Revista Judicial, Poder Judicial de Costa Rica, Nº 124, págs 33-27 ISSN 2215-2385 / octubre 2018

LA CARGA DE LA PRUEBA EN LA REFORMA CIVIL: ¿CARGA DINÁMICA, REINVERSIÓN DE LA PRUEBA, ¿REDISTRIBUCIÓN DE LA PRUEBA O FACILIDAD PROBATORIA A TRAVÉS DE SANCIONES PROCESALES?

MSc. Jorge Olaso Álvarez[*]
jeolaso@yahoo.com

RESUMEN*:*

La reforma laboral en Costa Rica es consecuencia de diversos antecedentes históricos que antecedieron a su promulgación. A través de este texto se busca analizar esos antecedentes normativos y marcar sus diferencias y similitudes con la nueva normativa que actualmente nos regula. Esos antecedentes, a diferencia de la reforma procesal laboral que nos rige, pretendían solo modificar aspectos sustantivos del derecho laboral, por ende, su análisis es de obligada lectura para todas aquellas personas que planteamos los problemas que provoca una legislación que modifica aspectos pero que deja vigente regulaciones del siglo pasado.

Palabras clave*: Prueba, Reforma procesal civil, reinversión de la carga de la prueba, redistribución de la carga de la prueba, carga dinámica de la prueba, facilidad probatoria, debido proceso, verdad.*

The burden of proof in civil reform: dynamic burden, reinvestment of proof, redistribution of proof or ease of proof through procedural sanctions?

ABSTRACT:

The labor reform in Costa Rica is a consequence of diverse historical antecedents to its enactment. The purpose of this text is to analyze those normative antecedents and to mark their differences and similarities with the new regulations that currently regulate us. Those antecedents, unlike the labor procedural reform that governs us, intended only to modify substantive aspects of labor law, therefore, its analysis is mandatory reading for all those of us who raise the problems caused by legislation that modifies aspects but leaves in force regulations of the last century.

Keywords: *Evidence, Civil procedural reform, reinvestment of the burden of proof, redistribution of the burden of proof, dynamic burden of proof, ease of proof, due process, truth.*

---

* Juez de la República de Costa Rica desde hace 28 años. Profesor universitario en la Escuela Libre de Derecho, Universidad de Costa Rica y Profesor de la Escuela Judicial de Costa Rica. Master en Derecho Laboral y de Seguridad Social de la UNED, actualmente, se encuentra terminando sus estudios de Doctorado en Derecho. Autor de las siguientes obras "La prueba en materia civil" y "La prueba en materia laboral", "Derecho Sancionatorio Laboral", "Manuel de Desarrollo Esquemático de la Reforma laboral" y autor de diversos artículos en materia civil, comercial y laboral. Ganador del Premio Ulises Odio por el libro "La prueba en materia laboral", en 2017. Juez de Tribunal de Apelaciones en el Tribunal Segundo Civil, Sección Primera de San José y actualmente se encuentra laborando como Magistrado Suplente de la Sala Segunda.

1. *Antecedentes y vínculos con el principio dispositivo*

Este estudio busca desarrollar un supuesto muy concreto que establece la Reforma Procesal Civil que entrará en vigor en Costa Rica, en octubre del 2018, específicamente, el numeral 41.1 y las derivaciones de la carga de la prueba ahí establecidas.

En primer término, para entender las nuevas hipótesis que la carga probatoria plantea, es importante destacar que la disposición señalada parte de las mismas premisas que establece el actual artículo 317 del Código Procesal Civil. Entre estas premisas, tenemos que la carga probatoria corresponderá:

> *a) Al que formula la pretensión, respecto de los hechos constitutivos de sus derechos y*
> *b) al que se oponga a una pretensión, con respecto a los hechos modificativos, modificativos o extintivos de los derechos de la parte actora.*

Hasta ahí la norma no modifica la derivación tradicional del principio dispositivo tal y como, a su vez, es desarrollado en la Reforma, concretamente en el artículo 2.4[1].

Sin embargo, en estas líneas, pretendo enfocarme en una aplicación distinta del principio dispositivo referida al marco de creación de los hechos de la demanda (y de la contestación) y al ofrecimiento de prueba derivada de esta construcción.

Este aspecto del principio citado es desarrollado por algunos autores. En este sentido, Andrés de la Oliva y Miguel Ángel Fernández analizan que el principio dispositivo se materializa también en fijar y probar los hechos que les interesan (*iudex iudicet secundum allegata et probata partium),* también llamado por otros "principio de aportación de parte" o "principio de controversia o dualidad de partes"[2].

De igual forma, De la Oliva, pero esta vez junto con Ignacio Diez-Picaso Giménez y Jaime Vegas Torres, desarrollan los vínculos entre el principio dispositivo y el derecho fundamental de acceso a la justicia. Ellos explican que admitir pruebas para acreditar los hechos es una manifestación clara del derecho de acceso a los órganos jurisdiccionales, por lo que concluyen que no existirían infracciones a este derecho fundamental, si el ordenamiento (procesal) permite solo ciertos medios de prueba o limite la materia a probar, es decir, aquellas sobre las que pueda producirse debate y prueba[3].

En mi criterio, esta posición podría encontrar cierta simetría argumentativa con el voto número 1739-92 de nuestra Sala Constitucional que para muchos constituye el fundamento en nuestra jurisprudencia de los principios que enmarcan el debido proceso. Señalo esto, en virtud de una parte del voto donde se cita textualmente lo indicado en la sesión extraordinaria de la Corte Plena del 26 de abril de 1984, la cual dispone lo siguiente:

> *[…] El artículo 41 de la Constitución puede resultar quebrantado, en su segunda regla, por los jueces o por el legislador: por los primeros cuando deniegan en el fallo, sin motivo, una petición que debió concederse, y por el legislador si estableciera obstáculos procesales, fuera de toda razón, que prácticamente impidan el acceso a la justicia, un excesivo formalismo puede conducir, de hecho, a una denegación de justicia […]. (Lo destacado no es parte del original).*

Esta cita expresa del voto tocante a los "*obstáculos procesales*" que puede provocar la normativa es el prisma con el que pretendo enfocar lo que el artículo 41.1 establece (ya no en cuanto a las dos premisas tradicionales arriba reseñadas), sino en cuanto a que estas deban aplicarse teniendo en cuenta:

1) La disponibilidad y la facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes, de acuerdo con la naturaleza de lo debatido.

2) Excepto en los supuestos donde existan disposiciones legales que distribuyan con criterios especiales la carga de la prueba.

Esta temática de la "disponibilidad y facilidad probatoria" correspondiente a cada una de las partes ha sido discutida en foros y seminarios con ocasión de la Reforma Procesal Civil, y por esto, considero pertinente referirnos acerca de si esa frase enmarca una "carga dinámica probatoria", una "reinversión o redistribución de dicha carga" o algún otro instituto o teoría que dé contenido a esta frase.

No obstante, antes de efectuar ese análisis conceptual, es importante referirse a la temática de la "búsqueda de la verdad" que también es introducida en la reforma como una de las potestades de los tribunales (artículo 5.6); pero siempre dentro de los límites establecidos por el ordenamiento.

Ahora bien, la sola mención del término "mágico" verdad nos lleva a efectuar un breve desarrollo dogmático en torno a los vínculos existentes entre la prueba y este término lleno de incerteza, misticismo, creencia y convencimiento emocional al que denominamos verdad.

2. *La búsqueda del santo grial de la verdad y el misticismo probatorio*

En aras de desarrollar de una forma concisa y concreta esta temática, me basaré en el planteamiento realizado en una tesis de grado de Licenciatura de la Universidad de Costa Rica elaborada en forma brillante, y que tuve el honor de dirigir. Se trata de la tesis denominada *La exigencia de fundamentación de la valoración de la prueba. El esclarecimiento de una íntima convicción disfrazada*, de Jairo Arias Montoya.

En el marco metodológico de su trabajo, Arias Montoya nos señala que debemos partir de la premisa de que las personas juzgadoras dirigen su labor en función de un conocimiento de los hechos. Dicho conocimiento, en el marco evolutivo de la historia, se ha visto influenciado por aspectos mágicos, similares a las de búsqueda mística del Santo Grial por parte de los caballeros que integraban la mesa redonda del legendario rey Arturo. Un ejemplo claro de esto es el conocimiento probatorio derivado de la ordalía, campo en el cual podemos colocar "[…] *cualquier experimento gnoseológico-místico donde se haya postulado un orden oculto diagnosticable por distintas vías"*[4]. La ordalía es un ejemplo de cómo la confusión entre delito y pecado hacía que los parámetros epistemológicos para la solución de los casos y la búsqueda de la verdad radicaran en aspectos mágicos.

Con el desarrollo del pensamiento científico, da inicio el "racionalismo" como una forma de dar soluciones "secularizadas", por lo que se da un rechazo a la especulación como una forma de conocimiento, sino el mismo debe derivar de un saber a partir de la experiencia. La génesis de esta teoría se le debe a JOHN LOCKE, quien sugiere que todo nuestro conocimiento proviene de la experiencia. Él nos ejemplifica su hipótesis de una forma muy simple. Supongamos que la mente es un papel limpio de cualquier idea, ¿cómo se adquieren esas ideas? ¿De dónde se obtiene todo aquello que la imaginación humana ha pintado en esa hoja de una forma casi infinita? ¿De dónde se saca el conocimiento? Locke sintetiza la respuesta a esas preguntas a través de la palabra experiencia, pues de ahí deriva el conocimiento humano.

Berthand Rusell (1947) cuestiona lo que afirma Locke, ya que muchas veces los datos obtenidos a través de esas inferencias no responden a parámetros estrictamente racionales, sino muchas veces a una cierta fe. Como ejemplo de esto, se resalta que cuando se ve una manzana, la experiencia me hace esperar que sabrá como manzana y no como carne asada, pero esa esperanza CARECE DE UNA JUSTIFICACIÓN RACIONAL, por lo que podríamos concluir que los casos donde no tenemos la experiencia se asemejan a los que hemos comprobado, lo cual evidentemente es incorrecto (tomo II, p. 287).

Aplicando esta teoría empírica a la construcción fáctica que realiza la persona juzgadora, podríamos concluir que la experiencia de dicha persona muchas veces no alcanza para tener un conocimiento del hecho debatido. Por ejemplo, si se deben apreciar los defectos que contiene un determinado objeto, cuando en realidad, la experiencia no permite inferir ese conocimiento, sino que debe recurrirse a una prueba técnica para llegar a una justificación racional de la decisión.

Por esto, como reacción a esa racionalidad empírica, se desarrolla la teoría la "epistemología del conocimiento inductivo" (Gascón Abellán, 2004), en el siglo XVIII, como una forma de llegar a certezas incuestionables. En otras palabras, como la experiencia no alcanza para deducir hechos, por la falta de conocimientos de la persona juzgadora, se debe utilizar un proceso inductivo. Dicho proceso inductivo no se fundamenta en reglas de la experiencia, sino más bien en función de la probabilidad de que un hecho ocurra de determinada forma o no.

Brown (citado por Gascón Abellán, 2004, p. 22) explicaba que, aunque no podemos probar la "verdad final" de una hipótesis, podemos producir un conjunto de reglas que nos permiten determinar el grado en que esta ha sido confirmada por los elementos de juicio disponibles. Dicha probabilidad puede entenderse de dos formas; primero, como un análisis con base en estudios estadísticos o matemáticos; por ejemplo, que por este tipo de estudios, se puede inferir que tal hecho ocurrió o, por el contrario, que no sucedió. Como anécdota de esto recuerdo un caso en el que la parte demandada pretendía demostrar, a través de una pericial estadística, como el accidente sufrido por la actora en un parque de diversiones no se pudo dar (voto número 288, de las quince horas diez minutos del veinticuatro de septiembre de dos mil diez, Tribunal Segundo Civil, Sección Primera).

Una segunda forma de entender el tema de la probabilidad es cuando esta terminología se usa epistemológicamente para determinar que una proposición es verdadera o no, lo que en síntesis es utilizado muchas como una formula vacía de la argumentación (Hacking, 1975, p. 25 y (Ferrer-Beltrán, 2007, p. 94).

Un típico ejemplo de esto es la calificación de los hechos notorios o evidentes para denegar la admisibilidad de prueba (artículo 41.3 de la reforma). En esta segunda hipótesis, la probabilidad se basa en el grado de conocimiento que la persona puede tener en torno al "mundo" (noción epistemológica), lo que nos puede llevar a la creencia de una proposición sea "verdadera", y por esto se recurre a frases lingüísticas como lo notorio o lo evidente para determinar que un determinado hecho ocurrió.

En este contexto, lo "probable" se transforma en una forma subjetiva, ya que se basa en la probabilidad de que una persona (el juez o la jueza) le asigna a una proposición basado en la creencia "racional" de la proposición como elemento de juicio (Ferrer Beltrán-2007 p. 96). De esta forma, esta probabilidad proporciona ciertos fundamentos objetivos, a los cuales el conocimiento empírico (experiencia) no nos puede llevar, sin embargo, no llega a un grado absoluto de certeza, pero suministra un cierto grado de probabilidad de verdad.

Por ende, en el contexto de la fundamentación de sus decisiones, las personas juzgadoras se encuentran en la posibilidad de elegir entre un conocimiento con base en la experiencia o uno basado en probabilidades, en el que se dejan de lado aspectos emotivos o de mera intuición, teniendo claro que esta "racionalidad" solamente brindará respuestas probables y no certezas absolutas.

Una vez que hemos desarrollado los tres momentos históricos que determinan las formas con que las personas juzgadoras pueden acercarse al conocimiento de los hechos, me enfocaré a destacar qué importancia tiene para dichas personas ese conocimiento en función de la argumentación de las sentencias.

3. *La prueba como un elemento del descubrimiento*

Por una situación propia del desarrollo de la dogmática del derecho y quizás para responder a los cuestionamientos que las redes sociales y los medios de comunicación masivas efectúan en torno a las decisiones jurisdiccionales, las personas se muestran cada vez más interesadas en saber cómo las personas juzgadoras fundan sus resoluciones. Por esto, se han desarrollado actualmente los llamados estudios en torno a la argumentación jurídica. Al respecto, Gascón Abellán (2004) advierte que los juristas estamos preocupados en el problema de interpretación de las normas, entendiendo que el conocimiento de los hechos no resulta un problema de relevancia (pp. 195 y 196).

Esta visión deriva de una tradición jurídica que confía en la determinación de los hechos dentro de un proceso judicial y la forma en que las personas juzgadoras tenemos conocimientos de estos, ya que se considera extraño que se argumente en torno a esto como consecuencia en la razón empírica que arriba expliqué.

Esto provoca una carencia de criterios para saber cómo los hechos son determinados por los jueces o las juezas, lo que también es un problema que se traduce en las resoluciones judiciales y que hace difícil que las partes en el proceso puedan controlar esta determinación de los hechos probados o no acreditados en el fallo.

La autora citada indica que, a finales del siglo XVII y, especialmente en el siglo XVIII con el surgimiento de la crítica, se dio culto a la razón. Un ejemplo de esto es la obra de ISAAC NEWTON para quien la actitud hacia los hechos, la observación y la experiencia generaba una forma de comprensión de estos que no solo era determinante para las ciencias naturales, sino también para toda idea y todo proyecto que el pensamiento jurídico de la Ilustración (Voltaire, Buffon y Condillac) ideaba para la búsqueda de la verdad en el proceso judicial (p. 28).

La obra de Cesare Beccaria constituye un ejemplo claro de esto. En el campo del derecho penal, Beccaria se enfrentó a un sistema en el que subsistían los delitos religiosos de procedencia medieval, sancionados por ley real (*laesae Majestatis divinae)* tales como herejía, magia y sacrilegios. Eran penados por la jurisdicción eclesiástica (en España, el Santo Oficio de la Inquisición para los delitos contra la fe) o por la real ordinaria (blasfemias, bigamia, perjurio…) (Introducción, edición de 1974, p. 26). Se consideraba a la persona delincuente como pecadora, y su trato dentro del proceso era de esa confesión. Podemos ver resabios de esa perspectiva en los sistemas inquisitivos, donde la confesión era la plena prueba (tal y como sucede con nuestro Código Procesal Civil actual, artículo 338).

Esa unión con la religión tenía como consecuencia que el foco de la persecución penal se fundamentara en las características subjetivas del sujeto y no sobre lo fáctico, por lo que generó una omisión en la fundamentación. En este sentido, Francisco Tomás y Valiente afirma:

> *La oscuridad de las leyes, la aún mayor de la doctrina y (…) la ausencia de fundamentos de hecho y de derecho como justificación expresa de cada sentencia penal, hacían posible que la legalidad de estas fuese muy escasa y el margen de arbitrio judicial enorme (p. 28).*

Al criticar Beccaria (1764) la tortura en los juicios penales identifica cómo influyen los aspectos personales en la construcción de la decisión. Por tanto, si hay dos personas igualmente inocentes o culpables, será absuelto el que mejor soporte el dolor (debido a su anatomía, genética, etcétera), y será condenado el que tenga menor condición para soportar la tortura (p. 98). El razonamiento del fallo podría ser el siguiente:

> *Yo, juez, debía encontraros reos de tal delito; tú vigoroso, has sabido resistir al dolor, y, por tanto, te absuelvo; tú, débil, has cedido a él, y, por tanto, te condeno. Sé que la confesión arrancada entre*

> *tormentos no tiene fuerza alguna, pero os atormentaré de nuevo si no confirmáis lo que habéis confesado (Ibidem).*

"Como respuesta a estas deficiencias medievales, aunadas a las nuevas formas de conocimiento científico, el derecho dirige sus velas hacia el mar de los hechos, o sea aquello que por ser externo sí es susceptible de observarse, y produce un efecto tangible a la sociedad". (Gascón Abellán, 2004, p. 30).

Beccaria desarrolla esta idea, cuando indica que la verdadera medida de los delitos es el daño social (p. 140). Como consecuencia de esta separación del pensamiento mágico-religioso, los hechos y sus efectos son analizados de una forma más objetiva y comprobable que lo podrían ser desde un punto de vista empírico. Este Ideal fue recogido por Ferrajoli (1995) y el garantismo penal, al indicar que "[…] la determinación de lo que es punible *"se debe producir no con referencia a figuras subjetivas de status o de autor, sino sólo* [sic] *a figuras de comportamiento empíricas y objetivas"* (p. 34).

Ya en el marco de otras ramas del derecho de una naturaleza menos sancionatoria, se analizan los grados de conocimiento de los hechos propios de un proceso, a partir de la naturaleza de los medios de prueba.

Tal y como lo desarrollé anteriormente, la probabilidad es la respuesta que el conocimiento científico da al empirismo en torno al tema de la seguridad de lo que se conoce. Utilizando el desarrollo que Isaac Asimov efectúa en su obra "Yo robot" de 1950, podemos partir de la premisa de que el juez o la jueza no es un androide integrado por programaciones de todo tipo, con respecto al conocimiento. Por el contrario, es una persona dotada de voluntad, emociones y, por lo tanto, susceptible a engaños (Bentham, citado por Gascón Abellán, 2004, p. 31).

Ya esta condición era reseñada en las Antiguas Escrituras, cuando haciendo referencia al poder de Dios, se establecía que "[…] Su poder le da siempre la victoria. Sujetos a Él están el engañado y el que lo engaña. Él hace que los sabios pierdan su inteligencia y que los jueces se vuelvan locos". (Job, capítulo 12, versículo 17). Esta situación también fue objeto de análisis por parte de los doctrinarios de la Ilustración, quienes destacaban no solo esa condición de humanidad de la persona juzgadora, sino también las denominadas "pruebas evidentes, indubitables, demostrativas" son raras en el marco de cualquier tipo de juicio, pues la evidencia muchas veces carece de esas condiciones (Forner, citado por Gascón Abellán, *ibidem*).

Como una reacción natural a ese defecto probatorio, se deja la certeza de lado como una finalidad, y se transforma por un acercamiento al tema ya tantas veces citado de la "probabilidad" bajo las reglas de un proceso. Como una derivación de esa visión procesal, surgieron movimientos abolicionistas de las penas capitales, los cuales precisamente destacaban que, en todo proceso el error judicial, era condición siempre presente.

Para Gascón-Abellán la influencia de VOLTAIRE resultó de gran importancia para este tipo de análisis realizado por los juristas de la época, cuando manifestaba por ejemplo que, *"no puede haber certidumbre cuando física o moralmente es posible que las cosas sean de otra manera"* (Voltaire, citado por Gascón-Abellán, 2004, p. 32.). Así lo indicó en su *Diccionario filosófico* (1764), *"bajo el título de "Certidumbre. Cierto"*, -donde- *se dedicaba precisamente a glosar los graves errores judiciales del siglo"* (*Ibidem)*. La autora señala que, si bien es cierto, gran parte de estos errores judiciales eran producto del sistema inquisitivo y las prácticas judiciales que ya se han comentado, no obstante, su crítica *"reposaba también en la concepción probabilística del conocimiento de los hechos"* (*Ibidem*.).

Otro de los rasgos de este pensamiento "ilustrado" derivó en los modelos de cómo valorar la prueba, pues los modelos tasados de prueba eran propios de un monarca para preestablecer las decisiones de parte de los nobles que administraban justicia en su nombre. Por ejemplo, el valor del testimonio de un hombre frente al de una mujer o el número

de declarantes que debían rendirse para tener por acreditados ciertos hechos (tal y como sucede en nuestro actual artículo 25 del Código de Trabajo).

A través de estas máximas de la experiencia se pretendían obtener "deducciones infalibles". No obstante, la ilustración llevó a *"una apertura hacia esquemas valorativos basados en la convicción judicial, instalados en una concepción inductiva de la prueba, es decir, en un esquema probatorio que no se resuelve en conclusiones necesarias, sino sólo* [sic] *probables"* (*Ibidem*, p. 33.).

Encontramos ejemplos claros de esta crítica y sus diferencias con las probanzas tasadas, en Jeremías Bentham (1823) para quien eran falsas y malas las reglas que obligaban "*al juez a pronunciarse en contra de su íntima persuasión, a sacrificar el fondo por la forma, a juzgar como hombre de ley de muy distinta manera que lo haría como hombre privado"*. (Libro II, capítulo II, p. 6).

Las consecuencias de una filosofía fundada en la libertad y trasladada al marco jurisdiccional producen una mayor credibilidad hacía la persona del juzgador, como aquella llamada a apreciar con libertad las pruebas que se le sometan a su valoración, libertad que a su vez le exige una participación cognitiva independiente, pero muchas veces la rigidez del procedimiento convierte el proceso en un laberinto, como lo resalta Benthan al establecer que *"la forma de actuar puede ser constreñida, pero la manera de pensar no lo puede ser"*. (*Ibidem*).

Debemos entender que la libre convicción, tal y como lo planteaba la Ilustración, no era una libertad ilimitada para decidir sin fundamentos probatorios, sino el ajuste a un control racional de la prueba, "*significa que pertenece sólo* [sic] *al juzgador la decisión de dar probado un hecho a la luz del material probatorio, no, por tanto, que ello pueda hacerse sin pruebas"* (Gascón-Abellán, 2004, p. 33). De esta manera, se establece el principio ilustrado de la libre convicción[5].

La ideología en materia probatoria era muy buena, no obstante, su práctica en la etapa posterior a la Ilustración se desligó gravemente del pensamiento científico, tal y como lo deja reflejado Ferrajoli (1989): "por *el modo en que se concibió y practicó por la cultura jurídica post-ilustrada, se corresponde con una de las páginas políticamente más amargas e intelectualmente más deprimentes de la historia de las instituciones penales"* (p. 139).

Voy a hacer un resumen de lo que hasta ahora deseo plantear. Los sistemas de libre valoración de la prueba fueron creados para superar los problemas de la teoría del razonamiento deductivo, propios de la prueba tasada, por un sistema inductivo que encontraba en el carácter de la "probabilidad" de las pruebas su respuesta, lo que para sus ideólogos permitía un conocimiento más accesible de la prueba dentro de un proceso. Entonces, si el planteamiento buscaba esa libertad en la valoración, ¿cuál fue su problema?

Para Ferrajoli (1989, p. 139), dicha problemática se encontraba en la discrecionalidad en la valoración de las pruebas, como sustitución de las pruebas legales. De igual forma, Marina Gascón Abellán indica que dicha libertad vinculada a la presunción de inocencia y a la carga de la prueba, llevaba a la idea de que, ante el problema de insuficiencia probatoria, debía llenarse ese vacío a través del convencimiento de la persona juzgadora (2004, p. 34).

Ahora bien, dicho convencimiento propio de la mente del juez o de la jueza, en el marco de una libre convicción, se convierte en una "especie de momento místico" (Andrés Ibañez, citado por Gascón-Abellán, p. 35). Es tan místico que resulta incuestionable, inaccesible e incontrolable para las partes, ya que a través de él, se esquiva el problema de justificar el porqué de la inducción en un determinado sentido (Ferrajoli, 1989, p. 139).

En cierta medida, cómo una reacción a este pensamiento filosófico surge de la teoría de la subjetividad de la persona juzgadora para llegar a un conocimiento de los hechos, como un aporte del llamado "realismo norteamericano".

Las teorías de EDMUND HUSSERL y WILLIAM JAMES nos ofrecen soluciones en torno a lo que debe entenderse por "realismo" en el siglo XX. Según Campos-Zamora señala (2010, p. 196), HUSSERL expone no una teoría o una doctrina, sino un método, mediante el cual es posible alcanzar un conocimiento objetivo y esencial de la realidad, más allá de meros subjetivismos, de la siguiente manera:

> *Debemos partir del concepto de intencionalidad en su segunda variable*[6] *y utilizar el método de reducción fenomenológica, en sus dos formas, una primera en que se prescinda de las particularidades del objeto individualmente considerado, y una segunda que consiste en separar de él nuestros sentimientos, creencias o prejuicios, para así apreciarlo como es en realidad y no como creemos que es (Ibidem, pp. 197-198).*

Aplicando esto a la función de un juez o de una jueza, sería un procedimiento para acercarnos a la "realidad" del objeto o de la figura en estudio, excluyendo sus particularidades concretas y, a su vez, sus "preconcepciones" en torno a estos aspectos y así apreciar de una forma menos compleja la realidad.

> *Por otro parte, JAMES recalcaba la utilidad de conocer la realidad y no la verdad, al afirmar que "el intelecto es dado al hombre, no para investigar y conocer la verdad, sino para poder orientarse en la realidad" (Ibidem); es decir: "la verdad radica en la utilidad, y en el éxito, por lo tanto, todo conocimiento es práctico si sirve para algo, si es posible de alcanzar" (James, citado por Campos-Zamora, 2010, p. 198). Se debe tener claro que la utilidad no se determina por la satisfacción de necesidades materiales, sino en tanto sirva para el desarrollo del hombre en sociedad (ibidem).*

El realismo jurídico norteamericano se fundamenta en estos dos autores. Según Labarca-Prieto (1975), su éxito en esas latitudes deriva de la idea de efectuar un cambio "*en la mentalidad judicial*" y generar así una variación determinante en la realidad jurídica, y esto se concreta cuando los sostenedores del pensamiento realista alcanzan posiciones en la judicatura (p. 14).

Para OLIVER HOLMES, el conocimiento de esta "realidad" se encuentra en la posibilidad de *profetizar* lo que los jueces harán, se determina mediante una investigación sobre lo que se ha resuelto en casos anteriores, sobre lo que dicen las leyes, los trabajos de los juristas donde se analicen esos tópicos, y además debe considerarse cuál es el manejo que se le ha dado a todo ese material en medio del sistema judicial. De esta manera, *"El Derecho no sería otra cosa que una exposición general y sistemática de la conducta judicial probable en la consideración de casos concretos"*. (Cueto Rúa, citado por Labarca-Prieto, op cit, p. 19).

Para ello, no basta con un simple análisis lógico en la interpretación de las leyes, ni la creencia que el desempeño en una sentencia responde a un razonamiento lógico, sino que la mirada debe estar en los contextos que la experiencia ha proporcionado. *"La pretensión de que la interpretación judicial es puramente lógica, de que detrás de cada sentencia existe un impecable raciocinio lógico que la valida, se encuentra denunciada por Holmes con una agudeza excepcional"* (*Ibidem*).

Otro aporte de este realismo norteamericano se le debe a JEROME FRANK, debido a su labor como juez, magistrado de apelación y catedrático, él *"dirigió su mirada al análisis de la conducta efectiva del juez, y los problemas presentados con la apreciación de la prueba"* (Campos-Zamora, op. cit., p. 206); además, porque para él, *"lo importante es determinar el proceso por virtud del cual los jueces de primera instancia fijan los hechos del caso que determinarán la aplicabilidad o inaplicabilidad de una determinada norma"* (Frank, citado por Campos-Zamora, *ibidem*).

De forma resumida, se puede indicar que, para JEROME FRANK, *"el Derecho comienza y termina*

con cada decisión de cada tribunal. Esto supone que no sea posible predecir con exactitud la decisión que sobre un caso concreto va a tomar un tribunal" (Labarca-Prieto, op. cit., p. 24).

La dificultad para predecir lo que los jueces y las juezas harán radica en la gran cantidad de factores que intervienen en este personaje a la hora de tomar sus decisiones, de ahí surge la importancia del aporte de FRANK para aceptar el juego de la personalidad de la persona juzgadora cuando *crea* derecho. Por ejemplo, este autor señalaba: *"Cuando, no hace mucho, algunos jueces eran antidemocráticos, a menudo pusieron obstáculos a la democrática voluntad expresada por la legislatura. Esto lo hicieron a veces interpretando tercamente la ley con toda escrupulosidad, sin considerar realmente su intención".* (Frank, citado por Labarca-Prieto, *ibidem*).

Para JEROME FRANK, en los juicios más que discutir sobre aspectos normativos, se plantean con mayor preponderancia cuestiones sobre hechos, de allí que cataloga a los tribunales de prueba (*trial courts*) como los más importantes; (Frank, citado por Labarca-Prieto, op. cit., p. 34.). Y al tratarse de hechos pasados, lo determinante es el trato a la prueba ofrecida, generalmente testigos, mediante los cuales se tendrán que *revivir* aquellos acontecimientos.

Para SIMPSON es ilusorio creer que todos los hechos que se alegan en un proceso vuelvan a presentarse con todos sus detalles ante el juez, por lo que es preciso *"reconocer que se administra justicia a base de aplicar las reglas sustantivas, no a los hechos que efectivamente ocurrieron, sino a la imagen que de ellos se forme en la mente del juzgador a través de las diligencias probatorias"* (op. cit.).

Esto motiva su contrariedad a la concepción del derecho como una predicción de lo que los jueces harán. Cuando FRANK pone su foco de atención en la cuestión fáctica comprende que no es posible tal profecía, ya que esto conllevaría: *"una profecía sobre las futuras reacciones subjetivas de un juez de prueba o de un jurado con respecto a las declaraciones contradictorias de determinadas personas que serían citadas como testigos".* (Frank, citado por Labarca-Prieto, op. cit., p. 36-37.).

La subjetividad juega no solo en las reacciones del juez ante las declaraciones, sino también en los propios testigos, por lo que no es posible determinar de antemano cómo resolverá un juez o una jueza, si no es posible conocer cuáles hechos se tendrán por probados. Y el asunto es aún más complejo, como lo entiende Haba-Müller, pues dos clases de testigos entran al juego, *"a) los traídos por las partes; y b) los testigos de los testigos, es decir, los jueces y los jurados. Esta doble serie testimonial, nos dice FRANK, dista de garantizar objetividad y previsibilidad en la fijación de los hechos del caso"* (op. cit., p. 182).

En síntesis, todas las teorías filosóficas antes reseñadas buscan un acercamiento al tema probatorio para la mejor construcción de las decisiones judiciales. Jaime Guasp (2005) enumera esas teorías:

a) La fase primitiva, que se caracteriza por haber sido utilizada en etapas muy primitivas de la humanidad, en las que se utilizaba la tortura y no había un método estructurado para la averiguación de hechos, sino la simple "impresión personal";

b) La fase religiosa o mística, que tuvo gran influencia del Derecho canónico, el fanatismo religioso, donde los sistemas probatorios lo que utilizaban era los llamados Juicios de Dios, como las ordalías, duelos, pruebas de agua y de fuego, entre otras;

c) La fase legal, o mejor conocida como la de tarifa legal, pues dotaba a la prueba de una valoración previa, que, si bien para su época fue todo un avance, hoy ya no se justifica;

d) La fase de la íntima convicción moral, que surgió en la Revolución Francesa en respuesta a la de tarifa legal, y que consistía en la absoluta libertad para valorar la prueba sin sujeción a ninguna regla;

e) La fase científica, que es la que impera actualmente en los códigos procesales modernos, y que propone valorar de acuerdo con la sana crítica racional y por jueces capacitados para hacerlo (pp. 361 y 632).

Determinado esto, me referiré cómo el tema del acercamiento probatorio que la Reforma Civil propugna tiene como fundamento distintas visiones en torno a esta problemática filosófica antes reseñada.

3) Posiciones en torno a la carga probatoria

a) La carga dinámica de la prueba

Según DIAZ RETREPO, J.C. lo expone:

> *[…] cuando hay un hecho que es necesario aclarar por resultar neurálgico para la resolución "justa" de la litis, pero la parte a la que le incumbe su probanza, por ser el sustento de la norma cuya aplicación invoca, no se encuentra en condiciones para probarlo y por el contrario, la otra parte cuenta con mejores elementos para el efecto; el juez puede aislarse de las reglas del onus probandi estático, que indican que quien alega un hecho debe probarlo, para vincular la actividad probatoria a la noción de verdad y justificado en la buena fe procesal como deber de las partes, imponerle a la parte contraria la carga de probar tal hecho por estar en mejores condiciones para lograrlo, es decir, aplicar las reglas del onus probandi dinámico o de la carga dinámica de la prueba. (Díaz Restrepo, p. 9).*

El citado autor se refiere al numeral 167, inciso 2°, del Código General del Proceso de Colombia, el cual dispone:

> *Artículo 167. Carga de la prueba. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.*
> *No obstante, según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por el estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares.*
> *Cuando el juez adopte esta decisión, que será susceptible de recurso, otorgará a la parte correspondiente el término necesario para aportar o solicitar la respectiva prueba, la cual se someterá a las reglas de contradicción previstas en este código […]*

Esta norma difiere en su contenido en lo que respecta a nuestro numeral 41.3, ya que este parte de dos reglas concretas que son consecuencia derivada del principio dispositivo (respecto a hechos constitutivos del derecho y luego en torno a los impeditivos, modificativos o extintivos de la parte accionante), para después establecer que PARA APLICAR LO DISPUESTO en esas reglas, se deberán tener presentes la DISPONIBILIDAD Y LA FACILIDAD PROBATORIA QUE LES CORRESPONDEN A CADA UNA DE LAS PARTES, de acuerdo con la naturaleza de lo debatido.

En mi criterio, si identificamos la hipótesis colombiana como una manifestación del dinamismo probatorio, debemos concluir que nuestra normativa civil no se enmarca en esa manifestación, porque la norma nuestra no

elimina del todo la concepción del *onus probandi* derivado del principio dispositivo ni establece un procedimiento concreto en donde el juez o la jueza redimensiona las cargas probatorias -suponemos que a través de un pronunciamiento-, en el cual fija las reglas de dicho dinamismo probatorio.

Díaz Restrepo explica que la norma colombiana pretende modificar las reglas férreas e inflexibles de origen romano que han caracterizado el manejo judicial de la carga de la prueba, en las que:

> *i) onus probando incumbit actori (incumbe probar al demandante); ii) reus in exceptione fit actor (cuando el demandado propone excepciones debe probar); y, iii) actore non probante, reus absolvitur (si el actor no prueba, absuélvase al demandado); para pasar a un sistema en el que en principio y guardando coherencia con las reglas tradicionales, incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen, pero que posteriormente, le otorga la posibilidad al juez o de la jueza, que en atención a las particularidades del caso, distribuya entre las partes la carga de la prueba, lo que puede implicar su traslación total o parcial, sea en el momento de realizar el decreto de estas o durante su práctica o en cualquier otro momento antes que se dicte sentencia (Ibidem p. 9).*

En conclusión, considero que la propuesta costarricense plasmada en la Reforma no tiene una visión tan clara en torno a aparejarse con la teoría de la carga dinámica de la prueba.

b) La reinversión o distribución de la carga probatoria

Sobre este concepto en torno a la carga de la prueba, ya he hecho referencia en mi texto denominado *La prueba en materia laboral*, dado que este se manifestó como corriente jurisprudencial en esta materia.

Antes de la reforma laboral que establece esta distribución en forma muy clara (numerales 478, 482 y 485), el fenómeno era analizado como una derivación de las reglas de la carga de la prueba propias de la materia civil.

Incluso, existen normas del campo civil que muestran está situación. En esos supuestos, el Poder Legislativo entiende que si se aplican los principios generales indicados en los dos supuestos del numeral 41.1 -anterior 317 CPC-, se puede provocar una imposibilidad de probar, por lo que establece reglas especiales para evitar esta situación[7]. Un ejemplo es la siguiente norma:

> *Los jefes de colegios o de escuelas son responsables de los daños causados por sus discípulos menores de quince años, mientras estén bajo su cuidado, salvo que prueben que el hecho que origina su responsabilidad no se pudo impedir, ni aún con el cuidado y vigilancia común u ordinaria (artículo 1048, párrafo 1°, del Código Civil).*

En materia laboral, ANTES DE LA REFORMA DEL 25 DE JULIO DE 2017, no existía alguna norma que permitiera una reversión de la carga probatoria, lo que obedece a que, como lo señalé anteriormente, tampoco existe ninguna norma procesal que establezca esa carga, sino que derivaba de la aplicación de la norma civil (numeral 317). Por estos motivos, la jurisprudencia se inclinó por denominar a ese fenómeno como una redistribución de la carga probatoria que nace como consecuencia del principio protector regulado en el artículo 56 de la Constitución Política.

De los votos de la Sala Segunda, se puede extraer que la diferencia entre redistribuir e invertir de la carga de la prueba es imperceptible, dado que se ha establecido que la primera consiste en atribuir la carga de la prueba de forma desigual correspondiéndole al empleador acreditar los "elementos normales" de la relación laboral[8].

De esta forma, según mi criterio, aunque la Sala no lo establezca expresamente, desaplicaba el artículo 317, en aras de materializar el principio protector. Así, por vía jurisprudencial, se fueron delimitando cuáles son los "elementos normales" de la relación que requieren ser acreditados por la parte empleadora. Analicemos algunas sentencias que avalaban lo afirmado:

1. Voto número 179-04. En este voto, la Sala Segunda establece que la premisa general es que, en materia laboral, la carga probatoria descansa sobre la parte demandada, debido a que lo afirmado por el trabajador o la trabajadora goza de un halo de veracidad que debe ser destruido por el empleador. Por ende, indica que, en dicha materia, rige una "distribución" de la carga probatoria que difiere de lo que se conoce como "inversión" de esta. La Sala establece esa diferenciación fundamentándose en el criterio doctrinal del autor Mario Pasco Cosmópolis y en criterios jurisprudenciales del Tribunal Constitucional español. Para los magistrados y las magistradas que integran esa Sala, la diferencia está en que el término distribuir consiste en atribuir de forma desigual la carga de la prueba en una de las partes.

Considero que esa diferencia que la Sala plantea se basa únicamente en la utilización de un juego de lenguaje distinto. A mi entender, la verdadera diferencia entre una y otra radica en que la inversión de la carga probatoria debe ser establecida por ley, en tanto que lo que la Sala denomina "distribución", constituye un mecanismo para invertir la carga de la prueba y así dar aplicación al principio protector. En la resolución, la Sala concluye que, en virtud de esa "distribución", a la parte empleadora le corresponde demostrar las causales que motivaron el despido.

2. Votos números 642-03, 750-03 y 799-03. En estos votos, el punto en discusión radicaba en establecer cuál era el salario que la parte trabajadora realmente devengaba, la cual desempeñaba labores como pescadora en una embarcación. Después de analizar tanto la prueba testimonial como la documental evacuada, la Sala les da credibilidad a las afirmaciones realizadas por la parte actora en su demanda.

Para arribar a esa conclusión, nuevamente se recurre a los criterios doctrinales de Wagner Giglio y de Mario Pasco Cosmópolis para afianzar el criterio de que la carga probatoria sobre los elementos medulares de la relación corresponde a la parte empleadora. Se afirma que la parte más fuerte de la relación tiene la posibilidad de "pre-constituir" prueba, por lo que es evidente que muchas veces se recurre a reportes menores de salario en las planillas de la Caja Costarricense del Seguro Social, o se entrega a las personas trabajadoras su dinero en efectivo sin ningún comprobante, para así ocultar realmente el monto de lo percibido.

A pesar de que se cita el numeral 317 del Código Procesal Civil, como un fundamento para acoger lo afirmado por la parte actora con respecto a su salario, en realidad se aplica el principio protector para sancionar esa práctica laboral desleal por parte de la parte patronal, y darle credibilidad a la indicación de la persona trabajadora.

En consecuencia, jurisprudencialmente, se había establecido que le corresponde a la parte empleadora la carga de la prueba de lo siguiente:

a) El monto del salario percibido por la persona trabajadora[9].
b) Las faltas que dieron motivo al despido sin responsabilidad patronal[10].
c) El pago efectivo de las prestaciones o derechos laborales.
d) La persona trabajadora se encontraba efectivamente asegurada, etcétera.

Por otro lado, también la Sala Segunda había indicado que la carga de la prueba le corresponde a la parte trabajadora en otros supuestos. Analicemos algunos ejemplos:

1. Votos número 587-03. Este pronunciamiento versa sobre el reclamo de la parte actora, quien

era un guarda nocturno que pretendía el pago de una remuneración por laborar en una jornada extraordinaria. En la parte considerativa, la Sala indica que, en principio, la carga probatoria sobre la mayoría de las circunstancias que rodean el contrato de trabajo, le corresponde a la parte empleadora.

No obstante, se analizan otras sentencias que, a diferencia de las anteriores, resuelven que, al no constituir la jornada extraordinaria un elemento "esencial" del contrato, la persona trabajadora es la llamada a probar que laboraba bajo esa modalidad de jornada.

Sin embargo, esta es la regla general, lo trascendental de este voto es que elimina el peso de esa carga para la parte trabajadora, en aquellos casos donde la empleadora se limita a negar que la persona trabajadora laboraba horas extra, sin indicar en realidad cuál era su horario, lo que es litigar contrario a los principios de la buena fe procesal.

2. Votos números 184-99 y 726-03. Ambos casos versan sobre ciertas personas trabajadoras que deciden dar por finalizado unilateralmente la relación laboral, en virtud de lo que calificaron como incumplimientos graves de su empleadora. En esos votos, la Sala Segunda, citando como fundamento doctrinario a Pasco Cosmópolis, establece que el "*onus probandi*" sobre dicho incumplimiento y su gravedad deben ser acreditados en forma clara y fehaciente por la parte trabajadora, debido a que no se trata de aquellos elementos esenciales que rodean el contrato de trabajo.

En síntesis, le correspondía a la parte trabajadora la carga de la prueba en algunos supuestos, tales como:

a) laboraba en una jornada extraordinaria[11].

b) las causas que lo llevaron a dar por finalizada la relación laboral por incumplimiento de la parte empleadora[12].

c) en los casos de riesgos de trabajo, el accidente ocurrió en los supuestos del numeral 196 del Código de Trabajo, etcétera.

Una vez establecido lo anterior, puedo concluir que la hipótesis que dispone el numeral 41.1 de la Reforma Civil tampoco es un supuesto de redistribución de la carga probatoria o reinversión de esta, dado que la norma en cuestión no deja de citar -como fundamento inicial- del tema de la facilidad probatoria, las dos reglas tradicionales en torno a la carga de la prueba y su vinculación con el derecho probatorio.

C) FACILIDAD EN FUNCIÓN DE LA BÚSQUEDA

Yo tengo una lectura particular en torno a la premisa que el numeral 41.1. establece. Me parece que, como producto de la difícil labor de conocimiento de los hechos que la persona juzgadora tiene, tanto que ha sido desarrollado a lo largo de la historia a través de distintos movimientos filosóficos a los que hice referencia, es necesario facilitar la obtención de la prueba y, es por esto, que la disposición en comentario le coloca la potestad al juzgador o a la juzgadora de ordenar la obtención de la prueba, sujeto a una potestad discrecional que le permite aplicar mecanismos necesarios para prevenir la presentación de las probanzas a aquella parte que se encuentra en una condición más favorable para su aporte al proceso.

Como lo expliqué antes, no puedo concluir que sea una derivación concreta de la carga dinámica de la prueba, sobre todo porque ese dinamismo se ve potencializado a través de potestades concretas que la legislación procesal no le brinda al juez o la jueza nacional, pero que sí son destacables en el caso de la legislación colombiana.

Referencias bibliogrÁFicas

1) Arias Montoya, Jairo. (2016). *La exigencia de fundamentación en la valoración de la prueba. El esclarecimiento de una íntima convicción disfrazada*. Tesis para optar por el grado de Licenciatura en la Universidad de Costa Rica.

2) Beccaria, C. (1764). *De los delitos y de las penas*. (F. Tomás y Valiente, tr.). Madrid, España: Aguilar.

3) Bentham, J. (2001). *Tratado de las pruebas judiciales*. Obra compilada de los manuscritos de autor por E, Dumont (1821). (M. Ossorio Florit, tr.). Granada, España: Comares.

4) Díaz Restrepo, J. *La carga dinámica de la prueba como modalidad de carga probatoria aplicada en el ordenamiento jurídico colombiano*. Vulneración a la igualdad constitucional. Recuperado de http://www.scielo.org.co/pdf/entra/v12n1/v12n1a14.pdf (Consultado 2 de setiembre de 2018).

5) Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. (P. Ibañez, A. Ruiz Miguel, J. Bayón Mohino, J. Terradillos Basoco, R. Cantarero Bandrés, tr.). Madrid, España: Trotta.

6) Ferrer-Beltrán, J. (2005). *Prueba y verdad en el derecho*. (2.ª ed.). Madrid, España: Marcial Pons. Ferrer-Beltrán, J. (2007). *La valoración racional de la prueba*. Madrid, España: Marcial Pons. Frank, J. (1968).

7) Ferrer-Beltrán, J. (2007). *La valoración racional de la prueba*. Madrid, España: Marcial Pons.

8) Ferrer-Beltrán, J., Gascón-Abellán, M., González-Lagier, D. y Taruffo, M. (2006). Estudios sobre la prueba. [Versión digital]. Recuperado de http://biblio.juridicas.unam.mx [Consulta 1 de noviembre de 2013].

9) Frank, J. (1968). *Derecho e incertidumbre*. Argentina, Buenos Aires: Centro Editor de América Latina.

10) Gascón-Abellán, M. (2004). *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*. (2 ed.). Madrid, España: Marcial Pons.

11) Gascón-Abellán, M. (2003). *Concepciones de la prueba. Observación a propósito de "Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad"*, de Michelle Taruffo. Discusiones. (n.° 3), 43-54. Recuperado de http://www.cervantesvirtual.com [Consulta 1 de noviembre de 2013].

12) Gascón-Abellán, M. (s.f.). *La prueba judicial: Valoración racional y motivación*. Recuperado de http://www.uclm.es/ [Consulta 12 de octubre de 2013].

13) Hume, D. *Tratado de la naturaleza humana*. (V. Viqueira, tr.). México, D. F.: Porrúa.

14) Labarca-Prieto, D. (1975). *Breve visión del realismo jurídico norteamericano*. Maracaibo: Centro de Estudios de Filosofía del Derecho, LUZ.

15) Locke, J. *Ensayo sobre el entendimiento humano*. (A. Stellino, tr.). México D.F.: Gernika.

16) Nieva-Fenoll, J. (2010). *La valoración de la prueba*. Madrid, España: Marcial Pons.

17) Olaso-Álvarez, J. (2015). *La prueba en materia civil*. Un análisis de la legislación vigente y de la reforma procesal. San José, Costa Rica: Jurídica Continental.

18) Russell, B. (1947). *Historia de la filosofía occidental*. (10 ed.). Madrid, España: ESPASA.

Notas al pie

1 La norma establece "*La iniciación del proceso incumbe exclusivamente a los interesados, quienes podrán terminarlo de forma unilateral y bilateral, de acuerdo con lo regulado por la ley. Las partes podrán disponer de sus derechos procesales, siempre que no sean indisponibles […]*".

2 De la Oliva, Andrés y Fernández, Miguel Ángel. (1996). *Derecho procesal civil*. Tomo I., Madrid, España: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S. A., p. 152.

3 De la Oliva Santos; Andrés, Díez-Picaso Giménez; Vegas Torres, Jaime. (2011). *Curso de derecho procesal civil I. Parte general*. Madrid, España: Editorial Universitaria Ramón Areces, p. 159.

4 Cordero, citado por Gascón-Abellán, (2004), p. 9. En el mismo sentido, Nieva Fenoll (2010) indica que proviene del término "erteilen" que significa conceder u otorgar, lo que vincularía semánticamente esta palabra con los términos de otras lenguas indoeuropeas como "dispositif", "dispositivo", "dispositiva" que significan "fallo" respectivamente en francés, italiano y catalán. En lengua alemana, el sistema designado se conoce como "Gottersurteil", es decir, juicio de Dios, lo que hace que esta última traducción, aunque pueda parecer anticuada, sea verdaderamente la más correcta (p. 42).

5 Jordi Nieva Fenoll (2010) considera que *"el sistema de la valoración libre de la prueba no nace en ningún momento histórico concreto, o bien podría decirse que surge en el mismo momento en que se realizaron los primeros juicios jurisdiccionales"* (p. 65). Indica que no se registran documentos históricos sobre valoración de la prueba, desde el punto de vista estrictamente jurídico, por lo que, a falta de algún instrumento legal que guiara esta práctica en sus inicios, es *lógico* pensar que *"el juzgador no tuviera otro remedio que fallar utilizando simplemente su razón personal, es decir, su leal saber y entender"* (p. 39). No huelga señalar que dicha afirmación no responde a una formulación lógica del razonamiento, ya que la conclusión no se deriva de las premisas utilizadas.

6 El profesor Campos-Zamora explica que Husserl acudió a la idea de Franz Brentano, para demostrar el carácter intencional y trascendente de la conciencia humana e indica que "*esa intencionalidad se presenta en una doble variable: una simple, que hace referencia al objeto sin aprehenderlo en toda su amplitud, y otra mediante la cual la aprehensión total de su significado sí es posible*". (Campos-Zamora, 2010, p. 197). En lo transcrito, se refiere a esta última.

7 *"No se trata, por lo tanto, de que se apliquen las reglas generales de la carga de la prueba y se invierta su contenido, viniendo el actor gravado con la prueba de los hechos impeditivos, extintivos o excluyentes y el demandado con la prueba de los hechos constitutivos del derecho reclamado por el actor, sino de la aplicación de reglas especiales que, en cuanto tales, excluyen la aplicación de las reglas generales, viniendo de esta forma a convertirse en subsidiarias* [...]". LÓPEZ FRAGOSO, Tomás. Op. cit., p. 4.

8 Votos números 310-98, 131-99, 587, 642, 687, 688, 716, 725, 749, 750, 752, 758, 760, 792, 799, todos del 2003; 4, 28, 92 del 2004; y 596, 597, 614, 679, 802 y 818 del 2005.

9 Sala segunda, voto número 642-03.

10 Sala Segunda, voto número 179-04.

11 Sala Segunda, voto número 587-03.

12 Sala Segunda, voto número 726-03.