedito en aras de garantizar la tutela judicial.

El juez puede, igualmente, ordenar durante el proceso, a instancia de parte o de oficio, cualquier medida de instrucción que considere útil para establecer los hechos y la búsqueda de la verdad.

Esta facultad, de actividad jurisdiccional, dista de la posición de pasividad procesal del juez en el proceso penal (CPP, artículo 22), y se asemeja al papel activo que este tenía en el sistema del Código de Procedimiento Criminal, cuyo artículo 231 decía: “El presidente tendrá la policía de la audiencia; y está investido de un poder discrecional, en virtud del cual podrá acordar, por sí solo, todo cuanto conceptúa útil para el descubrimiento de la verdad; y la ley encarga a su honor y a su conciencia, que despliegue todos sus esfuerzos para favorecer la manifestación de ella”.

En la audiencia el juez podría ordenar de oficio un medio de prueba adicional a los propuestos por las partes, cuando entienda que estos son insuficientes para formar su convicción.

En el curso de los debates o al finalizar podría solicitar a las partes informaciones adicionales o aclaraciones sobre los hechos, el derecho u otra situación relacionada con la discusión (artículo 50, párrafo II).

Con relación a la aplicación de la teoría general de la prueba, enclavada básicamente en el artículo 1315 del Código Civil en el procedimiento administrativo, tributario, por demás, la Corte de Casación de la República Dominicana ha dicho, en su composición de salas reunidas, por Sentencia 33-2020 del 12 de noviembre de 2020, que es cónsona con los principios y reglas que los informan, amén de su rol supletorio, ante la ausencia de una teoría específica, substancialmente distinta, en lo relativo a la cuestión.

El artículo 1315 plantea, resalta la Corte, la obligación recíproca de probar, es decir, de quien reclama el cumplimiento de una obligación y de quien pretende estar libre de esta, que debe probar el sustento de esta afirmación, y de esta disposición, se infiere, que: [...] si la administración tributaria reclama el cumplimiento de una obligación tributaria, es esta última quien debe probar todos los hechos y circunstancias que originan el hecho generador de la misma, de conformidad con la parte capital del citado artículo [...]. Que esta circunstancia no cambia por el hecho de que sea el contribuyente quien impugne, ante el Tribunal Superior Administrativo, actos de la administración tributaria (en los que) se constaten las obligaciones reclamadas, ya que esa situación no lo convierte en reclamante de una obligación, sino que continúan siendo una persona que, en definitiva, se está defendiendo de una imputación [...].

En opinión de la Corte de Casación, es inaceptable, de cara a la cláusula del Estado social y democrático de derecho (Constitución, artículo 7), que la administración pública impute a una persona física o moral una situación desfavorable a sus intereses, y que sea esta sobre quien

recaiga la prueba, dada la dificultad práctica que implica. Es decir, que tengan que aportar prueba de la no existencia de la obligación tributaria que se le reclama, aplicándosele así la segunda parte del texto del artículo 1315.

La República Dominicana, según el artículo 7 de la Carta Substantiva, es un Estado social y democrático de derecho, organizado en forma de república unitaria, fundado en el respeto de la dignidad humana, los derechos fundamentales, el trabajo, la soberanía popular y la separación e independencia de los poderes públicos y, según el criterio de la Corte de Casación, cargar la prueba tributaria a la parte imputada de falta, contraviene el enunciado esencial de esa cláusula.

Imponer al interesado o particular la carga de la prueba, diluye el control jurisdiccional de la administración, consignado en el artículo 139 de la Carta, o sea, la potestad de los tribunales para controlar la legalidad de la actuación de la administración y el derecho de la ciudadanía para requerir ese control a través de los procedimientos legalmente establecidos, conforme el criterio de la Corte de Casación.

“En efecto, si la administración debe ser creída en lo que dice, no debiendo demostrar la veracidad de sus actos y afirmaciones, dicha situación implicaría una imposibilidad para controlar sus actos a pesar del referido mandato previsto en el citado artículo 139 de la Constitución, careciendo de objeto y sentido la institución de control jurisdiccional de los actos de la administración pública”, dice en la Sentencia 33-2020 del 12 de noviembre de 2020.

Razona que la presunción de validez de los actos de la administración, (artículo 10, Ley 107-13) no supone una inversión de la prueba en materia tributaria, cuando la administración imputa una falta a un interesado, ni crea una inversión del fardo probatorio que contradiga la regla general.

No es claro que la actuación de la administración se repute válida hasta prueba en contrario y que a esta le corresponda la carga probatoria, por lo menos a partir del análisis del artículo 1315 del Código Civil. Si la administración no debe ser creída, en principio, y debe demostrar la veracidad de sus actos, no se configura, en un marco lógico conceptual, que su actuación esté revestida de una presunción de legalidad, cuyo sentido es inherente a la idea de protección del interés general, a cuyo recaudo sitúa a los perjudicados por sus decisiones ante la relativamente incómoda posición de argumentar jurídicamente contra la legalidad del actuar administrativo, como ha dicho cierta doctrina (Rivero y Ortega, 2016b, p. 95).

¿Se presumen o no se presumen válidos los actos administrativos? La Ley 107-13 expresa la respuesta afirmativa a esta interrogante. La Corte de Casación, en su Sentencia 3320 del 12 de noviembre de 2020, expresa que “esa presunción solo alcanza la existencia jurídica del acto en cuestión y no con respecto a la veracidad de su contenido, es decir, la prueba, los hechos y circunstancias que condicionan y configuran las obligaciones tributarias no son afectadas o reguladas por dicho texto [...]”. De la afirmación de la sentencia, se infiere que lo que se presume es que el acto es legal, pero no que tiene valor jurídico. ¿El acto puede ser legal y, al propio tiempo, carecer de validez jurídica? ¿Qué es la validez jurídica, al margen de la legalidad? ¿Se refiere esta validez, consignada en la teoría recogida por el artículo 10 de la Ley 107-13, a un concepto de juridicidad superior al concepto de legalidad?

Esa tesis, audaz, por demás, de la Corte de Casación requiere un constructo argumentativo de mayor calado, por tanto, tiene algún déficit epistemológico. La jurisprudencia constitucional no distingue, con relación a esta regla, entre validez y legalidad de los actos (Sentencia TC/0223/14 del 23 de septiembre de 2014); la doctrina tampoco, pero la legalidad y la validez son consubstanciales, por cuanto el acto es una manifestación reglada de una potestad pública.

La validez de los actos administrativos es cónsona con el principio de la legalidad administrativa, cuya idea central es el sometimiento a la ley de toda la administración y no tiene más potestades que las que la ley le atribuye de manera concreta y específica, pues aún las discrecionales o basadas en conceptos jurídicos indeterminados están fundadas en esa regla general.

La validez de un acto o de un negocio jurídico, apunta Esteve Pardo, consiste, fundamentalmente, en su adecuación al ordenamiento jurídico, en que no infrinja dicho entramado normativo. “Una condición que en pura lógica jurídica resulta básica y fundamental para que un acto pueda desplegar efectos es que éste sea válido, que se ajuste al ordenamiento jurídico, que no esté viciado. El Derecho, por principio, parece que no puede reconocer la producción de efectos a lo que está viciado y es contrario al ordenamiento jurídico”, plantea (Esteve Pardo, 2012, p. 197).

La Ley 107-13 en su artículo 9 dispone también la legalidad como requisito de validez de los actos, cuando supedita esta condición a que sean dictados por órganos competentes, “siguiendo el procedimiento establecido” y respetando los “fines previstos por el ordenamiento jurídico” para ese fin.

Del artículo 10 de la citada Ley se colige que la invalidez del acto debe ser declarada por la autoridad administrativa o judicial, pues lo que se presume es su validez y, si se interpreta correctamente la norma (artículos 1156 y 1164 del Código Civil), ha de concluirse que los únicos actos nulos de pleno derecho por carecer de suficiente motivación son los actos discrecionales (Ley 107-13, artículos 9, párrafo II, y 14).

Es doctrina administrativa el enunciado de que “a mayor discrecionalidad, mayor deber de motivación”, pues esta es la vía del control de la actividad administrativa. El acto discrecional resulta de una potestad de esa índole, cuyo ente u órgano productor solo está

obligado a respetar su finalidad, los principios generales y el deber de motivación. El acto administrativo reglado obedece a una norma predeterminada, a la cual está ligado de manera obligatoria, conforme a la regla de la legalidad (vinculación positiva, o sea, la administración solo puede actuar cuando la ley la habilita).

La motivación se requiere, como requisito de validez, para los actos discrecionales (Ley 107-03, artículos 9, párrafo II, y 14). Entre los actos supeditados a ese requisito, el párrafo II del artículo 9 incluye todos aquellos actos administrativos que se pronuncien sobre derechos, generen gastos públicos, pero indica esto sin perjuicio del principio de racionalidad previsto en el artículo 3.4 de la Ley 107-13, que contiene, especialmente, los deberes de motivación y argumentación como base de la actuación administrativa en el marco de la gobernanza democrática y la buena administración.

El deber de motivación, en síntesis, no debe ser un requisito general para la validez de los actos, sino solo para los actos discrecionales y otros legalmente justificados, por su propósito o naturaleza.

Es doctrina, en ese sentido, que:

[...] la motivación, como requisito de validez, no es equivalente a concluir la nulidad de todos los actos administrativos no motivados. En principio, la regla general es la mera anulabilidad, sólo exceptuada restrictivamente en el artículo 14 de la Ley 107-13 para el caso de los actos discrecionales que carezcan absolutamente de motivación, pues si la carencia es motivación suficiente, entonces estaríamos de nuevo ante un supuesto de anulabilidad (Rivero y Ortega, 2016b, p. 92).

Anulables son los actos que contienen defectos que no son los constitutivos de nulidad absoluta, falencias formales no previstas por la norma bajo pena de pleno derecho y, por vía de exclusión, todas las demás que afecten su regularidad (Esteve Pardo, 2012, p. 192).

El acto es anulable si contiene una infracción al orden jurídico que no sea de las sancionadas con nulidad, carezca de motivación suficiente y resulte de una potestad administrativa reglada o sea dictada en desviación de poder (con los requisitos de forma, pero con una potestad apartada del propósito para el cual fue otorgada).

Los defectos de forma, competencia o procedimiento o el incumplimiento de los plazos que no determinen caducidad o prescripción no producen *per se* la anulabilidad, sin perjuicio de la responsabilidad del servidor público que los produzca.

Estos defectos no acarrear la anulabilidad de una decisión administrativa materialmente correcta, salvo si implican carencia de requisitos formales indispensables para la eficacia del acto o den lugar a la indefensión de los interesados (artículo 14, p II).

La invalidez del acto puede ser parcial o total, no afecta aquellos elementos no viciados ni se transmite a los actos sucesivos independientes del nulo o anulable. El acto inválido que contenga elementos de otro acto válido producirá los efectos de este (artículo 14, p III).

El órgano puede convalidar un acto anulable a través de la subsanación de sus defectos de competencia o procedimiento, con efectos desde la fecha de la convalidación. En caso de que sea un acto favorable, los efectos pueden ser retroactivos (artículo 14, p III).

Acogida por la misma sentencia comentada, la teoría de la carga dinámica de la prueba y, tratándose, específicamente, de una contestación sobre incorrecciones e inexactitudes pretendidas por la administración tributaria con respecto a declaraciones juradas realizadas por los contribuyentes, cuya prueba resulta de mayor acceso y menos dificultad para la administración y, por tanto, puede ser desplazada a esta, aun cuando quien demande sea el contribuyente,

¿es propicio resolver el caso desde la interpretación sesgada de la regla de la presunción de validez de los actos administrativos? A menos que se derrote esa regla general asentada además en la jurisprudencia constitucional (Tribunal Constitucional. Sentencia TC/0223/14, por ejemplo), los actos de la administración se presumen válidos hasta prueba contraria.

Más interesante en términos jurídicos es el criterio de la Corte de Casación, vertido en la sentencia comentada, de que la administración está obligada, como parte de su deber de motivar sus resoluciones, a consignar en los actos las pruebas de todos los hechos y circunstancias que “justifican la actuación de que se trate, principalmente si la misma afecta derechos e intereses, tal y como en el caso de la imposición de un tributo negado por el contribuyente, lo cual es robustecido por el artículo 26 de la referida Ley núm. 107-13, la cual obliga a toda la administración pública a recabar todas las pruebas necesarias a los fines de obtener información de calidad y decidir de manera correcta y veraz”. Aplicado esta línea argumental a la carga probatoria, refiere a una prueba previa, consignada, de antemano, en el acto de la administración.

La tesis de la Corte de Casación abrevia, según expresa en la sentencia, en los artículos 69 de la Constitución y 1.14 y 9, párrafo II, de la Ley 107-13. El primer artículo, 69 de la Carta, consigna la tutela judicial efectiva y el debido proceso, en cuyo numeral 10 hace extensiva tales garantías a la materia administrativa. El artículo 1.14 de la Ley contiene el principio de buena fe y el artículo 9, párrafo II, dice que “[...] la motivación se considerará un requisito de validez de todos aquellos actos administrativos que se pronuncien sobre derechos, tengan un contenido discrecional o generen gasto público, sin perjuicio de la racionalidad prevista en el artículo 3 de esta ley”.

Requiere un especial examen la afirmación de la alta corte en el sentido de que la motivación de la actuación administrativa “[...]”

debe incluir, por un asunto de lógica elemental, la prueba de todos los hechos y circunstancias que justifican la actuación de que se trate, principalmente, si la misma afecta derechos e intereses, tal y como en el caso de la imposición de un tributo negado por el contribuyente". ¿Debe ser probado de antemano o simplemente contener una relación de la prueba existente? Surgen en este punto dos inquietudes: 1. La motivación es un elemento constitutivo del acto (García de Enterría-Fernández, 2006) y la Ley 107-13 dice, en su artículo 14, que son nulos de pleno derecho (desde el principio y con todos sus efectos) los actos administrativos carentes de motivación. 2. La Corte de casación ha dicho que la motivación de los citados actos administrativos debe incluir la prueba de los hechos y circunstancias que justifican la actuación. Entonces, ¿resultarán nulos estos actos si no incluyen la relación probatoria de la obligación del contribuyente?

La disquisición es en torno a la prueba, su oferta y presentación oportuna, pues no reviste controversia el aserto de la Corte de Casación con relación al deber de motivación de los actos, cuando indica:

[...] este deber de motivar no se cumple si el órgano decisor no exhibe, de manera pública, las razones y pruebas que, según su parecer, justifiquen la decisión de que se trate, todo precisamente para que: 1) exista un control democrático por parte de la ciudadanía en general de que los poderes públicos están sujetos al derecho (derechos de participación democrática); y 2) principalmente y para lo que se decide por medio de esta sentencia, para que los interesados puedan ejercer su derecho a la defensa (artículo 69.2 de la Constitución dominicana) en la fase de control jurisdiccional de los actos que consideren contrarios a derecho, ya que sin esta externalización de las razones y pruebas que supuestamente justifican el acto impugnado, no podrá el perjudicado defenderse correctamente con respecto del mismo (Corte de Casación. Sentencia 3320 del 12 de noviembre de 2020).

TEORÍA DE LA CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA EN EL PROCESO ADMINISTRATIVO

Esta figura oriunda de la jurisprudencia supone que la carga de la prueba corresponde, en situaciones de difícil acreditación para la parte demandante o persecutora, a la parte que esté en mejores condiciones para probar o tenga mejor acceso al elemento de convicción o conocimiento, de manera que en los procesos en que surjan dificultades probatorias se dinamice la actividad de probar.

Para la Corte de Casación colombiana se refiere a:

[...] la carga que tiene la defensa de demostrar determinados acontecimientos en situaciones particulares donde emerge una dificultad para la institución acusadora de probarlos, cuando la parte acusada cuenta con la facilidad de incorporar el elemento de conocimiento, siempre que resulten beneficiados sus intereses. Lo anterior a fin de restablecer el equilibrio para que la acreditación de la circunstancia fáctica controvertida sea aportada por la parte que tenga la mejor forma de acceder a ella (Montoya Vallejo, 2021, pp. 58-78).

Es seductora la tesis de la carga dinámica y, como suele ocurrir con las innovaciones audaces, cobra la atención de los operadores jurídicos, incluso los jueces, planteándose la pertinencia o no de su aplicación en los procedimientos de distinta índole.

La Corte de Casación de la República Dominicana, tercera sala, ha fijado el criterio de que el juez de lo contencioso tributario puede, de oficio o a petición de parte, desplazar la carga probatoria a la parte “[...] que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos” (Corte de Casación. Tercera Sala. Sentencia SCJ-TS-22-0086 del 25 de febrero de 2022).

En cuanto a la prueba tributaria, la citada sala dijo con anterioridad que:

[...] el fisco es quien se encuentra en mejor condición de probar las incongruencias que alega ante la jurisdicción contencioso-tributaria, en ocasión del examen de la validez y control de la legalidad del acto administrativo que se impugna, máxime cuando las inconsistencias halladas por la administración tributaria se fundamentan en las informaciones recabadas por la administración tributaria, a través del cruce de información con terceros. Debe entenderse que la administración debe aportar el correspondiente expediente administrativo o cualquier medio de prueba que permita constatar al órgano jurisdiccional que sus hallazgos se encuentran conforme con la verdad material (Corte de Casación. Tercera Sala. Sentencia 198 del 8 de julio de 2020, B. J. 1316, p. 4981).

La Corte, por la Sentencia SCJ-TS-22-0086 del 25 de febrero de 2022, intenta distinguir el instituto de la carga dinámica de la prueba de la regla de la carga probatoria del derecho común, contenida en el artículo 1315 del Código Civil, en un análisis específico sobre la prueba en materia tributaria:

[...] la carga dinámica de la prueba está constituida por la decisión del juez de imponer la carga de la prueba al litigante que esté en mejores condiciones para aportarla, conforme con diversos factores contextuales, mientras que la aplicación del artículo 1315 del Código Civil supone, para el derecho tributario, la aplicación supletoria del derecho común en materia de carga probatoria, la cual hace recaer la prueba de la existencia de una obligación (tributaria) en quien alega su existencia, invirtiendo dicho fardo probatorio cuando, una vez probada o admitida dicha obligación, se esgrime la existencia de un hecho liberatorio, como sería, por ejemplo, el pago [...].

Se distingue así que la carga dinámica es una situación que emana de la racionalidad intrínseca de lo que se discute, siendo por ello un concepto flexible o móvil, pues depende del caso concreto y de la situación jurídica particular de los litigantes, mientras que la aplicación supletoria del artículo 1315 del Código Civil es la atribución fija de la carga de la prueba de la existencia de una obligación tributaria en quien alega su existencia.

En la materia civil y comercial rige el principio dispositivo, según el cual el proceso pertenece a las partes y el juez no puede dar más de lo que le piden, sustrayéndose, en principio, a todo rol activo. La carga de la prueba se rige allí por la regla del artículo 1315, que quien reclama la ejecución de una obligación debe probarla (*actori incumbi probatio*) y, recíprocamente, quien pretende estar libre debe justificar el pago o el hecho que ha producido la extinción de la obligación. En ese contexto, el dinamismo de la carga probatoria es susceptible de una discusión más abierta.

La sala civil de la Corte de Casación, en aplicación de la teoría de carga dinámica, resolvió una demanda en responsabilidad civil en reparación de daños y perjuicios causados por una cosa inanimada, cuya participación se denuncia como causa eficiente del daño, desplazando la carga probatoria al demandado (presunto guardián de la cosa), en los términos siguientes:

[...] con relación al razonamiento de la alzada, esta Corte de Casación ha juzgado que, luego del demandante haber justificado, con pruebas, el comportamiento anormal de la cosa (participación activa), en un lugar geográfico en el que con un sencillo análisis y en aplicación de las disposiciones de la Ley General de Electricidad núm. 125-01, los tribunales pueden determinar si la zona en cuestión corresponde a la concesión de la que se beneficia la empresa distribuidora por la cual es

guardián de los cables del tendido eléctrico que causaron los daños, combinado con la situación procesal que norma lo que se denomina como teoría de la carga dinámica de la prueba y el desplazamiento del fardo de la prueba, que correspondía a la empresa distribuidora, quien estaba en mejores condiciones profesionales y técnicas para la aportación de informes emitidos por entes reguladores del sector o entidades especializadas en la materia, independientes o desligados de la controversia judicial, para probar la titularidad de los cables y el voltaje que transmitían (Corte de Casación. Primera Sala. Sentencia SCJ-PS-22-1904 del 29 de junio de 2022).

En una causa similar a la anterior, la Corte de Casación, sala civil, asumió también la tesis de la carga dinámica, como se indica a continuación:

[...] en cuanto al argumento concerniente a que resultaba necesario aportar una certificación de la Superintendencia de Electricidad, por ser el ente regulador del sector eléctrico con facultad de certificar la propiedad del alambrado eléctrico nacional, conviene destacar que, conforme ha sido juzgado en esta Corte de Casación, no es imperativo que la propiedad del tendido eléctrico causante del daño sea determinada mediante una certificación emitida por la Superintendencia de Electricidad, en la que se indique cuál de las Empresas Distribuidoras de Electricidad es la responsable del suministro de la energía eléctrica en determinada región, sino que dicha propiedad puede ser demostrada por otro medio de prueba, en tanto de un ejercicio de aplicación de las disposiciones de la Ley General de Electricidad núm. 125-01, los tribunales pueden determinar la zona en cuestión, correspondiente a la concesión de la que se beneficia la empresa distribuidora, por lo cual el guardián de los cables del tendido eléctrico que causaron los daños, combinados con lo que es el denominado principio de

carga dinámica de la prueba, en virtud del cual queda a cargo de la parte que se encuentre en mejores condiciones aportar el soporte probatorio útil al proceso (Corte de Casación. Primera Sala. Sentencia SCJ-PS-22-3599 del 16 de diciembre de 2022).

La tercera sala de la Corte de Casación, que, en el ordenamiento nacional, conoce también de la materia laboral, ha reivindicado la teoría de carga dinámica en esa materia.

En ocasión de un recurso de un empleador, por ejemplo, la sala dijo:

[...] la Suprema Corte de Justicia ha sostenido en forma pacífica la aplicación de la teoría de la carga dinámica de la prueba, en una combinación de los artículos 16 y 223 del Código de Trabajo, en relación a la participación de los beneficios, en ese tenor, la empresa está en la obligación de presentar su certificación de Impuestos Internos sobre la Declaración Jurada del empleador (Sentencia 27 de octubre 2004, B.J. Núm. 1127, págs. 977-997), sin embargo, el tribunal debe basar su fallo en la certificación de Impuestos Internos sobre la Declaración Jurada del empleador, salvo que se demuestre lo contrario (Sentencia 5 de septiembre 2007, B.J. Núm. 1162, págs. 674-684; Sentencia núm. 41, del 21 de marzo 2012, B. J. núm. 1216, págs.. 2054-2055) (Corte de Casación. Tercera Sala. Sentencia 244 del 5 de abril de 2017).

En Sentencia 168, del 26 de marzo de 2013, la tercera sala dijo, en materia laboral, lo siguiente:

[...] que ha sido juzgado por esta Corte en forma constante el uso de la teoría de la carga dinámica de la prueba, basada en la aplicación conjunta de las disposiciones de los artículos 16 y 223 del Código de Trabajo, tal como dispuso la sentencia impugnada, por no haber declaración jurada que debía ofrecer

por ante la Dirección General de Impuestos Internos, sobre los resultados de sus actividades comerciales en el período a que alude la reclamación formulada por el recurrido, liberará a éste de la prueba de los beneficios obtenidos por la recurrente en dicho período, al tenor de las disposiciones del artículo 16 del Código de Trabajo, que exime a los trabajadores de la prueba de los hechos establecidos por los libros y documentos que los empleadores deben registrar y conservar (Sentencia 18 de febrero 2004, B.J. Núm. 1119, págs. 926-935) [...].

Cabría preguntar, en torno a la cuestión en materia laboral, si estaría obligado el trabajador a proveer pruebas a las que tenga mayor acceso o facilidad de incorporar, dado el carácter desigual del procedimiento, en el que, como ha dicho Hernández Rueda, se justifican “[...] frente al silencio de la ley, decisiones esencialmente humanas, por encima de todo riguroso criterio formal o civilista” (Hernández Rueda, 2011, p. 74).

En lo atinente a la prueba en lo laboral, los principios fundamentales de la materia que inciden directamente en el proceso, entre estos el principio de protección, que asume una relación desigual entre el trabajador y el empleador, opuesta a la tradicional igualdad contractual o jurídica, sobre la base de una admitida debilidad o desproporción económica (Principio I, Ley 16-92 del 29 de mayo de 1992 o Código de Trabajo de la República Dominicana).

El artículo 16 del Código de Trabajo consigna, en el primer párrafo, la libertad de prueba y, en el segundo, la inversión de la carga probatoria a favor del trabajador en una situación específica. Dice:

[...] las estipulaciones del contrato de trabajo, así como los hechos relativos a su ejecución o modificación pueden probarse por todos los medios. Sin embargo, se exime de la carga de la prueba al trabajador, sobre los hechos que establecen documentos que el empleador, de acuerdo

con este Código y sus reglamentos, tiene la obligación de comunicar, registrar y conservar, tales como planillas, carteles y el Libro de Sueldos y Jornales.

Pudiera argüirse que ese texto expresa la esencia de la teoría de la carga dinámica, porque, en ese supuesto, es el empleador quién está en condiciones más favorables para proveer la prueba, pero conviene apuntar que la exención protege únicamente al trabajador, lo que se corresponde más que con esta técnica de la provisión de prueba, con el carácter protector del procedimiento (principio I, Ley 16-92), manifiesto, además, en las reglas de la favorabilidad (la duda favorece al trabajador o *indubio pro operario*), contenida en el principio VIII, y de la primacía de los hechos o de la materialidad (principio IX) para la interpretación del contrato laboral.

Conviene acotar que, pese a que en las citadas sentencias dice que la aceptación de la tesis de la carga dinámica es pacífica y constante de la Suprema Corte de Justicia, debido a un gazapo de redacción, pues debe leerse de las primera y tercera salas, más no así de la segunda sala (materia penal).

En materia inmobiliaria, correspondiente a la sala tercera, según la Ley 25-91 del 15 de octubre de 1991, orgánica de la Suprema Corte de Justicia, dada su proximidad material y formal con el derecho civil, aplica, sin mayores reparos, la reflexión acumulada por la Corte de Casación en cuando al dinamismo de la prueba.

Es diferente la situación en la esfera de la jurisdicción penal. En los procesos punitivos, las normas y la propia lógica de sus propósitos anteponen resistencias fundamentales, residenciadas en el bloque constitucional, a la teoría de la carga dinámica; amén de que, dada las garantías inherentes a las partes, la aplicación de esta tesis, deviene fútil, pues el demandado, investigado o juzgado no tiene obligación de probar su inocencia, en razón a valores jurídicos de raigambre,

articulados en la Constitución, tales como la presunción de inocencia, la tutela judicial efectiva y el debido proceso legal.

En tanto que, si lo que se busca es que el procesado pueda anteponer, de manera dinámica y activa, las pruebas con las que pueda refutar el soporte fáctico de la imputación o acusación, para tal propósito la norma consagra las reglas de contradicción de la prueba (artículos 3, 320 y 323 del Código Procesal Penal), igualdad para presentar la prueba (Constitución, artículos 39 y 40.15; 11, 12, 230, 294, 297, 299 y 330 CPP) y sobre todo la libertad probatoria (artículo 170, CPP), según la cual las partes pueden acreditar sus alegatos por cualquier medio probatorio que la ley permita.

Con la excepcionalísima variable de los delitos de corrupción pública, para los cuales la propia Constitución (artículo 146, numeral 3) prevé la obligatoriedad de que los funcionarios públicos en la declaración jurada de sus bienes prueben siempre el origen de sus bienes antes o después de haber finalizado sus funciones o a requerimiento de autoridad competente, de conformidad con la ley, resulta pacífico el criterio de la improcedencia de la inversión de la carga probatoria.

No deja margen para disquisiciones la redacción del artículo 43 de la Ley 107-13 al indicar, sobre la prueba en el procedimiento administrativo sancionador, que la carga de la prueba corresponderá a la administración.

Pudiera argüirse en beneficio de la teoría de la carga dinámica que está reservada a situaciones en que a la parte acusadora le resulte difícil acreditar piezas o elementos de convicción, que la defensa podría incorporar con facilidad, en su propio beneficio, para desvirtuar la imputación; que su aplicación se circunscribe a los supuestos en que dicho dinamismo redunde en su favor, que procura además contribuir a la correcta valoración del juez en su resolución. O que está justificada cuando existe una desigualdad procesal en la que

una de las partes se encuentra con una mayor facilidad para acreditar un hecho (Nieva Fenoll, 2016 citado por Montoya Vallejo, 2021, p. 65), que esa obligación tiene que ser excepcional, pero ¿puede el juez o la ley obligar a un imputado a presentar pruebas de descargo? ¿Cuál sería la solución si aquel rehusare cargar dinámicamente con la carga probatoria? ¿Puede el juez condenar o sancionar al procesado remiso a presentar determinada prueba que se supone está en condiciones favorables de incorporar al proceso, por inexistencia o insuficiencia de pruebas?

Nótese que el artículo 1315 del Código Civil dice que, recíprocamente, “[...] el que pretende estar libre, debe justificar el pago o el hecho que ha producido la extinción de su obligación”, pero en material penal, lo mismo que en el procedimiento administrativo sancionador, no existe tal reciprocidad de la carga probatoria.

Con Montoya Vallejo (2021, p. 75) procede razonar en lo siguiente:

Es que a pesar de que los litigantes —fiscal y defensa— deben demostrar sus pretensiones, se les aplican parámetros distintos, el primero frente a “más allá de toda duda razonable”, mientras el segundo con generar una duda razonable le es idóneo para desvirtuar la petición de condena. Con todo, se insiste que la actividad probatoria de la defensa no genera una dinamización de la carga probatoria, puesto que de manera alguna tendrá que probar factores que pertenecen a la acusación y menos tendrá que esforzarse en propender tener como ciertas sus afirmaciones cuando el despliegue técnico del delegado de la institución acusatoria fracase, pues sólo una consecuencia se genera ante esto y es la absolución, sin miramientos del comportamiento de la defensa.

¿Acaso no es dinamismo probatorio lo que prevé el artículo 43, párrafo I, la prueba contraria en favor del presunto responsable para

desvirtuar la veracidad de los hechos constatados por funcionarios constituidos en autoridad, formalizados en documentos públicos, observando los requisitos legales establecidos? Es una potestad ínsita en el debido proceso administrativo y la libertad probatoria, pero, en modo alguno, una obligación atribuida por la ley o por la autoridad.

Igualmente, el presunto responsable de una infracción administrativa puede proponer cuantas pruebas entienda que son necesarias para la determinación de los hechos y posibles responsabilidades (Ley 107-13, artículo 43, párrafo II).

Tales garantías no suponen, obviamente, una dinamización de la carga probatoria en el sentido de la tesis jurisprudencial indicada.

Jueces y juristas pudieran ser cautos al innovar el derecho, sobre todo ante innovaciones audaces en la interpretación, pues resalta la opinión del autor citado, cuando dice, refiriéndose a la jurisprudencia de la Corte de Casación de Colombia: “[...] lo cierto es que sobre los efectos jurídicos procesales no ha advertido que se condene al procesado por su insuficiencia en la acreditación de la hipótesis fácticas defensivas, por lo tanto, si bien es un llamado a que ambas partes incorporen evidencias para lograr un mejor análisis cimentado en mayores elementos, no se deriva técnicamente en un intercambio en las cargas demostrativas de las partes” (Montoya Vallejo, 2021, p. 75).

La advertencia de Henri Capitant de que las palabras de la ley deben ser pesadas como diamantes, permanece como un faro inextinguible de orientación.

LA CUESTIÓN PROBATORIA EN LA DOCTRINA ADMINISTRATIVA

El procedimiento administrativo no está vinculado al sistema de prueba tasada, en que el juzgador está sujeto estrictamente a los valores o tasas establecidos de antemano por la ley para cada elemento de prueba, limitándose a revisar si las pruebas fueron obtenidas de conformidad con la norma legal (Couture, 2010, p. 219). Es decir, que tienen cabida todos los medios de prueba admisibles en el derecho común o en el ordenamiento jurídico general, con algunas singularidades tales como necesidad y relevancia. El análisis de la prueba, por tanto, se debe sostener desde los criterios generales de los códigos civil y de procedimiento civil.

Polisémica, la palabra prueba, como se ha dicho antes, responde a varios significantes. Como medio de prueba, es actividad procesal impulsada por las partes o por el tribunal (papel activo) para obtener el conocimiento sobre determinada cuestión fáctica (Muñoz Machado, 2005; Bardero Rodríguez, 2003; García y Fernández, 2006). Cuyo propósito es demostrar la exactitud de los hechos aportados para fundamentar la resolución final (Leguina Villa y Sánchez Morón, 1993, p. 235).

El principio de oficiosidad incluye la obligación de la administración de la carga de la prueba administrativa. La Ley 107-13 incorpora el principio de oficiosidad en sus artículos 25 y 26. El primero sobre tramitación y medidas provisionales, indica que la administración puede iniciar de oficio el procedimiento y que, una vez iniciado, está obligada a tramitarlo por orden temporal y resolverlo en el plazo establecido, con la facultad de adoptar de oficio, razonada y motivadamente, las medidas provisionales que estime pertinente para asegurar la eficacia de la resolución que le ponga fin. Igualmente, puede actuar de oficio cuando medie una situación de urgencia o se requiera la protección provisional de los intereses implicados (artículo 25, párrafo I).

En la instrucción del procedimiento, la administración debe recabar, de oficio, todas las pruebas necesarias para adoptar la mejor decisión en resguardo del derecho de los interesados (Ley 107-13, artículo 26). Los actos de instrucción e investigación serán realizados, de oficio, en principio, sin perjuicio de que los interesados pueden proponer actuaciones que consideren pertinentes (artículo 26, párrafo II).

Esa oficiosidad se manifiesta también en la sede judicial en el papel activo del juez de lo contencioso administrativo en la instrucción de los procesos (Brewer-Carías, 2013, p. 44). El proyecto de Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa, en curso en el Congreso Nacional, consigna el papel activo del juez de lo contencioso-administrativo en el proceso, por lo cual puede solicitar, bajo amenaza de astreinte, de cualquier persona, física o jurídica, privada o pública, todos los datos e informaciones relacionados con los asuntos de que estén apoderados (artículo 36).

El papel activo del juez se corresponde con los principios procesales de oficiosidad (artículo 5.1) según el cual la jurisdicción debe establecer, incluso de oficio, la verdad de los hechos relevantes para la solución del caso, resguardar la contradicción e, incluso, suplir, en la medida de lo razonable, las deficiencias formales en que incurran las partes. Igualmente, alude al principio de antiformalismo y favorabilidad de la acción, que manda al juez a velar porque el proceso curse sin rigores procesales innecesarios o formalidades que obstaculicen la efectividad de la tutela judicial. Interpretando los asuntos en favor de la garantía del acceso pleno a la jurisdicción.

El juez puede, igualmente, ordenar durante el proceso, a instancia de parte o de oficio, cualquier medida de instrucción que considere útil para establecer los hechos y la búsqueda de la verdad.

En la audiencia, el juez puede ordenar de oficio un medio de prueba adicional a los propuestos por las partes, cuando entienda que estos son insuficientes para formar su convicción. En el curso de los debates

o al finalizar, puede solicitar a las partes informaciones adicionales o aclaraciones sobre los hechos, el derecho u otra situación relacionada con la discusión (artículo 50, párrafo II).

García de Enterría-Fernández plantea sobre la oficiosidad u oficialidad de la prueba:

En el proceso civil el Juez es, como regla, un simple espectador, una instancia neutral que aplica la Ley a los hechos que le presentan —y le prueban— las partes litigantes [...]; en el procedimiento administrativo, en cambio, el planteamiento es radicalmente diverso, supuesto que, cualesquiera que sean los intereses privados en presencia, la Administración está obligada siempre a orientar su actividad en orden a la pronta y eficaz satisfacción del interés general que todo procedimiento de esta clase pone en juego. Rige, pues, con carácter general en el procedimiento administrativo el principio de oficialidad de la prueba, según el cual el órgano administrativo está específicamente obligado a desarrollar, incluso de oficio, es decir, sin que medie petición al respecto de los interesados, todos los actos de instrucción (y, por consiguiente, todas las actividades probatorias) que se consideren adecuados para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales deba pronunciarse la resolución (García y Fernández, 1997, p. 506).

La teoría general de la prueba, en esta materia, incluye entre las particularidades de la prueba, la necesidad (solo es necesaria si la administración no tiene por ciertos los hechos alegados por los interesados o la naturaleza del procedimiento (ejemplo, procedimiento sancionador) y la relevancia (el juzgador puede rechazar las pruebas manifiestamente improcedentes, por cuanto acredita, por ejemplo, una situación notoria).

Conforme a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y el Procedimiento Administrativo Común (LRJAP), equivalente en España a la Ley 107-13, en la materia probatoria administrativa rige el principio de oficiosidad, que contiene la obligación de la administración de impulsar de oficio la actividad probatoria, sin que medie petición expresa del interesado (LRJAP, artículos 74 y 80.2).

Es jurisprudencia, en España, la facultad del instructor del proceso administrativo para rechazar las pruebas que resulten manifiestamente improcedentes e innecesarias (manifiestamente palmario, ostensible o evidente) para la acreditación de los hechos, exigiéndose, para el rechazo de tales pruebas, la motivación que permita el control jurisdiccional. El procedimiento sancionador requiere un examen más escrupuloso, por cuanto el rechazo de la prueba propuesta por el interesado, sin una motivación suficiente de su inutilidad o impertinencia, puede condicionar la validez de la resolución, por indefensión. (Supremo Tribunal del Sistema de Justicia (STSJ) de Baleares del 22 de noviembre de 1999, citado por Muñoz Machado, 2005).

El criterio de relevancia de la prueba conecta con el principio del mismo nombre, signado en el artículo 3.12 de la Ley 107-13, obliga a la administración a adoptar sus actuaciones en función de los aspectos más relevantes, sin que las decisiones puedan fundamentarse en aspectos de escasa consideración.

La relevancia, como ha dicho Taruffo (2011, p. 364-378), determina la admisibilidad de la prueba en todos los ordenamientos, de modo que, si una prueba es irrelevante, carece de sentido ponderar su admisión, debido a que su incorporación sería inútil. El criterio de admisibilidad, indica, se basa en la exclusión del proceso de las pruebas que resulten irrelevantes para la determinación de la verdad fáctica.

Para el citado autor, la relevancia probatoria es una exigencia vinculada a la regla de economía procesal, relacionada con todos los ordenamientos, en razón a que ninguno admite el “[...] derroche de actividades procesales consistentes en la introducción de pruebas que a priori se presentan inútiles para la determinación de los hechos”.

Relevante es la prueba que versa sobre un hecho jurídico, dado que cualquier elemento probatorio de este tipo es útil en el proceso, pero también la que versa sobre un hecho secundario, del que puedan derivarse lógicamente consecuencias probatorias con respecto al hecho principal.

Indica también Taruffo que:

[...] para que una prueba sea admitida en el proceso debe ser relevante, según uno u otro de los criterios así definidos; si no es relevante según ninguno de ellos, es inútil para la determinación de los hechos en ese proceso. Es más, en rigor cualquier elemento de potencial conocimiento de los hechos del que no se pueda establecer en función de uno de aquellos criterios no constituyen siquiera un elemento de prueba respecto de los hechos que deben ser determinados, pudiéndose considerar como prueba de un hecho únicamente si es útil para establecer la confirmación de la hipótesis que a él se refiere. Desde esta perspectiva, la relevancia no es propiamente una cualidad de la prueba, sino una característica constitutiva de la misma, en el sentido de que sólo lo que es relevante puede ser definido como “prueba” en un proceso (Taruffo, 2011, p. 365).

En síntesis, los medios probatorios, en el procedimiento administrativo, solo sirven para acreditar hechos no tenidos por ciertos por la administración (necesidad), se deben y pueden practicar de oficio (oficiosidad), las puede solicitar el interesado

(libertad probatoria), las pruebas pedidas por el interesado pueden ser declaradas improcedentes, a través de resolución motivada (relevancia). Los medios de prueba son, esencialmente, los mismos admisibles en el ordenamiento jurídico general (LRJPAC, artículo 80.1, España).

El procedimiento administrativo admite cualquier medio de prueba aceptado en derecho y practicado conforme a los principios característicos de la legislación procesal (libertad probatoria), según artículo 27 de la Ley 107-13, sujetándose su práctica a las reglas de transparencia, igualdad, contradicción, fiabilidad o consistencia (artículo 27, párrafo II). Entre los medios probatorios (actos de instrucción o investigación, para el caso, el mismo significado), la ley indica, específicamente, los informes, análisis, evaluaciones y, en general, estudios que resulten pertinentes u obligatorios, sean o no vinculantes, y la participación de los interesados.

Las actuaciones para la obtención o tratamiento de la información necesaria (medios probatorios, en cuanto a su propósito) refieren a cualquier medio, como la cooperación, asistencia e intercambio de información con otras administraciones competentes o las consultas a los expertos. Podrán recabar los órganos de instrucción o investigación la colaboración informativa de otras agencias y administraciones especializadas de otros Estados o de organismos internacionales (artículo 27, párrafo I).

Para el procedimiento sancionador, como se ha dicho, rige la libertad probatoria, según el artículo 43, párrafo II, que dice que se practicarán de oficio o se admitirán a propuesta del presunto responsable cuántas pruebas sean necesarias para la determinación de los hechos y posibles responsabilidades. Es decir, que consigna, como única limitante expresa, la regla de la necesidad probatoria, es decir, la proscripción, en principio, de la prueba irrelevante e innecesaria.

En el sistema español la LRJAP permite la presentación de documentos y alegar con respecto a estos en cualquier momento del procedimiento previo al trámite de la audiencia. En la República Dominicana la Ley 107-13 prevé la prueba documental (artículos 27 y 43, párrafo I).

Es doctrina que “[...] entre los medios probatorios admitidos en el procedimiento administrativo se incluyen todos los característicos de la legislación procesal, aunque ciertamente en este ámbito, la prueba documental presenta un protagonismo inusitado frente a otras, sin descartar, no obstante, la testifical, o la pericial” (Rivero y Ortega, 2016a, p. 143).

La prueba testifical es admisible en los términos del derecho común, siempre que no colidan con los principios del procedimiento administrativo, pero no es frecuente ni usual, salvo en el procedimiento sancionador, en el cual cobra mayor sentido, y es la confesión, propiamente, típica de los procesos sancionadores o disciplinarios, como admisión de la responsabilidad endilgada.

Es admisible, también, el descenso o inspección ocular, cuando el órgano precisa verificar, *in situ*, ciertos hechos que, por su necesidad, para la instrucción o investigación, lo requieren, por ejemplo, en procedimientos sancionadores cuando se alegan atentados ambientales (aguas, vías, foresta, etcétera) o de índole urbanística.

La LRJAP dispone la obligación de los ciudadanos de facilitar a la administración las inspecciones y otros actos de investigación e instrucción previstos en leyes para la práctica de las pruebas, para lo cual se precisa una notificación previa, contentiva de datos sobre lugar, fecha y hora en que se practicará la prueba, así como la posibilidad de que el interesado pueda nombrar asesores o técnicos que le asistan.

Con relación a la prueba pericial, la LRJAP prevé (artículo 82) que, para los actos de instrucción que requieran participación de los interesados, debe mediar un aviso con antelación y su realización debe hacerse en la forma en que resulte más cómodo y compactible, en la medida posible, “con sus obligaciones laborales o profesionales”, quedando en la facultad del órgano instructor establecer la proporcionalidad pertinente entre el interés público y el interés particular.

Para la valoración probatoria en el proceso administrativo rigen las reglas generales de la lógica, el sano juicio y la razón y el principio de libre valoración probatoria, sujeto, únicamente, al deber ineludible de motivar razonablemente la resolución.

La técnica de la sana crítica para la valoración de la prueba es aplicable también a la materia administrativa (García y Fernández, 2006, p. 508). Es el sistema basado en las reglas de la lógica, la ciencia y la experiencia, en la obligación de explicar las razones por las que le otorgó un valor determinado a cada elemento de prueba y en su apreciación conjunta y armónica.

En el sistema de apreciación legal o de prueba tasada, el juez o juzgador, en cualquier sede, está sujeto a reglas abstractas preconcebidas que le indican la conclusión que se impone ante la presencia o ausencia de determinados elementos de prueba o pieza de convicción. En tanto que, en el modelo de libre apreciación o de íntima convicción, el juzgador hace una evaluación personal y concreta de la prueba. Entre estos modelos, la sana crítica es una tercera opción, mixta, pues el juzgador no está sujeto a la prueba tasada, pero sí a su obligación de explicar las razones de su valoración, conforme a la lógica, la razón y la experiencia. En todo caso, la resolución está sujeta a control, a través de la ineludible obligación de la motivación.

En la vía sancionadora, la valoración probatoria debe priorizar la presunción de inocencia si los razonamientos resultan ilógicos o arbitrarios, sin correspondencia entre el resultado de las pruebas practicadas y las conclusiones (Muñoz Machado, 2005). Las cuestiones probadas, con firmeza, para una condena en el ámbito procesal penal ligan, en atención a la regla del *non bis in ídem* (no dos veces por la misma causa) a la administración, con la salvedad de que un descargo en lo penal en un supuesto que sí puede resultar perseguible o sancionable por la vía administrativa.

CONCLUSIONES

El carácter no tasado (cuyo valor no está previamente fijado por la ley) de la prueba en materia administrativa permite la utilización en el procedimiento administrativa, ora en sede retenida ora en sede judicial, de todos los medios y elementos probatorios admitidos en el procedimiento general, bajo las condiciones generales de admisibilidad, derivadas de la teoría general de la prueba.

No obstante dicho planteamiento, la prueba en el cauce administrativo debe llenar los ítems de necesidad y relevancia, por cuanto se plantea, *a priori*, inadmisibile la prueba dirigida a demostrar hechos notorios o que han sido razonablemente instruidos, sin perjuicio de la mayor amplitud de la producción probatoria en los procedimientos sancionatorios y disciplinarios, por su trasfondo punitivo, oriundos del *ius puniendi* general.

Si bien la prueba documental destaca como de mayor eficacia, no se descartan las pericias, evaluaciones, testimonios e incluso los descensos de los órganos y jueces de lo administrativo, en aras de comprobar directamente situaciones que lo requieren, y por aplicación de la regla de oficialidad del procedimiento, que informa el rol activo de la administración y de la autoridad judicial.

La carga probatoria no es ajena a la regla del artículo 1315 del Código Civil, lo que se incorpora en la libertad de prueba que rige, como principio general, el procedimiento administrativo. Con excepción expresa de los procedimientos sancionadores, en los cuales la carga corresponde siempre a la administración, sin perjuicio de la posibilidad de los interesados en promoverla. Cónsono con el deber común de los ciudadanos de aportar datos e información relevante para la provisión de los órganos instructivos y decisorios, corresponde a la administración la búsqueda, aún oficiosa, de la información pertinente en cualquier fuente interna o externa.

El dinamismo de la carga probatoria se erige en una interesante novedad procesal, por cuanto impulsa el principio de justicia, desplazando el deber de probar, en determinadas circunstancias, a la parte cuyas condiciones resulten más favorables para hacerlo, sea por la posesión ventajosa de determinados documentos o informes o por una capacidad técnica especial; reservando, de la aplicación de dicha tesis, a las materias sancionatorias, en las que, por su trasfondo punitivo, el imputado está revestido de un fuero excepcional vinculado a la tutela judicial efectiva y el debido proceso, plasmado en la Constitución (artículo 69.10), transversal al ordenamiento general.

En la valoración de la prueba, rige las reglas generales de libertad de la jurisdicción, obviamente, sujeta al control jurisdiccional y judicial.

REFERENCIAS

- Bardero Rodríguez, C. (2003). *La prueba en el procedimiento administrativo*. 2.^a Edición. Editorial Aranzadi. Pamplona.
- Brewer-Carías, A. R. (2013). *Tratado de derecho administrativo*. Volumen VI. Editorial Aranzadi. Pamplona.
- Bunge, M. (2018). *La ciencia, su método y su filosofía*. Editorial Letoli.
- Calamandrei, P. (1969). *Elogio de los jueces escrito por un abogado*. Ediciones jurídicas Europa-América. Buenos Aires, Argentina.
- Couture, J. E. (2010). *Fundamentos del derecho procesal civil*. Cuarta Edición, Buenos Aires, Euros Editores, Editorial B de F de Ltda.
- Dei Malatesta, N. F. (1964). *Lógica de las pruebas en materia criminal*. Volumen I, Bogotá, Editorial Temis.
- Devis Echandía, H. (2007). *Compendio de la prueba judicial*. Tomo II. Rubinzal-Culzoni Editores. Argentina.
- Dromi, R. (2009). *Derecho administrativo*. Ciudad Argentina. 12.^o Edición. Argentina.
- Esteve Pardo, J. (2012). *Lecciones de derecho administrativo*. Segunda edición. Marcial Pons, Madrid.
- Florián, E. (1968). *De las pruebas penales*. Tomo 1. Bogotá, Editorial Themis.
- García de Enterría, Fernández, T. R. (1997). *Curso de derecho administrativo II*. Primera Edición con Notas de Agustín Gordillo. Civitas Ediciones, S. L.
- García de Enterría, Fernández, T. R. (2006). *Curso de derecho administrativo*. Primera edición. La Ley, Buenos Aires, Argentina.
- Hernández Rueda, L. (2011). *Manual de derecho del trabajo*. Editora Dalis, Moca, República Dominicana.

- Montoya, S. A. (enero-junio 2021). Una perspectiva teórica de la dinamización de la carga de la prueba en el proceso penal colombiano. *Revista CES Derecho*, vol. 12, núm. 1.
- Muñoz Machado, S. (2005). *Diccionario de derecho administrativo*. Tomo 1. Iustel. Madrid, España.
- Ortega Polanco, F. (2009). *Diccionario jurídico 9-11*. Editora Corripio, C. por A. República Dominicana.
- Ortega Polanco, F. (2011). *Código Procesal Penal (por un juez en ejercicio)*. Editora Corripio, Santo Domingo, República Dominicana.
- Ortega Polanco, F. (2015). *Derecho administrativo intensivo*. Editora Corripio, S.A.S., República Dominicana.
- Pabón Gómez, G. (1995). *Lógica del indicio en materia criminal*. Santa Fe de Bogotá, Editorial Temis.
- Pinto Palacios, F., Pujol Capilla, P. (2017). *La prueba en la era digital*. La Ley.
- Rivero Ortega, R., Ortega Polanco, F. (2016a). *Manual de derecho administrativo*. Editorial Funglode, República Dominicana.
- Rivero Ortega, R., Ortega Polanco, F. (2016b). *Procedimiento administrativo comentado*. Editora Corripio, S.A.S., República Dominicana.
- Rosenberg, L. (2017). *La carga de la prueba*. Ediciones Olejnik. Santiago de Chile.
- Sánchez Morón, M. (2014). *Derecho administrativo. Parte General*. Décima edición. Editorial Tecnos. Madrid, España.
- Taruffo, M. (2011). *La prueba de los hechos*. Editorial Trotta, S.A. Madrid.
- Taruffo, M., Ramírez Carvajal, D. (2009). *Conocimiento, prueba, pretensión y oralidad*. ARA Editores, EIRL, Perú. ■



REPÚBLICA DOMINICANA
**ESCUELA NACIONAL
DE LA JUDICATURA**

NUESTRA BIBLIOTECA VIRTUAL SE FORTALECE CON SU INCORPORACIÓN A



CLACSO
Consejo Latinoamericano
de Ciencias Sociales

LA MAYOR RED ACADÉMICA DE LA UNESCO
EN AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE



El Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales (CLACSO)

Cuenta con instituciones de investigación y posgrado en Estados Unidos, Australia, Rusia y otros países europeos.

Consulta publicaciones, investigaciones y actividades de interés en:

<https://www.clacso.org>

LA SEGURIDAD JURÍDICA: PRESUPUESTO DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

 **Ariella Adames Rojas**

 Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra

 República Dominicana

 ariellaadamesrojas@hotmail.com

 <https://orcid.org/0000-0001-8914-2619>

 <https://www.linkedin.com/in/ariella-adames-rojas-83461865/>

Legal certainty: the reason of the property registry

Artículo de investigación

Recibido: 6 de noviembre de 2022

Aprobado: 11 de abril de 2023



Obra bajo licencia
Creative Commons
Atribución-NoComercial-
SinDerivadas 4.0 Internacional

Vol. 1, núm. 23, junio 2023

ISSN (impreso): 2305-2589

ISSN (en línea): 2676-0827

saberyjusticia@enj.org

RESUMEN

El ser humano por su naturaleza social necesita conocer las leyes que gobiernan su conducta en la sociedad. De este modo, regulará su conducta de acuerdo con el Derecho vigente, pudiendo prever las consecuencias de sus actos. Para su desenvolvimiento en la sociedad necesita seguridad sobre su vida y sus bienes. De ahí que esta sea un valor supremo del derecho constituyéndose en su fin inmediato. Sin previsibilidad de las normas y de las leyes sería imposible realizar contrataciones y no podría saberse qué esperar de las actuaciones de los demás o de los poderes públicos. Reinaría la incertidumbre y la vida en sociedad no sería posible. En el marco especializado de la seguridad jurídica, el registro de la propiedad y el notariado de tipo latino son instituciones de seguridad jurídica preventiva que evitan la litigiosidad o bien la reducen. A su vez, importantes principios registrales inciden de manera directa en el logro de la seguridad jurídica preventiva de un determinado sistema registral.

PALABRAS CLAVE

Fe pública registral; principio de oponibilidad; seguridad jurídica; seguridad jurídica preventiva.

ABSTRACT

The human being by virtue of its social nature needs to understand the laws that govern its behavior in society. In this way, it will be in a position to act in accordance with the laws in effect, and to foresee the consequences of its actions. Humans need security over their life and property in order to develop in society. Hence, security legal certainty is a supreme value of the law, constituting its immediate end. Without the predictability of regulations and laws, it would be very difficult to carry out contracts or to know what to expect from third parties' and branches of the government's actions. Uncertainty would reign and life in society would not be possible. In the legal certainty framework, the property registry and the notary are institutions of preventive legal security that avoid litigation or reduce it to some degree. In turn, important registration principles have a direct impact on the achievement of preventive legal certainty of a certain registration system.

KEYWORDS

Effectiveness against third parties; legal certainty; preventive legal certainty; registration public faith.

INTRODUCCIÓN

La presente investigación sobre la flexibilización de la norma se enmarca en la actualidad al permitir en el artículo 35 del Reglamento General de Registro de Títulos, en el literal c, la admisión de actos bajo firma privada para las actuaciones con trascendencia jurídico-inmobiliaria. Dicho artículo permite la admisión al registro de actos bajo firma privada en aquellas operaciones que constituyan, transmitan, declaren, modifiquen o extingan derechos reales. Para la elaboración del presente estudio consultamos la doctrina nacional y extranjera, las sentencias del Tribunal Constitucional, la Ley 108-05 de Registro Inmobiliario y el Reglamento General de Registro de Títulos.

El registro de la propiedad tiene como causa la seguridad jurídica del comercio inmobiliario. El sector inmobiliario con el transcurrir del tiempo adquiere cada vez más importancia, destacándose su “relevancia social y económica” (Moreno Ubric *et al.*, 2021). El sistema financiero carecería de garantías sobre su crédito si el registro no otorgara certeza de las cargas y gravámenes que publica. También si los derechos inscritos no se hicieran prevalecer sobre los no inscritos, el sistema registral carecería de seguridad. Los Estados modernos confían al registro la tarea de garantizar la propiedad inscrita, a través de la publicidad de los derechos, para lograr el crecimiento económico y la dinamización de la economía, asegurando con ello el desarrollo de la nación. A través de la publicidad formal o registral se hace de conocimiento público el contenido del registro (Alies Rivas *et al.*, 2021), debiendo garantizar lo publicado, en aras de lograr la seguridad jurídica que necesita el comercio inmobiliario. Dentro del contexto de la seguridad, como fin inmediato del derecho, la seguridad jurídica preventiva, que pertenece al ámbito de la justicia preventiva, persigue la reducción o evitación de litigios.

La seguridad jurídica preventiva se enmarca dentro del concepto de seguridad jurídica, como una forma de prevenir situaciones que pudieran desencadenar en un litigio. A tales fines, el registro de la propiedad, a través del rol del registrador y su función calificadora, previene lo contencioso que pudiera surgir de las contrataciones inmobiliarias. El registrador deberá examinar la legalidad de los documentos presentados con fines de inscripción, amparado en la Ley 108-05 de Registro Inmobiliario, del Código Civil y de sus normas complementarias. El notariado, por su parte, incide en la consecución de la seguridad jurídica preventiva, amparado en la fe pública notarial.

La seguridad jurídica en el ámbito registral comprende conceptos, como la seguridad estática y dinámica. Esta clasificación hace referencia a quienes el registro brinda protección. La protección al titular inscrito configura la seguridad estática. Mientras que la protección a los terceros que confían en el registro para contratar configura la seguridad dinámica. Ambas categorías permiten hablar de la seguridad jurídica registral.

Asimismo, para la materialización de la seguridad jurídica preventiva en el sistema inmobiliario registral dominicano, juegan un papel de primer orden importantes principios registrales, tales como: de publicidad, de fe pública registral, de legalidad y de oponibilidad. Cada principio incide en la protección del titular registral y de los terceros. Esta protección redundante en el fortalecimiento de la confianza en el sistema registral, a la vez que elimina la posibilidad de futuras controversias entre los particulares, contribuyendo con esto a la paz social y la seguridad del sistema.

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La recepción de actos bajo firma privada en aquellas operaciones que constituyan, transmitan, declaren, modifiquen o extingan derechos reales representa un defecto de diseño del actual sistema inmobiliario registral dominicano, ya que permitir tales actos y no actos auténticos exclusivamente flexibiliza un requisito que será decisivo en la materialización de la seguridad jurídica preventiva.

LA SEGURIDAD JURÍDICA COMO FIN INMEDIATO DEL DERECHO

La seguridad jurídica es un valor del Estado de derecho, ínsito a la naturaleza humana. Desde los inicios de la humanidad, el ser humano ha procurado la seguridad de su vida y de sus bienes. Necesita la seguridad jurídica para conservar la paz y la tranquilidad (Cervantes López, 2020, p. 165), de manera tal que estas le permitan gozar y disfrutar de sus derechos. La seguridad jurídica es considerada un elemento esencial que constituye el Estado de derecho (Jorge Prats, 2003, p. 650). A su vez representa su fin inmediato, siendo la justicia su fin mediano (Gallardo Rueda, 1949, p. 75). Por lo que algunos autores sostienen la existencia de una dicotomía o bifurcación entre la justicia y la seguridad.

Mientras la justicia tiende a la esfera del deber ser, el derecho procura la seguridad para hacer posible la convivencia social. Es al mismo tiempo innegable que el derecho, para ser tal, debe estar orientado a la idea de lo justo. “Toda injusticia no es, por lo tanto, más que una acción arbitraria; es decir un ataque contra la idea de derecho” (von Ihering, 2003, p. 21). La contradicción en ocasiones entre lo que es derecho y justicia se evidencia en la teoría del abuso del derecho, puesto que puede haber derechos injustos, “antisociales,

antinaturales y antieconómicos” (Ossorio, 2001, p. 553). La esclavitud en Roma se sustentaba en el derecho, si bien hoy día sabemos que era una injusticia rebajar a un hombre a ese estado.

Asimismo, se ha considerado la relación entre lo que es lícito y la moral. El jurista debe avocarse a la ley, de lo contrario la confianza en el ordenamiento jurídico y, con ello, la seguridad, pudieran verse comprometidas. Este debate sobre la relación del derecho y la moral fue propiciado por Kelsen en su *Teoría pura del derecho*, en la cual afirmó que el derecho debe ser estudiado y concebido como un conjunto de reglas ajenas a la moral, ya que esta pertenecía a un ámbito extraño al derecho (Kelsen, 2003, p. 45). Hoy sabemos que el ordenamiento jurídico tiene conceptos o instituciones de carácter moral, como es la buena fe, que se presume y se exige a los contratantes.

La idea subyacente en el pacto social descrito por Jean Jacques Rousseau es la de seguridad. Los individuos, para asegurar la convivencia social, donde reine la paz y la armonía y donde la lucha de todos contra todos, regida por la fuerza, cese, se ponen de acuerdo en establecer la ley como rectora de la comunidad. De este modo, todos sacrifican sus caprichos e intereses egoístas, en procura de garantizarse el disfrute pacífico de sus bienes y derechos (Rousseau, 2004, p. 24). La idea de seguridad está implícita en el derecho. Los hombres se someten a la ley en la búsqueda de su seguridad y la de sus bienes.

Las distintas ramas del derecho desde sus respectivos ámbitos procuran la seguridad jurídica. La libertad, la vida y la protección de los bienes encuentran amparo en el derecho penal que castiga los crímenes y delitos contra las personas y las propiedades. El ámbito de predictibilidad de la actuación de los poderes públicos, como forma de evitar abusos por parte de las autoridades, está contemplado en el derecho administrativo. El derecho civil considera la seguridad

jurídica producto de las contrataciones entre los particulares, quienes confían en el contenido de la ley. La Constitución de la República Dominicana contempla la seguridad jurídica en el artículo 110: “La ley sólo dispone y se aplica para lo porvenir. No tiene efecto retroactivo sino cuando sea favorable al que esté sub júdice o cumpliendo condena. En ningún caso los poderes públicos o la ley podrán afectar o alterar la seguridad jurídica derivada de situaciones establecidas conforme a una legislación anterior”.

LA SEGURIDAD JURÍDICA PREVENTIVA

La seguridad jurídica preventiva comprende el ámbito de la justicia preventiva. Es aconsejable para un sistema jurídico la reducción de los litigios, ya que muchas veces la gran cantidad de litigios genera injusticias que colocan a las partes en condiciones de desigualdad. La seguridad jurídica preventiva procura eliminar, prevenir o al menos reducir los litigios entre los particulares, fruto de sus contrataciones. El registro de la propiedad y el notariado se constituyen en instrumentos del logro de la seguridad jurídica preventiva. Ambos, registradores y notarios controlan la legalidad de los documentos que les son sometidos a su consideración. Solo luego de examinar la validez de los actos jurídicos, el registrador extenderá el correspondiente asiento, proclamando un derecho real inmobiliario. El notario por su parte, solo luego de verificar que el acto en cuestión es de acuerdo al derecho, redactará el documento, amparado en la fe pública que le delega el Estado.

El registro de la propiedad

El registro de la propiedad representa una técnica de los Estados modernos de raigambre capitalista para ordenar la propiedad titulada, como forma de otorgar seguridad al comercio de los bienes inmuebles. La finalidad del registro es la publicidad de los derechos

inscritos. De este modo, todos podrán conocer las titularidades proclamadas como verdad oficial por el registro. Lo publicado será legítimo frente a un derecho no publicado. El registro a través de la publicidad protege al tercero registral si adquiere en las condiciones establecidas por el ordenamiento jurídico. El registro mantiene en su adquisición al tercero registral basado en una técnica que le permite orquestar todo el sistema de la publicidad inmobiliaria. A tales fines, se auxilia de importantes principios registrales, tales como publicidad, fe pública registral, legalidad y oponibilidad. El registro debe asegurar la propiedad inscrita para de este modo fomentar la circulación de las riquezas y la economía. Sin la publicidad inmobiliaria y sin la protección derivada de esta publicidad al tercero registral, no habría seguridad jurídica y el comercio sobre bienes inmuebles carecería de garantías.

El registro de la propiedad determina la dinámica y la conservación de los derechos reales inmobiliarios (Acedo Penco, 2019, p. 265). Los derechos una vez inscritos gozarán de un estado registral en el conjunto de los demás derechos. Esto implica que no se podrán tratar de manera aislada, sino que deberá considerarse cómo los derechos inscritos se relacionan entre sí, gracias a los principios registrales y a la propia dinámica del registro. El puesto registral tiene que ver con la posición (Manzano Solano y del Mar Manzano, 2008, p. 122) que ocupan los derechos en los libros registrales. En el historial de los inmuebles cada derecho tiene un orden y una prioridad, tratándose de derechos compatibles, determinados por el rango que ocupan en cada folio.

a) El registrador

El registrador de títulos es un funcionario público de naturaleza administrativa, dependiente jerárquicamente de la Dirección Nacional de Registro de Títulos y a cuyo cargo se encuentran las oficinas de los distintos registros de títulos, según establece el artículo

17 del Reglamento General de Registro de Títulos. El registrador publica los derechos reales inmobiliarios y sus afectaciones, sirviendo con ello a la seguridad jurídica del mercado inmobiliario. Tiene a su cargo el procedimiento registral, que se inicia con la petición o solicitud de inscripción, a los fines de que extienda el asiento correspondiente, luego de examinar y ponderar la legalidad de los documentos sometidos, consistiendo en ello la función calificadora. Califica los documentos presentados con fines de inscripción, de manera independiente y sin estar sujeto a injerencias de carácter interno o externo sobre su función calificadora.

La aplicabilidad de los principios registrales y el rol del registrador juegan un importante papel para garantizar la seguridad jurídica preventiva del comercio inmobiliario. El registrador depura los derechos que entrarán al sistema, de manera que solo se inscriban los derechos válidos y perfectos, de ahí que pueda denominarse guardián de la seguridad jurídica preventiva.

b) La función calificadora

La función calificadora está a cargo del registrador y consiste en “examinar, verificar y calificar el acto a inscribir, sus formas y demás circunstancias [...]”, de acuerdo con el artículo 96 de la Ley 108-05 de Registro Inmobiliario. A través de la función calificadora el registrador depura los actos sometidos a inscripción, controlando con ello su legalidad. Este control así ejercido contribuye a la prevención de litigios, toda vez que deberá verificarse la validez del acto sometido, lo que comprende verificar si se cumplen las condiciones de validez de las convenciones establecidas en el artículo 1108 del Código Civil: “Cuatro condiciones son esenciales para la validez de una convención: el consentimiento de la parte que se obliga, su capacidad para contratar, un objeto cierto que forme la materia del compromiso, una causa lícita en la obligación”. A través del control que ejerce el registrador sobre la procedencia del acto y sobre los demás requisitos

de validez, contribuye a la materialización de la seguridad jurídica preventiva de un determinado sistema registral.

El sistema registral dominicano es constitutivo y convalidante del derecho inscrito sobre los efectos del registro, tal como establece el artículo 90 de la Ley 108-05 de Registro Inmobiliario. Es por ello que la inscripción purga los vicios que pudiera tener el acto, deviniendo legítimos los derechos luego de inscritos. De ahí que la legitimidad o legitimación sea un efecto de la inscripción. El control de legalidad ejercido a través de la función calificadora determina que entren al sistema los actos válidos y verdaderos. A ello se debe la importancia de la función calificadora en la consecución de la seguridad jurídica preventiva.

También el notario interviene en la tarea de la prevención de litigios, si bien en nuestro medio, la función notarial no se ejerce exclusivamente sobre los actos auténticos, pudiendo ser bajo firma privada los documentos que constituyan, transmitan, declaren, modifiquen o cancelen derechos reales, tal como indica el artículo 35 del Reglamento General de Registro de Títulos. La seguridad jurídica preventiva fuera mayor si solo se aceptaran actos auténticos para las transacciones que contengan mutación jurídico-real, tal como sucede en otros países. El acto auténtico contiene el negocio de las partes y es lo que se inscribirá en el registro de la propiedad. Es recomendable que los actos donde conste trascendencia inmobiliaria se instrumenten mediante actos auténticos, debido a sus características y reglas de confección. También porque en el notariado de tipo latino el acto auténtico es un medio de prueba de mayor valor (Tito Villena, 2013, p. 27) que otro tipo de acto.

El notariado

El notariado de tipo latino es, junto al registro de la propiedad, una institución de control preventivo de controversias. El notario de

raíz latina se erige en guardián de la seguridad jurídica preventiva, ya que asesora a las partes, juzga su capacidad y les da forma a sus voluntades, adecuándolas al derecho (Abreu de Polanco, 2005, p. 95). Esto convierte al notario en un filtro de legalidad y evita litigios. El mercado inmobiliario requiere respuestas certeras y rápidas, contenidas muchas veces en actos auténticos que gozan de fe pública, si bien es el registro quien proclama la verdad oficial de los derechos reales inmobiliarios. El notario es quien luego de comprobar los requisitos legales, autoriza el acto auténtico en virtud de la fe pública que le otorga el Estado. A ese efecto deberá (González Barrón, 2008, p. 589; de la Quintana Solís, 2020, p. 25):

Recibir o indagar la voluntad de las partes. Dar forma jurídica a esa voluntad, autorizar el documento público con el que se formaliza el acto o negocio, dotándole de fe, es decir, afirmando que los hechos narrados por el notario son ciertos, y admitiendo la ley esa peculiar característica, conservar el documento a fin que en cualquier momento pueda conocerse su contenido, expedir copias del documento, puede resumirse en dar forma pública.

La seguridad jurídica se fundamenta en la fe pública notarial: “La seguridad jurídica otorgada por el notario de fe pública radica en la certificación de la manifestación de voluntad por parte del notario de fe pública, dando seguridad a los negocios jurídicos, en el marco del principio de inmediatez con certeza jurídica en la elaboración de los instrumentos públicos notariales” (Gutiérrez Cabas, 2021, p. 7).

La fe pública del notario es un principio (Lucas-Baque y Albert Márquez, 2019) que otorga autenticidad al documento, teniéndose como verdaderos los hechos que en ellos consten. A su vez, los actos auténticos se revisten de mayores garantías por la forma en que son confeccionados (Meneses Pacheco, 2018). No así los actos bajo firma privada, en los cuales el notario solo legaliza las firmas de las partes

intervinientes sin dar fe del contenido del acto. El artículo 20 de la Ley 140-15 del Notariado indica que “La fe pública delegada por el Estado al notario es plena respecto a los hechos que, en el ejercicio de su actuación, personalmente ejecute y compruebe, así como en los actos jurídicos de su competencia. Esta fe pública alcanza el hecho de haber sido otorgada en la forma, lugar, día y hora que en el instrumento se expresa”.

En la República Dominicana el notariado no asume los actos auténticos de manera exclusiva para los actos que contienen constitución, declaración, transmisión, modificación o extinción de derechos reales inmobiliarios, lo que sería recomendable ya que los actos auténticos fortalecen los sistemas registrales debido a que el notario da fe de su contenido y se cerciora de la veracidad de los hechos que constan en tales actos. La recepción de los actos bajo firma privada en la República Dominicana, conlleva un debilitamiento de la seguridad jurídica preventiva, debido a que el rol del notario se limita a legalizar las firmas de las partes. En países con sistemas de gran seguridad jurídica preventiva, como el español, el suizo o el alemán, se exigen exclusivamente los actos auténticos para los títulos inscribibles que son los que reúnen los requisitos formales de acuerdo con la ley (Juárez Torrejón, 2016, p. 50).

En la aplicación del actual Reglamento General de Registro de Títulos se desvela un defecto de diseño en nuestro sistema inmobiliario registral, ya que el artículo 35, literal c, permite el ingreso al registro de actos bajo firma privada para las actuaciones con trascendencia jurídico-inmobiliaria. Esta admisión al registro de tales actos es una contradicción para un sistema de fuerte seguridad jurídica preventiva. Sistemas con reputada tradición en el logro de la seguridad jurídica preventiva, como los mencionados anteriormente, no admiten actos bajo firma privada como fundamento de una actuación registral, sino que exigen actos auténticos, por el valor de estos últimos frente a los primeros.

La valoración de la práctica notarial como frágil en la República Dominicana no impide aser que los actos con trascendencia inmobiliaria deben contenerse en actos auténticos. Debido a que, si bien es cierto la existencia de prácticas corruptas de algunos notarios, la tesis psicológica-naturalista, que afirma que la fe pública es una convicción social y por tal virtud la sociedad pudiera desestimar la fe pública de un acto auténtico por haber perdido la confianza en la institución notarial, no tiene origen legal, como sí lo tiene la fe pública, de acuerdo con la Ley 140-15 del Notariado, en el artículo 20, citado más arriba. De manera tal, que la desconfianza que pudiera tener la colectividad o una parte de ella en la notaría no va en desmedro de la figura de la fe pública notarial que coadyuva al logro de la seguridad jurídica preventiva.

El aspecto notarial descrito en el presente estudio sobre la flexibilización de la norma, en cuanto a los requisitos exigidos para entrar al registro los documentos con trascendencia inmobiliaria, abre campo para estudiar la manera en que otros sistemas inmobiliarios de avanzada tratan este aspecto en la aplicación de sus modelos registrales, de forma tal que al comparar el sistema dominicano con estos de referencia podamos tomarlos como modelos para implementar sus prácticas en este ámbito en aras de la consecución de una mayor seguridad jurídica preventiva.

Adoptar de manera exclusiva la escritura pública (actos auténticos) en la República Dominicana, sin la posibilidad de recepción de actos bajo firma privada, como indica el artículo 35 del Reglamento General de Registro de Títulos, abriría el debate sobre la procedencia de la doble calificación entre notarios y registradores. Bajo el sistema de escritura pública, el escribano ya ha controlado la legalidad del acto, dándole forma y sometiéndolo al ordenamiento jurídico. Por lo que cabría preguntarse si será necesario la revisión del registrador sobre lo ya calificado por el notario (de Reina Tartière, 2011, p. 12). El notario, si bien actúa dentro del marco de la legalidad, podría faltar a la

objetividad e imparcialidad, de igual modo pudiera sufrir presiones. Por lo que sería recomendable la doble revisión tanto la calificación notarial como la registral.

SEGURIDAD JURÍDICA REGISTRAL

Estática

La seguridad jurídica estática protege al titular inscrito sobre la evicción. La protección del titular registral tiene rango constitucional (Sentencia TC/0585/17, 1 de noviembre de 2017). De igual modo, la protección otorgada por el sistema registral a la titularidad del propietario inscrito se encuentra establecida en la Ley 108-05 de Registro Inmobiliario, al establecer en el principio IV que “Todo derecho registrado de conformidad con la presente ley es imprescriptible y goza de la protección y garantía absoluta del Estado”. El titular inscrito para gozar de su derecho necesita la protección del sistema contra el cuestionamiento de su derecho y frente a vicios que hubieren antes de su adquisición (Caicedo Escobar, 1997, p. 8).

Dinámica

El sistema registral necesita proteger a los terceros. Estos deben contar con la protección del sistema, ya que toman decisiones basados en la verdad oficial publicada por el registro. El tráfico jurídico inmobiliario necesita —ya sea para adquirir una vivienda, desarrollar un proyecto turístico o para la concesión de un crédito hipotecario (Acedo Penco, 2019, 266)— tener la certeza de la titularidad del derecho real inmobiliario inscrito. Es decir, saber quién es el titular de acuerdo con el registro. La doctrina española ha identificado dos clases de terceros. La teoría monista, por un lado, que considera que tercero es quien adquiere de titular inscrito, de buena fe, a título oneroso e inscribe su derecho. Este tercero está protegido por el principio de la

fe pública registral. Por el otro, la tesis dualista, la cual afirma que al tercero solo le será oponible aquello que conste inscrito, de manera tal que solo lo inscrito le vincula. Esta tesis sustenta el principio de oponibilidad.

PRINCIPIOS GARANTES DE SEGURIDAD JURÍDICA PREVENTIVA

Los principios registrales configuran los distintos sistemas registrales y permiten la materialización de la seguridad jurídica del comercio inmobiliario. Se constituyen en directrices que orientan al registrador en el ejercicio de la función calificadora. También determinan el procedimiento registral. Los principios de publicidad, fe pública registral, legalidad y oponibilidad influyen de manera directa en la seguridad jurídica preventiva debido a sus efectos dentro del sistema registral, así como en el tráfico jurídico inmobiliario. Los principios registrales se vinculan entre sí para lograr la seguridad jurídica del comercio.

a) Principio de publicidad

El principio de publicidad establecido en la Ley 108-05 de Registro Inmobiliario “[...] establece la presunción de exactitud del registro dotando de fe pública su constancia”. Este principio es un efecto de la inscripción, la cual produce la legitimación de lo inscrito (Sánchez-Calero y Sánchez Calero Arribas, 2006, p. 140). El contenido publicado por el registro se presume exacto. Esta presunción no admite prueba en contrario, salvo en el caso de revisión por causa de error material y de fraude, según indica el artículo 90 de la Ley 108-05 de Registro Inmobiliario. La presunción de exactitud del registro contribuye a la seguridad jurídica, ya que solo lo inscrito tendrá efectos jurídicos en la realidad material. La presunción de exactitud del registro frente al tercero registral es *iuris et de iure* en el sistema dominicano, es

decir, que no admite prueba en contrario, salvo en los casos de dolo o mala fe. Esta deberá ser probada para que el tercero registral no sea protegido por el sistema. El principio de publicidad es una forma de establecer la exactitud y la integridad de lo publicado por el registro.

b) Principio de fe pública registral

La fe pública registral opera en la protección que el sistema otorga al tercero registral, que antes de contratar consulta el contenido del registro y confía en sus informaciones. Una vez inscrito su derecho y cumpliendo con los requisitos de haber hecho la adquisición de quien figura en el registro como titular, a título oneroso y que haya adquirido de buena fe (TC/0585/17, 1 de noviembre de 2017), el sistema registral mantendrá su adquisición frente a cuestionamientos de su derecho al margen del registro. Esta protección brindada al tercero registral, que adquiere en estas condiciones, hace que el sistema registral sea seguro y garantice la propiedad inscrita, lo que redundará en crecimiento económico al ser objeto de crédito la propiedad titulada.

De manera tal, que en el principio de fe pública registral descansa la seguridad de un determinado sistema registral. La fe pública registral goza de una presunción *iuris et de iure* en nuestro sistema y se mantendrá en su derecho al tercero registral, como en otras legislaciones (Sánchez Calero y Calero Arribas, 2019, 169) salvo en caso de dolo o mala fe.

c) Principio de legalidad

El principio de legalidad consiste en la depuración previa del derecho a registrar. En esta tarea el registrador juega un papel determinante, ya que es el funcionario encargado de establecer cuáles derechos son inscribibles y cuáles no. Una vez inscritos, los derechos se considerarán como válidos y verdaderos teniendo gran incidencia en el comercio

inmobiliario. El registrador deberá examinar si la documentación presentada cumple con los requisitos de forma y fondo establecidos en la Constitución, la Ley de Registro Inmobiliario, el Código Civil, otras leyes aplicables, el Reglamento General de Registro de Títulos y demás disposiciones complementarias, de acuerdo al artículo 49 del Reglamento General de Registro de Títulos. La seguridad jurídica preventiva se materializa a través del control de la legalidad de los documentos que pretenden ingresar al registro. Solo lo que es de acuerdo a derecho puede influir en la prevención y reducción de futuras controversias.

d) Principio de oponibilidad

La oponibilidad de los derechos será posible solo sobre aquello que figure inscrito en el registro. Los títulos contentivos de mutación jurídico-real que no consten inscritos no serán oponibles a tercero. Podrá desconocer aquellas situaciones, como cargas, gravámenes, créditos y derechos que no consten inscritos (Álvarez Caperochipi, 2006, 229). El principio de oponibilidad garantiza al tercero que inscribe su derecho que no será afectado por situaciones no manifiestas que no consten publicadas, garantizando con ello las contrataciones inmobiliarias. Por esto se afirma en el párrafo II de la Ley 108-05 que “Sobre inmuebles registrados, de conformidad con esta ley, no existen derechos, cargas ni gravámenes ocultos que no estén debidamente registrados, a excepción de los que provengan de las leyes de aguas y minas”. La inoponibilidad de títulos (actos) no inscritos hace del sistema registral una garantía para el comercio inmobiliario, puesto que el registro solo garantiza lo que consta inscrito, desconociendo cualquier situación al margen del registro.

CONCLUSIONES

La seguridad jurídica como valor supremo del derecho y como su fin inmediato, comprende la seguridad jurídica preventiva, la cual consiste en la prevención o eliminación de posibles controversias. Para lograr este cometido el registrador y el notariado de tipo latino son esenciales. Asimismo, para garantizar la seguridad jurídica el registro debe proteger la titularidad del propietario inscrito, lo que se conoce como seguridad estática, teniendo este la garantía contra la evicción y frente a cuestionamientos de su derecho por títulos anteriores a su adquisición. A su vez, protege a los terceros que contratan basados en la verdad oficial publicada por el registro, esto es la seguridad dinámica.

El registrador a través del ejercicio de la función calificadora asegura la legalidad de la documentación depositada con fines de inscripción. Deberá verificar la procedencia del acto y su validez. Junto a la función calificadora, tienen incidencia en el logro de la seguridad jurídica preventiva importantes principios registrales, tales como publicidad, fe pública registral, legalidad y oponibilidad.

El notariado latino, por su parte, adoptado en la República Dominicana, influiría de manera mucho más favorable en el logro de la seguridad jurídica preventiva, a través de la exigencia exclusiva de los actos auténticos que por sus características y reglas de confección otorgan mayores garantías y seguridad a los actos contentivos de mutación jurídico-real que los actos bajo firma privada. Si bien esto equivaldría a un coste mayor para las partes, redundaría en el incremento de la seguridad jurídica preventiva. Las reglas de confección de los actos auténticos les otorgan mayor seguridad, ya que lo autorizado por el notario gozará de fe pública, al ser esta una figura legal, no sujeta a una percepción social, como sostiene la tesis psicológica-naturalista, tal como puede colegirse de la Ley 140-15 del Notariado de la República Dominicana.

La obligatoriedad de que los derechos con trascendencia inmobiliaria consten en actos auténticos, excluida la posibilidad de los actos bajo firma privada, constituiría al notario en el primer filtro de legalidad sobre los documentos que autentifique, no eximiendo este control previo de legalidad, el ejercicio de la función calificadora por parte del registrador. En el sistema actual dominicano, sobre los actos bajo firma privada, el notario solo legaliza las firmas de las partes intervinientes. Mientras que de admitirse en nuestro sistema los actos auténticos de manera exclusiva, el notario daría fe del contenido del acto, otorgando con ello mayores garantías al mercado inmobiliario.

La aplicación del artículo 35, literal c, del Reglamento General de Registro de Títulos debilita el afianzamiento de la seguridad jurídica preventiva que se espera de los sistemas inmobiliarios registrales de fuerte protección al tercero registral o tercer adquirente a título oneroso y de buena fe. Debido a esto sería aconsejable permitir solamente la entrada al registro de los títulos formales auténticos y no bajo firma privada, tal como ocurre en países cuyos sistemas inmobiliarios registrales son de avanzada por la fuerte protección que brindan al tercero registral.

REFERENCIAS

Acedo Penco, A. (2019). *Derechos reales y derecho inmobiliario registral*. 4.^a Ed. Madrid: Dykinson.

Álvarez Caperochipi, J. A. (2006). *Derecho inmobiliario registral*. 2.^a Ed. Granada: Editorial Comares.

Alies Rivas, H. E., Conde Jiminián, J. M., Batista Grullón, F., Domínguez, A. S., Rodríguez Portalatín, B., Henríquez Hernández, K. H., Méndez Cabrera, A. M., Soler Báez, K. A., Delgado Vales, M. E., Barinas Ubiñas, D., Hernández Perera, Y., Solís Taveras, L., de la Rocha Camilio, Y. M. (2021). *Apuntes de derecho inmobiliario registral: a cien años*

de la Orden Ejecutiva núm. 511 de 1920. República Dominicana: Librería Jurídica Internacional, SRL.

Abreu de Polanco, R. I. (2005). *Lecciones de derecho notarial.* Santo Domingo: Servicios Gráficos Integrados.

Caicedo Escobar, E. (1997). *Derecho inmobiliario registral: Registro de la propiedad y seguridad jurídica.* Santa Fe de Bogotá- Colombia: Editorial Temis, S.A.

de la Quintana Solís, A., Gonzáles Barrón, G. (2020). *Aplicación de la fe pública notarial en el otorgamiento de los documentos y la afectación a la seguridad en la celebración de la escritura pública dentro de los despachos notariales.* Trabajo de fin de máster. <https://repositorio.uandina.edu.pe/handle/20.500.12557/3889>

de Reina Tartièrre, G. (2011). *Derecho registral inmobiliario.* Buenos Aires: IB de F. Montevideo-Buenos Aires.

Gallardo Rueda, A. (1949). *Fe pública y seguridad jurídica.* <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2776248>

Gutiérrez Cabas, W. (2021). El notario de fe pública y el fortalecimiento de la carrera notarial. *Revista Jurídica de Derecho*, 14(10). http://www.scielo.org.bo/scielo.php?pid=S2413-28102021000100007&script=sci_arttext

Jorge Prats, E. (2003). *Derecho constitucional*, 1.^a ed. vol. I. Santo Domingo, República Dominicana: Gaceta Judicial.

Juárez Torrejón, A. (2016). *Temas de derecho inmobiliario registral.* Madrid: Tecnos.

Kelsen, H. (2003). *Teoría pura del derecho.* Argentina: Eudeba.

Lucas-Baque, S. J., Albert-Márquez, J. J. (2019). Los principios notariales como aporte a la justicia preventiva y a la seguridad jurídica. *Pol. Con.*, 39(4):41-66. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7164381>

Meneses Pacheco, C. (2018). Significado de la fe pública en la prueba por medio de documentos públicos. *Revista de Derecho*, 1(25). <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-97532018000100181>

Manzano Solano, A., del Mar Manzano Fernández, M. (2008). *Instituciones de derecho registral inmobiliario*. Madrid: J. San José, S.A.

Moreno Ubric, R., Cabeza Pérez-Manglano, A., Fernández López, M., Funes Beltrán, T., María García Guirao, J., Gómez Pérez, A., Marco Menchón, S., Martínez Magallanes, R., Ortiz Ramírez, J., Rubiras Valenzuela, V., Signes Pascual, M., Tenza Llorente, M. (2021). *Manual de derecho inmobiliario*. España: Aranzadi.

Ossorio, M. (2001). *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*, 28.ª ed. Argentina: Editorial Heliasta, SRL.

Rousseau, Jean-J. (2004). *El contrato social*. Madrid-España: Edimat Libros, S.A.

Santos Cervantes López, R. (2020). *La seguridad jurídica en el tráfico inmobiliario*. *Revista Oficial de Poder Judicial*, 13(11). <https://orcid.org/0000-0002-2786-4330>

Sánchez Calero, F. J., Sánchez Calero Arribas, B. (2019). *Manual de derecho inmobiliario registral*, 6.ª. Ed. Valencia: Tirant Lo Blanch.

Sánchez Calero, F. J., Sánchez-Calero Arribas, B. (2006). *Manual de derecho inmobiliario Registral*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Tito Villena, A. A. (2013). *Notariado latino. Garantía de seguridad jurídica*. Lima, Gaceta Notarial.

von Jhering, R. (2003). *La lucha por el derecho*. Madrid: Reus. ■



REPÚBLICA DOMINICANA
**ESCUELA NACIONAL
DE LA JUDICATURA**



**SABER Y
JUSTICIA**
República Dominicana
**ESCUELA NACIONAL
DE LA JUDICATURA**

CALLE CÉSAR NICOLÁS PENSON #59, GASCUE, SANTO DOMINGO, D.N. REPÚBLICA DOMINICANA
TEL. 809-686-0672 | WWW.ENJ.ORG