

La prueba en el proceso

*Evidence
in the process*

II Conferencia Internacional &
XXVI Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal

IIDP
(Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal)

IAPL
(International Association of Procedural Law)

Índice

FOREWORD	15
<i>Loïc Cadiet</i>	
PRESENTACIÓN	17
Eduardo Oteiza	
APRESENTAÇÃO	21
<i>Eduardo Oteiza</i>	
PRESENTACIÓN. SALAMANCA: LUGAR DE ENCUENTRO	25
<i>Lorenzo M. Bujosa Vadell</i>	

PONENCIAS GENERALES

EVIDENCE AND TRUTH IN PROCEDURAL LAW	31
<i>Michele Taruffo</i>	
1. Deciding on facts	31
2. Applying the law	33
3. A concept of truth	34
4. Nature and function of evidence	40
Selected Bibliography	46
CURRENT DEVELOPMENTS OF THE LAW OF EVIDENCE FROM A COMPARATIVE POINT OF VIEW. GENERAL REPORT	49
<i>Rolf Stuerner</i>	
I. Introductory Remarks	49
II. Procedural Requirements of Entrance into the Fact Finding stage	50
III. Burden of Proof, Burden to Adduce Evidence and Obligations to Disclose Evidence	54
IV. Written Witness Statements and Examination of Witnesses	62
V. Court Records and Modern Techniques of Documentation	66

Reservados todos los derechos. De conformidad con lo dispuesto en los arts. 270, 271 y 272 del Código Penal vigente, podrá ser castigado con pena de multa y privación de libertad quien reproducere, plagiar, distribuyere o comunicare públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, fijada en cualquier tipo de soporte, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios.

© 2018 Los autores

© 2018 Atelier

Vía Laietana 12, 08003 Barcelona

e-mail: editorial@atelierlibros.es

www.atelierlibros.es

Tel. 93 295 45 60

I.S.B.N.: 978-84-17466-26-8

Depósito legal: B-24489-2018

Diseño de la colección y de la cubierta: Eva Ramos

Diseño y composición: Addenda, Pau Claris 92, 08010 Barcelona
www.addenda.es

El acuerdo sobre la prueba y los objetivos del proceso civil

*Luiz Guilherme Marinoni
Catedrático de la Universidad Federal de Paraná, Brasil.
Director del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal.
Miembro del Consejo de la International Association of Procedural Law*

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Libertad y proceso civil. 3. Acuerdo procesal, libertad y fines del proceso. 4. Acuerdo sobre la prueba y convicción del juez. 5. Acuerdo en beneficio de la formación de la convicción. 6. Acuerdo sobre la prueba y regla de exclusión. 7. Facultades del juez y acuerdo sobre la prueba. 8. Acuerdo sobre la prueba e imposibilidad de prescindir de la debida convicción para realizar el derecho fundamental a la tutela judicial y cumplir con el deber del juez de prestarla adecuadamente. 9. Acuerdo limitador de la prueba y arbitraje. 10. Los terceros y la sociedad como destinatarios de la prueba. 11. Acuerdo sobre la prueba y cosa juzgada sobre cuestión. 12. La importancia de la debida información sobre los hechos para el desarrollo del derecho y la garantía de su unidad. 13. Acuerdo sobre la prueba, seguridad jurídica, libertad e igualdad. 14. Conclusiones.

1. Introducción

Este artículo tratará de la intrincada relación entre los acuerdos procesales sobre la prueba y los fines del proceso civil¹. La esencia del problema objeto de estudio, en pocas palabras, es el de la validez de aquellos acuerdos procesales que limitan la práctica de pruebas.

La idea de que, en la resolución de conflictos, deben admitirse los acuerdos procesales sobre la prueba, pues estos son el resultado de la libre manifestación de las partes, no puede dejar de analizarse en relación con los objetivos del proceso.

¹ Texto escrito para el Congreso que celebrará la International Association of Procedural Law y el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal (en Salamanca, en octubre de 2018) sobre el tema «La prueba en el proceso».

De esta manera, a lo largo del artículo se diferenciará entre los medios que tiene el proceso para alcanzar sus objetivos públicos, entre ellos la seguridad jurídica y la propia libertad, y la libertad de las partes que integran la relación procesal.

A partir de ahí, se estudiará si la limitación convencional de la prueba puede dificultar la formación de la convicción del juez y, entre otros aspectos, se analizarán la relación entre el pacto procesal sobre la prueba y las facultades de instrucción del juez y el significado de la limitación de la prueba respecto al derecho fundamental de tutela judicial y el deber del Estado de garantizarlo.

Además, como el acuerdo sobre la prueba se analiza con relación a los fines del proceso civil, cabe preguntarse si la limitación de la prueba imposibilita que opere la cosa juzgada sobre cuestión y la formación de precedentes y, en consecuencia, impide que el proceso civil tutele la seguridad jurídica, la libertad y la igualdad.

2. Libertad y proceso civil

La presencia del Estado en ámbitos que pueden y deben contar con la participación exclusiva de los particulares y la excesiva protección del Estado en determinadas situaciones, que interfieren sobre la libertad de los particulares que se relacionan con el bien tutelado y, en algunos casos, en la libertad de la propia persona tutelada, provocó graves problemas a la sociedad y al propio Estado. El crecimiento del Estado en la esfera de los negocios típicamente privados, al desatender las reglas del mercado, no podría tener otras consecuencias sino el fracaso económico y el enriquecimiento de sus administradores a costa de la sociedad. Además, la visión del empresario como un «enemigo», típica de algunos sectores de la vida pública, incluida la magistratura, hizo que sobre él recayeran exigencias legales, administrativas y judiciales desproporcionadas, que impidieron su inserción y desarrollo en el mercado. Por último, la excesiva tutela estatal del ciudadano, al que se priva de responsabilidad, dificulta que este madure y le impide ver en la competencia, el trabajo y el mérito la verdadera señal del desarrollo².

No obstante, si la economía y la vida en sociedad reclaman el redimensionamiento del Estado y una menor interferencia en los negocios y la vida de las

2. Para una crítica sobre la coerción estatal y la concepción del derecho como salvaguarda de la libertad, véase Friedrich August von Hayek, *The constitution of Liberty*. The definitive edition, Chicago: The University of Chicago Press, 2011. Del mismo autor, *Direito, legislação e liberdade*, v. I: Normas e Ordem, São Paulo: Visão, 1985, en particular, los capítulos 5 y 6. En la misma línea, definiendo el papel del gobierno según la concepción liberal, Milton Friedman, *Capitalismo e liberdade*, São Paulo: Nova Cultural, 1988, en concreto, el capítulo 2, titulado «O papel do governo em uma sociedade livre» (El papel del gobierno en una sociedad libre).

personas, lo que está en juego es la libertad. Sucede que la libertad, además de no poder ser sofocada por reglas y posiciones que ignoren la importancia de la participación del particular en la economía, para desarrollarse depende de presupuestos que exigen medidas normativas e incluso judiciales.

El código procesal civil brasileño (2015) muestra una gran preocupación con la seguridad jurídica, necesaria para que se realice la libertad. Destaca la relevancia de la estabilidad y la coherencia del derecho, señalando la importancia de la previsibilidad de las resoluciones judiciales³ y, por tanto, la necesidad de que los jueces respeten los precedentes. Como es obvio, no se puede invertir en la producción, y generar trabajo con ello, si no se pueden prever las consecuencias del trabajo. En realidad, como dijo MacCormick, la previsibilidad de las resoluciones constituye un *valor moral imprescindible* para que el hombre, *de forma libre y autónoma*, pueda desarrollarse y, por ende, estar en un Estado de derecho⁴, es decir, en un Estado que asegure la estabilidad y la previsibilidad del derecho. Por lo demás, este es el sentido al que se refiere MacCormick cuando habla de «ética del legalismo»⁵.

Además de destacar la importancia de respetar los precedentes para proteger la seguridad jurídica⁶, el código procesal civil brasileño introduce la cosa juzgada sobre cuestión⁷. No hay duda de que la posibilidad de poder discutir de nuevo aquello que ya se había decidido, sobre todo, la posibilidad de hacerlo

3. La doctrina jurídica de los países de *civil law* nunca pretendió resaltar que, para garantizarse la previsibilidad, no importa demasiado la regla escrita en los códigos o la norma abstracta, sino fundamentalmente la concreción de la norma en el caso concreto. La previsibilidad depende de calificaciones jurídicas unívocas, de modo que la ley no es suficiente para garantizarla, por lo que resulta indispensable que el propio sistema jurídico contenga un instrumento capaz de evitar resoluciones diferentes en casos iguales. Como afirma Massimo Corsale, «se la codificazione fosse essenziale per la certezza come prevedibilità, quest'ultima non potrebbe realizzarsi in ordinamenti basati sul diritto consuetudinario, o giudiziario, o comunque non basati sul diritto legale. Ordinamenti di questo tipo sono sempre esistiti, e non sempre hanno corrisposto a fasi primitive di organizzazione sociale: i due macroscopici esempi del diritto romano e del *common law* ne fanno fede» (Massimo Corsale, *Certeza del diritto e crisi di legittimità*, Milano: Giuffrè, 1979, p. 36).

4. Neil MacCormick, *The ethics of legalism*, *Ratio Juris*, 1989, 2, p. 184 y p. 193.

5. «De acuerdo con la «ética del legalismo», hay valores morales y sociales específicos que dependen del mantenimiento y el apoyo de un orden normativo institucional, por el bien de la paz y la previsibilidad entre los seres humanos, y como condición (que no garantía) para mantenerse la justicia entre ellos» (Neil MacCormick, *Rethoric and the rule of law – A theory of legal reasoning*, New York: Oxford University Press, 2005, p. 6).

6. CPC, art. 926 y ss.

7. CPC, Art. 503. El fallo que resuelva total o parcialmente el fondo del asunto tiene fuerza de ley en los límites de la cuestión principal expresamente resuelta.

§ 1.º Lo dispuesto en el apartado precedente se aplica a las resoluciones de cuestiones prejudiciales, decididas expresa e incidentalmente en el proceso, si:

I – de su resolución depende que se pueda decidir sobre el fondo del asunto;

II – con relación a ellas hubiera habido contradicción previa y efectiva, salvo en caso de rebeldía;

III – el juzgado o tribunal tiene competencia por razón de la persona y la materia para resolverla como cuestión principal.

§ 2.º El supuesto del apartado 1 no se aplica cuando en el proceso existen limitaciones probatorias o de conocimiento que impidan analizar a fondo la cuestión prejudicial.

tan solo porque se trata de un adversario con otro rostro⁸, es un gran hallazgo para quienes son contrarios a la generalidad del derecho y les gusta jugársela a suertes en un nuevo caso⁹.

Los precedentes vinculantes y la cosa juzgada sobre cuestión tienen una gran importancia a la hora de demostrar cómo el proceso civil puede ayudar a fomentar la libertad. Garantizar la seguridad jurídica es indispensable para que el hombre pueda autodeterminarse libremente en sus elecciones y, de ese modo, poder desarrollar su vida y negocios. Esto también es fundamental para el progreso de la economía, aspecto ya conocido desde hace mucho tiempo, desde que Max Weber relacionó la racionalidad formal del derecho con el desarrollo económico¹⁰.

Se alude a otro aspecto de la libertad —mucho menos relevante— cuando se tiene en cuenta la prevalencia de la voluntad de las partes de la relación procesal. Es cierto que la libertad también es importante en el proceso, pues existen situaciones en las que la voluntad de los litigantes puede servir para que el proceso transcurra tempestiva y racionalmente. El proceso no puede esconder los valores del Estado —reflejados en la Constitución—, en la medida en que le compete al juez, al actuar y decidir, no solo manifestarlos, sino hacerlos realidad.

En otras palabras, esto significa que no hay ninguna contradicción entre un proceso preocupado con la libertad y un proceso preocupado con los objetivos del Estado, ni ningún problema en preservar valores del Estado en detrimento de la voluntad de las partes. El proceso contemporáneo debe dar solución a la voluntad de los litigantes, siempre y cuando, con ello, no se menoscaben los valores que el Estado debe preservar.

8. Bentham, en las primeras décadas del siglo XIX, dijo que se puede afirmar que una persona no debe perder su causa como consecuencia de una resolución dictada en un proceso del que no fue parte, pero no cabe afirmar que una persona no debe perder su causa como consecuencia de una resolución dictada en un proceso en el que fue parte simplemente porque su adversario no fue (Jeremy Bentham, *Rationale of judicial evidence, Rationale of judicial evidence*, London: Hunt & Clarke, 1827, p. 579). La lección de Bentham salió a colación en el juicio *Blonder-Tongue* contra University of Illinois Foundation (*Blonder-Tongue v. University of Illinois Foundation*, 402 U.S. 313, 1971), en el que el Tribunal Supremo de los Estados Unidos declaró la validez del *nonmutual collateral estoppel*, es decir, la invocabilidad de la cosa juzgada sobre cuestión por parte de un tercero, ajeno al proceso en el que se formó la cosa juzgada (*collateral estoppel*).

9. Luiz Guilherme Marinoni, *Culture and Predictability of the Law*, *International Journal of Procedural Law*, v. 6, 2016, p. 185 y ss.

10. El formalismo del derecho, en Weber, significa calculabilidad y previsibilidad. Para Max Weber, el capitalismo «necesita un derecho calculable» (*A Gênese do Capitalismo Moderno*, São Paulo: Ática, 2006, p. 95). Véase, además, Max Weber, *A Ética Protestante e o «Espírito» do Capitalismo*, São Paulo: Cia. das Letras, 2004; Max Weber, *Economía e Sociedade*, v. 2, Brasília: UnB, 2004; David M. Trubeck, *Max Weber on Law and the Rise of Capitalism*, *Wisconsin Law Review*, 1972, p. 737-748; Sally Ewing, *Formal justice and the spirit of capitalism: Max Weber's sociology of law*, *Law and Society Review*, n. 21, p. 498-499; Hubert Treiber, *'Elective affinities' between Weber's sociology of religion and sociology of law*, *Theory and Society*, n. 14, p. 841-842; Richard Swedberg, *Max Weber e a ideia de sociologia econômica*, Rio de Janeiro: Ed. UFRJ, 2005, p. 155-170.

En realidad, todo sería muy simple si no fuera por la ridícula y falsa idea de intentar equiparar, en algunas situaciones concretas, fines del Estado y fines de un Estado autoritario y lejano a la democracia¹¹. En esos casos, dejándose la honestidad intelectual de lado, se invierte en la retórica para confundir autoridad del Estado —reflejo de cualquier Estado de derecho— con Estado autoritario, arbitrario y no democrático. Se trata de un uso descuidado de la argumentación en detrimento de la racionalidad del discurso, que perjudica el diálogo y la comprensión de los temas jurídicos.

3. Acuerdo procesal, libertad y fines del proceso

La mera admisión del acuerdo procesal es señal de que el Estado debe contar con la colaboración de las partes para perfeccionar el proceso¹². No obstante, que exista la posibilidad de celebrar un acuerdo procesal¹³ no significa, ni de cerca, que las partes hayan pasado a tener la facultad de delinear el «modo de ser» del proceso en su exclusivo beneficio¹⁴.

Se engaña quien supone que el proceso civil, *al servir también* a la resolución de conflictos, se puede comportar según el interés de las partes implicadas en el conflicto que se pretende solucionar. Esto no puede ser así, básicamente, porque el proceso no atiende circunstancialmente a los litigantes, como si estos fueran usuarios de un sistema privado.¹⁵

11. Cuando se alude, por ejemplo, a la determinación de la prueba de oficio, se afirma que el proceso en el que el juez va más allá del deseo de las partes no solo es arbitrario, sino también típico de los regímenes dictatoriales. Por otro lado, al hablar de acuerdo procesal, se argumenta que con ello el proceso está impregnado de libertad, pues prevalece la autonomía de la voluntad sobre el «autoritarismo del juez».

12. Sobre este tema, véase en particular la revista *Accordi di Parte e Processo*, coordinada por Federico Carpi (Quaderni della Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, Milano: Giuffrè, 2008), con importantes trabajos de Federico Carpi, Loïc Cadet, Vincenzo Ferrari, Giorgio De Nova, Michele Taruffo, Remo Caponi y Adrian Zuckerman. En Brasil, véase *Negócios Processuais*, coordinada por Antonio do Passo Cabral y Pedro H. Nogueira, Salvador: JusPodium, 2017; Julio Guilherme Müller, *Negócios Processuais e Desjudicialização da Produção da Prova*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2017; Antonio do Passo Cabral, *Convenções Processuais*, Salvador: JusPodium, 2016; Guilherme H. Lage Faria, *Negócios Processuais no Modelo Constitucional de Processo*, Salvador: JusPodium, 2016; Robson Godinho, *Negócios Processuais sobre o Ônus da Prova no Novo Código de Processo Civil*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015. En portugués, además, también existe el importante ensayo de Loïc Cadet, «Os Acordos Processuais no Direito Francês. Situação Atual da Contratualização do Processo e da Justiça na França», que forma parte del libro *Perspectivas sobre o Sistema da Justiça Civil Francesa – Seis Lições Brasileiras*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2017, pp. 77 y ss.

13. CPC, Art. 190. Cuando en el proceso se diriman derechos que admitan autocomposición, las partes que sean plenamente capaces pueden estipular cambios en el procedimiento para ajustarlo a las especificidades de la causa y pactar las cargas, poderes, facultades y deberes procesales, antes o durante el proceso. Apartado único. De oficio o a instancia de parte, el juez controlará la validez de los acuerdos previstos en este artículo y les denegará aplicación solo en los casos de nulidad o de inserción abusiva en contrato de adhesión o cuando alguna parte se encuentre en una situación de vulnerabilidad manifiesta.

14. Elizabeth Thornburg, *Designer Trials*, *Journal of Dispute Resolution*, 2006, n. 1, p. 206 y ss.

15. Elizabeth Thornburg, *Designer Trials*, *Journal of Dispute Resolution*, 2006, n. 1, p. 206 y ss.; Jaime Dodge, *The limits of procedural private ordering*, *Virginia Law Review*, v. 97, 2011, p. 724 y ss.

El proceso no puede interesarse solo por la resolución de los litigios ni mucho menos guiarse por el interés exclusivo de las partes. El juez debe desarrollar el derecho y tiene responsabilidad ante la sociedad¹⁶. Por lo tanto, lo que impide que prevalezca la voluntad de los litigantes en el proceso no es el hecho de que sea el Estado quien lo ampare, sino la circunstancia de que el Estado, a través del proceso, debe cumplir una importante responsabilidad, que obviamente es muy superior al interés de las partes¹⁷.

Además, ha de observarse que el modelo legal del proceso tiene un ineludible compromiso con los derechos fundamentales. En este sentido, por ejemplo, la cosa juzgada sobre cuestión responde al deber del legislador de tutelar normativamente la seguridad jurídica.

Es absurdo pensar que la libertad procesal pueda imponerse a los fines del proceso, incluida la tutela de la seguridad jurídica, indispensable para fomentar la libertad. En este sentido, el acuerdo procesal sobre la prueba no puede impedir la realización de los fines del Estado —incluida la tutela de la libertad— que acogen las normas constitucionales y se reflejan en los derechos fundamentales¹⁸.

4. Acuerdo sobre la prueba y convicción del juez

El acuerdo sobre la prueba tiene sentido con relación a hechos cuyo esclarecimiento puede interesar a ambas partes. En este contexto, ante un contrato, las partes pueden estipular que los posibles litigios que surjan se solucionen mediante la práctica de una determinada modalidad de prueba pericial —sin que con ello se prohíba la práctica de otras pruebas—.

El acuerdo para investigar los hechos mediante un determinado medio de prueba no admite que una de las partes renuncie después a dicha prueba, puesto que estas estipularon libremente su uso para esclarecer el litigio. Mediante dicho acuerdo, las partes favorecen la adecuada formación de la convicción judicial.

16. Kevin E. Davis y Helen Hershkoff, Contracting for Procedure, *William and Mary Law Review*, 2011, p. 533-554.

17. «En primer lugar, las partes no deberían tener la oportunidad de crear sus propias normas procesales en un sistema judicial público; más bien, deberían someterse a las normas establecidas con antelación u optar por el arbitraje. Las dos preocupaciones complementarias relativas a los costes añadidos relacionados con los «mini códigos de derecho procesal civil» y la pérdida de precedentes significativos son dos ejemplos típicos» (Jaime Dodge, The limits of procedural private ordering, *Virginia Law Review*, v. 97, 2011, p. 768).

18. «(...) no debería permitirse que el procedimiento de adjudicación cambiara las reglas del juego en cada caso sin que el Estado preste la debida atención a las implicaciones prácticas para el dinamismo constante de la estructura de adjudicación general» (Kevin E. Davis y Helen Hershkoff, Contracting for Procedure, *William and Mary Law Review*, 2011, p. 554).

Sería distinto si, por el contrario, las partes estipularan que los hechos solo podrían probarse mediante una determinada prueba pericial y rechazaran la práctica de cualquier otra. En ese caso, el juez no estaría obligado a observar el acuerdo procesal, en la medida en que las partes no pueden limitar la formación de su convicción¹⁹.

Delimitar la prueba que puede practicarse en juicio o limitar la que el juez puede valorar para formar su convicción supone no solo estipular qué prueba debe practicarse, sino también negociar teniendo en cuenta la convicción del juez²⁰.

Es decir, las partes pueden determinar la prueba cuando no limiten la formación de la convicción del juez pero establezcan la importancia de un determinado medio de prueba para que el juez pueda decidir con convicción.

5. Acuerdo en beneficio de la formación de la convicción

Las partes pueden predefinir una prueba que juzguen esencial para dilucidar los hechos en caso de un posible desacuerdo. Este acuerdo, además de no limitar la formación de la convicción del juez, establece la importancia de una determinada prueba para el adecuado esclarecimiento de la situación litigiosa, con lo que favorece la formación de la convicción judicial y la prestación de una adecuada tutela judicial. El pacto, por ende, se basa claramente en la idea de que «todos los sujetos del proceso deben cooperar entre sí para que se pueda obtener, en un tiempo razonable, una resolución sobre el fondo *justa* y efectiva» (art. 6 del CPC).

Este pacto no impide que una de las partes solicite la práctica de *otra* prueba, que en principio se presentará junto con la determinada en el acuerdo. No obstante, ninguna de las partes puede rechazar el pacto y, de ese modo, oponerse a la práctica de la prueba.

Si bien, es evidente que, si surgiera alguna circunstancia nueva o que no se hubiera podido tener en cuenta en el momento en que se celebró el acuerdo y que ponga de manifiesto que la prueba no es pertinente o necesaria para probar los hechos, cualquiera de las partes podrá demostrar que, pese al pacto, la prueba ya no es pertinente o útil y, por lo tanto, no debe practicarse.

19. David H. Taylor y Sara M. Cliffe, Civil Procedure by Contract: A Convolved Confluence of Private Contract and Public Procedure in Need of Congressional Control, *University of Richmond Law Review*, v. 35, 2002, p. 1085 y ss.

20. Michele Taruffo, Verità negoziata? in *Accordi di Parte e Processo* (coordinado por Federico Carpi), Milano: Giuffrè, 2008, p. 69 y ss.

Por otro lado, es obvio que el juez podrá inadmitirla si, por su relación con los hechos objeto de prueba, esta es impertinente para la solución del litigio o cuando no haya controversia con relación a los hechos que la justificaban. No obstante, cuando los hechos sean relevantes para la solución del litigio, el juez no podrá inadmitirla con el fundamento de que existe otra prueba más adecuada.

También es válido, empero, el pacto en el que las partes acuerdan la imposibilidad de practicar una determinada prueba, siempre que se garantice la adecuada formación de la convicción judicial. Es el caso, por ejemplo, de un acuerdo que prohíbe la prueba obtenida mediante testigo que conozca los hechos simplemente «de oídas» o por referencia. Es lo que en el derecho estadounidense se denomina «testimonio por *hearsay*». David Taylor y Sara Cliffe, al abordar el caso de un acuerdo procesal que prohíbe la práctica de prueba testifical por *hearsay*, esto es, de oídas o por referencia, advierten que el acuerdo no puede prevalecer cuando quien presencié los hechos no tiene condiciones de declarar²¹. Esto podría darse, por ejemplo, cuando la persona que presencié directamente los hechos ha fallecido o tiene una enfermedad que le impide declarar y expresar su voluntad de manera adecuada.

Cumple señalar que, en principio, se admite esta prohibición de prueba, porque se parte del presupuesto de que, como el testigo «de referencia» no tiene la misma credibilidad que el testigo que presencié los hechos, el acuerdo procesal serviría para la adecuada formación de la convicción del juez²².

De cualquier modo, aunque se prohíba este medio de prueba, no se admitirá cuando con ello se pueda menoscabar la convicción del juez, de manera que, como ya se ha señalado, se podrán investigar los hechos a través de testigos «de referencia» cuando el testigo presencial no pueda declarar.

Este ejemplo es importante porque demuestra que el acuerdo procesal debe admitirse siempre que busque mejorar o cualificar la convicción judicial, pero debe rechazarse cuando limite su formación.

21. «(...) un acuerdo puede estipular que el testimonio «de referencia» que de otra forma sería admisible conforme a la excepción del testimonio «de referencia» sea inadmisibile, salvo que el declarante no pudiera testificar» (David H. Taylor e Sara M. Cliffe, *Civil Procedure by Contract: A Convuluted Confluence of Private Contract and Public Procedure in Need of Congressional Control*, *University of Richmond Law Review*, v. 35, 2002, p. 1086).

22. The Harvard Law Review Association, *Contracts to Alter the Rules of Evidence*, *Harvard Law Review*, v. 46, 1932, p. 139-140.

6. Acuerdo sobre la prueba y regla de exclusión

En ciertas ocasiones, se tutela la inadmisión de la prueba. Así, por ejemplo, la parte no está obligada a declarar con relación a hechos «sobre los que, por estado o profesión, deba mantener el secreto» (art. 388, II, CPC), y la parte y el tercero no están obligados a exhibir documento o cosa cuando «su exhibición suponga la revelación de hechos sobre los que, por estado o profesión, deban mantener el secreto» (art. 404, IV, CPC) o además cuando «existan otros motivos graves que, según el prudente arbitrio del juez, justifiquen que se deniegue la exhibición» (art. 404, V, CPC). Este rechazo no se establece solo para proteger a terceros. La parte no está obligada, por ejemplo, a exhibir cosa o documento «sobre asuntos que afecten a su vida familiar» o que puedan suponer una deshonra (art. 404, I y III, CPC).

Las reglas que excluyen el deber de practicar prueba, aunque se basen en motivos legítimos, limitan la formación de la convicción del juez y, en este sentido, se asemejan al acuerdo procesal sobre la prueba. De este modo, se podría pensar en un acuerdo que establezca, por ejemplo, que no se practique una prueba que sea susceptible de desvelar datos o técnicas científicas que no pueda revelar una de las partes. Como el pacto procesal no puede crear reglas de exclusión, se diría que las partes se rigen por la cláusula general (art. 404, V, CPC), antes referida, que reconoce al juez la facultad de valorar «motivos graves» que pueden justificar que se «rechace la exhibición» de cosa o documento y, con ello, de datos o tecnologías.

Sucede que, si las partes pactan con fundamento en una cláusula general que debe aplicar la jurisdicción, es evidente que no se puede quitar al juez la facultad de, ante los hechos y las particularidades del caso concreto, decidir si se dan o no los «motivos graves» que justifiquen el rechazo de la exhibición. En otras palabras, como las partes no pueden crear o modificar las reglas de la prueba ni ponerse en el lugar del juez, no se puede admitir acuerdo procesal con la finalidad de excluir el deber de exhibir cosa o documento. Sin embargo, en caso de que las particularidades de la situación concreta configuren un motivo idóneo que legitime la no exhibición, el juez realmente no podrá dejar de admitirlo, impidiendo, por ejemplo, que se desvelen los datos o la tecnología que se encuentran en la esfera intocable de la persona jurídica.

Bien es verdad que no puede confundirse el acuerdo procesal con la regla de exclusión, ya sea por su fuente o sus efectos. En el acuerdo, ambas partes estipulan no practicar prueba, con lo que se incide en la formación de la convicción. En la regla de exclusión, el legislador, para proteger una situación jurídica especial, exime a la parte de practicar la prueba, de modo que la limitación está amparada en un valor digno de tutela. Así, mientras en un caso la limitación de la convicción

se encuentra en la voluntad de las partes, en el otro se funda en un valor que el legislador entiende que merece protección. No obstante, cuando las partes acuerdan que una de ellas no exhibirá un determinado documento o cosa, se limita la formación de la convicción judicial sin ampararse en un valor depurado y establecido por el legislador. Y es precisamente esto lo que no se puede admitir. Solo el legislador puede eximir a las partes de practicar prueba o de colaborar en la formación de la convicción del juez. Por ello, cuando el acuerdo libera a una de las partes de practicar prueba, se dice que crea una regla de exclusión.

Además, aunque se pudiera estipular la no exhibición de documento o cosa en un caso particular, ello supondría crear reglamentos distintos para situaciones que deben tratarse igual²³. Para que esto no suceda, son necesarios precedentes que aclaren el significado del presupuesto («motivos graves») que exime a la parte de practicar la prueba. De modo que el acuerdo procesal, aunque se aceptara, todavía produciría inseguridad jurídica, en perjuicio de la libertad y la igualdad.

7. Facultades del juez y acuerdo sobre la prueba

Se podría pensar que la validez del acuerdo que limita la práctica de prueba tiene relación directa con las facultades de instrucción del juez. De esta forma, las partes podrían acordar libremente que un litigio se resolviera practicando una determinada prueba solo cuando el juez no tenga poder para determinar las pruebas de oficio.

En caso contrario, si se entiende que el juez puede señalar la práctica de prueba sin que las partes la hayan instado, el acuerdo sobre la prueba estaría impidiendo al juez ejercer sus facultades de instrucción. Como la convicción no estaría limitada a la prueba practicada a instancia de parte, el pacto también restringiría las facultades del juez.

Esta simplista relación entre acuerdo procesal y facultad de instrucción no ayuda mucho a la hora de tratar el tema del acuerdo sobre la prueba. Bien vistas las cosas, esta relación guarda una falsa y engañosa contraposición entre libertad y facultades de instrucción. Lo que obstaculiza el pacto sobre la prueba no es la intensidad de las facultades del juez, sino su deber de prestar tutela judicial basada en su convicción.

Esto significa que, incluso en los sistemas en los que no le compete al juez determinar la prueba de oficio, el acuerdo procesal no puede limitar las pruebas

23. KEVIN E. DAVIS y HELEN HERSHKOFF, Contracting for Procedure, *William and Mary Law Review*, 2011, p. 544.

para resolver un litigio. De esta manera, si cualquiera de las partes demuestra al juez que, para esclarecer los hechos objeto del litigio, es importante una prueba distinta de la predeterminada en el acuerdo, el juez no tendrá otra alternativa que ignorar el pacto procesal.

8. Acuerdo sobre la prueba e imposibilidad de prescindir de la debida convicción para realizar el derecho fundamental a la tutela judicial y cumplir con el deber del juez de prestarla adecuadamente

Se podría preguntar la razón por la que no sería legítima una resolución basada en una prueba insuficiente para la valoración a fondo de los hechos. El argumento sería el de que, si las partes pueden negociar sobre el objeto litigioso, no habría motivo para impedirles renunciar a algunas modalidades de prueba²⁴.

Cuando las partes deciden sobre el uso exclusivo de una determinada prueba, como es evidente, no se piensa en que el litigio se decida a partir de pruebas inútiles que no contribuyan a esclarecer hechos. Así, para admitir que las partes puedan decidir sobre la prueba no obstante la convicción judicial, sería necesario entender que en el pacto hay una *libre opción por el riesgo* de que la prueba no sea suficiente para la adecuada formación de la convicción del juez.

En otras palabras, no interesaría saber si el litigio se decidió con base en pruebas útiles para formar el convencimiento del juez. La voluntad de las partes sería suficiente para legitimar la decisión, aunque esta pudiera fundarse en una convicción incapaz de traducir como se produjeron los hechos.

Sin embargo, las cosas no pueden ser así. Al menos cuando se parte del hecho de que todos tienen el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y que la cosa juzgada, cuando se entiende como un impedimento para volver a litigar, se vincula sin condiciones al deber del juez de buscar convencerse sobre la verdad para prestar la *debida* tutela judicial.

El derecho fundamental a la tutela judicial²⁵ no puede separarse del derecho a disponer de técnicas procesales pertinentes para lograr la tutela que reconoce

24. Robson Renault Godinho, A possibilidade de negócios jurídicos processuais atípicos em matéria probatória, in *Negócios Processuais* (coordinado por Antonio do Passo Cabral y Pedro H. Nogueira), Salvador: JusPodium, 2017, p. 577 y ss.

25. Eduardo Cambi, *Prova Civil*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006; Paulo Osternack Amaral, *Provas – Atipicidade, Liberdade e Instrumentalidade*, cit.; Vitor de Paula Ramos, *Ônus da Prova no Processo Civil – do Ônus ao Dever de Provar*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015.

el derecho material ni del derecho a practicar prueba para esclarecer las alegaciones de hecho²⁶. De modo que el derecho fundamental a la tutela judicial contiene en sí mismo el derecho a la prueba, aunque realmente este último pueda categorizarse como un derecho fundamental autónomo.

Esto significa, por tanto, que se vulnera el derecho fundamental a la tutela judicial cuando la parte no puede practicar una prueba que le permita demostrar los hechos. De esta manera, no es legítimo limitar la prueba mediante pacto procesal cuando una de las partes demuestra al juez que, para probar los hechos, debe practicarse otra prueba. Mantener intacto el pacto procesal en estas circunstancias supone entender que, al celebrar el acuerdo, la parte renunció a su derecho fundamental a la tutela judicial.

Con todo, el derecho fundamental a la tutela efectiva no es solo un derecho cuyo corolario es el derecho a la prueba, sino un verdadero derecho a la prestación jurisdiccional fundada en una adecuada convicción sobre la verdad. Cabe entender esta última como la convicción que el juez debe buscar formar sobre la relación entre las alegaciones de hecho y la verdad.

Si bien es verdad, el juez, *en casos excepcionales*, puede decidir con base en una *convicción de probabilidad*. Esto sucede cuando es legítima la reducción de las exigencias de convicción para admitir los hechos, como ocurre, por ejemplo, en el caso de las lesiones prenatales²⁷. Con todo y con eso, para prestar la *debida* tutela judicial, cuando los hechos puedan aclararse, el juez tiene que formar *convicción de verdad* —es decir, debe convencerse de la verdad a partir de las pruebas pertinentes para demostrar los hechos—.

26. Luiz Guilherme Marinoni, *Il Diritto di Azione come Diritto Fondamentale*, Torino: Giappichelli, 2016, p. 47 y ss.; Luiz Guilherme Marinoni, *Il Diritto di Azione come Garanzie Fondamentale nella Costituzione Brasiliana, Rivista di Diritto Processuale*, 2008, p. 1176-1191; Luiz Guilherme Marinoni, *El derecho de acción como derecho fundamental*, Bogotá: Temis, 2015, p. 31-64.

27. El gran problema, en este caso, es demostrar la causalidad, es decir, demostrar que el accidente causó un daño al feto. La prueba de esta causalidad, como es evidente, no puede entenderse como la prueba de la causalidad en el caso de lesiones comunes. Esta prueba debe entenderse en sintonía con los límites del conocimiento sobre las causas y las consecuencias de las lesiones causadas a un feto. No se puede exigir una prueba plena de la causalidad cuando el conocimiento humano no puede explicarla. Esta exigencia implicaría negar, al mismo tiempo, el derecho a la tutela judicial y el derecho material mismo. Significa que, cuando se considera la convicción del juez, hay que razonar sobre la causalidad desde la *perspectiva de la posibilidad de su pleno esclarecimiento*. Cuando esa posibilidad no es plena, no se puede exigir una «convicción de certeza» y basta la probabilidad. De lo contrario no se podría ofrecer tutela judicial al derecho material y se negaría, en este caso, la peculiaridad misma de las lesiones prenatales. Cf. Luiz Guilherme Marinoni y Sérgio Arenhart, *Prueba*, Santiago: Thomson Reuters, 2015, p. 212 y ss. Véase, además, Gerhard Walter, *Libre apreciación de la prueba*, Bogotá: Themis, 1985, p. 229-248.

En esta línea, el pacto procesal que limita las pruebas niega el derecho fundamental a la tutela judicial basada en convicción de verdad, lo que también puede definirse como el derecho fundamental a una decisión justa²⁸.

Como es evidente, el deber del juez no se limita a la prestación formal de una respuesta jurisdiccional. Le compete prestar tutela judicial tempestiva, efectiva y justa. Justa no solo porque se adecue a los derechos fundamentales *materiales*, sino también a aquello que puede averiguarse sobre los hechos alegados. Con relación a la adecuación de la ley a los derechos fundamentales, la resolución debe fundarse en criterios que persigan la identificación del contenido del derecho fundamental, amparándose en una argumentación racional capaz de convencer²⁹. Cuando se discute cómo sucedieron los hechos, la resolución tiene que basarse en una convicción asentada en las pruebas disponibles para descubrir la verdad sobre los hechos³⁰.

No debe confundirse el derecho a un proceso justo con el derecho a obtener una resolución racional y justa³¹. La legitimación de la jurisdicción no depende solo de la observancia de los derechos fundamentales *procesales* ni puede lograrse exclusivamente mediante la contradicción. Cabe señalar que el procedimiento puede ser legítimo a la luz de las garantías procesales y, aun así, la resolución no respetar el sentido de las normas constitucionales³². La legitimidad de la jurisdicción, además de depender de la legitimidad del procedimiento, reclama que la resolución sea legítima, incluso conforme con la convicción de verdad³³.

28. Taruffo argumenta que la «justicia de la resolución» no puede dejar de estar entre los requisitos exigidos para configurar el «proceso justo». Afirma que no se pueden considerar «justas» todas y cada una de las decisiones que deriven de un «procedimiento justo» o que hayan observado todas las garantías procesales de las partes. En su opinión, debe averiguarse la verdad de los hechos para que el proceso justo desempeñe la función que le es propia, de modo que el proceso es justo cuando se orienta sistemáticamente a permitir la averiguación de la verdad de los hechos relevantes para la resolución y es injusto, por tanto, cuando obstaculiza o limita dicha averiguación. Cf. Michele Taruffo, *Verità negoziata?*, in *Accordi di Parte e Processo* (coordinado por Federico Carpi), p. 78-80. Véase Beclautte Oliveira Silva, *Verdade como objeto do negócio jurídico processual*, in *Negócios Processuais*, Salvador: JusPodium, 2017, p. 553 y ss.

29. Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio C. Arenhart y Daniel Mitidiero, *Curso de Processo Civil – Teoria do Processo Civil*, v. 1, 3.ª ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2017, p. 468-481.

30. Jordi Ferrer Beltrán, *Prueba y Verdad en el Derecho*, Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 69 y ss.

31. Está claro que, al introducirse el derecho a una resolución justa en la cláusula del «proceso justo», no hay problema para hablar de derecho a un «proceso justo». Lo que no se puede admitir es la idea de legitimidad por el procedimiento de acuerdo con los derechos fundamentales *procesales*.

32. El respeto de los derechos fundamentales procesales es requisito de una resolución justa. Si bien, es un requisito insuficiente. La tesis que hace suponer que la justicia de la resolución deriva de un proceso justo es reductiva, pues ignora el contenido de la resolución y solo da énfasis al procedimiento. Desde esta perspectiva, la resolución es el mero resultado del procedimiento, un acto judicial sin contenido material. Solo importa la calidad del procedimiento. Como afirma Taruffo, esta perspectiva «implica la renuncia a valutare se una decisione è o no giusta per il suo contenuto o per gli effetti che produce, e rimanda l'osservatore alla sola considerazione delle modalità con cui si è svolto il processo che la portò a quella decisione» (Michele Taruffo, *Idee per una teoria della decisione giusta, Sui confini – Scritti sulla giustizia civile*, Bologna: Il Mulino, 2002, p. 221).

33. Luigi Ferrajoli, *Principia Iuris – Teoria del Diritto e della Democrazia*, v. 1, Roma: Laterza, 2007, p. 876.

Así, y con independencia de que el juez pueda determinar la prueba de oficio, el pacto procesal sobre la prueba no es válido cuando dificulta la formación de la convicción de verdad, que es presupuesto del derecho fundamental a la tutela judicial y necesaria para que el juez cumpla con su deber de prestarla debidamente.

9. Acuerdo limitador de la prueba y arbitraje

Como es sabido, en caso de litigio sobre derechos disponibles las partes tienen plena libertad para confiar la solución a un particular. De esta manera, sería posible suponer que el acuerdo que libremente predetermina la práctica en exclusiva de una determinada prueba vincularía al árbitro.

En este caso, lo que afectaría a la legitimidad del acuerdo procesal sería el hecho de que las partes estén ante el árbitro, en vez de en presencia de un juez. Sin embargo, hace ya algún tiempo se estableció en la legislación brasileña que «el laudo arbitral produce, entre las partes y sus sucesores, los mismos efectos que la sentencia dictada por los órganos del poder judicial y, si es condenatorio, constituye título ejecutivo» (art. 31 de la Ley núm. 9.307/96, de Arbitraje).

Si el laudo arbitral produce los mismos efectos que la sentencia judicial, incluida la cosa juzgada material, no se puede admitir que la parte, al acudir al árbitro, vea descalificado su derecho a la resolución del conflicto, o mejor dicho, que su derecho a la resolución no se base en la convicción de verdad. El laudo arbitral no tendría legitimidad si no se formara tras practicar todas las pruebas pertinentes para el esclarecimiento de los hechos que componen el litigio³⁴.

Así pues, las partes tienen el derecho fundamental a un laudo arbitral basado en convicción de verdad y el árbitro tiene el deber de formar convicción, con base en pruebas pertinentes para esclarecer los hechos, a fin de resolver el litigio que se le sometió³⁵.

34. Pedro A. Batista Martins, Panorâmica sobre as provas na arbitragem. Disponible en: batistamartins.com/wp-content/uploads/kalins-pdf/singles/panoramica-sobre-as-provas-na-arbitragem-2.pdf. Consultado el 30/05/2018; Francisco Cahali, *Curso de arbitragem*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2018, p. 245.

35. Además, el árbitro, no solo de acuerdo con la ley de arbitraje brasileña (art. 22, apartado introductorio), sino también conforme varios reglamentos de cámaras internacionales de arbitraje, puede determinar la prueba de oficio. Así, por ejemplo, en el Reglamento de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) se establece en el art. 20.2 y 20.5, que: «2. Una vez examinados los escritos y documentos presentados por las partes, el Tribunal Arbitral deberá oír las contradictoriamente si una de ellas así lo solicita. A falta de tal solicitud, podrá oír las de oficio. (...) 5. En todo momento durante el proceso arbitral, el Tribunal Arbitral podrá requerir a cualquiera de las partes para que aporte pruebas adicionales».

por tanto, en caso de que una de las partes haga ver al árbitro la necesidad de que se practique una prueba distinta de la predeterminada en el pacto, este simplemente no se tendrá en cuenta y se admitirá la práctica de la prueba solicitada. Si se inadmite la prueba basándose en el acuerdo, el árbitro violará el derecho fundamental a la tutela judicial. Si el arbitraje es equivalente jurisdiccional, es evidente que el árbitro no puede decidir sin observar el derecho fundamental a la tutela judicial. Por tanto, si no se admite la prueba alegando que el acuerdo la prohíbe, deberá admitirse la demanda de nulidad del laudo arbitral³⁶.

Ahora bien, esto no significa que el acuerdo sobre la prueba no sea importante en el arbitraje³⁷. La verdadera ventaja del acuerdo sobre la prueba, tanto en la jurisdicción como en el arbitraje, es la delimitación de la prueba que se entiende imprescindible para esclarecer los hechos objeto del litigio³⁸. Como es obvio, no se desea una decisión basada en probabilidad o en una convicción inadecuada sobre los hechos.

Ninguna de las partes, en el ámbito judicial o en el del arbitraje, puede rechazar la práctica de la prueba pactada para esclarecer los hechos, sin embargo las partes pueden solicitar la práctica de otras pruebas. Del mismo modo, ni el juez ni el árbitro pueden denegar la práctica de la prueba que eligen las partes, a menos, claro está, que esta recaiga sobre un hecho impertinente o inútil para la solución del conflicto o se trate de un hecho no controvertido.

10. Los terceros y la sociedad como destinatarios de la prueba

Sin embargo, la información sobre los hechos y las pruebas que los esclarecen no interesan solo a las partes o son importantes únicamente para la prestación de la tutela judicial o la resolución del conflicto de intereses.

Los terceros, que no son parte del proceso, tienen interés en la prueba presentada y, sobre todo, en la cosa juzgada sobre cuestión, que también depende de la posibilidad de practicar prueba. No se puede defender que un acuerdo no puede excluir una prueba por el posible interés que un tercero tenga de utilizarla en otro proceso, pero el tercero puede invocar la cosa juzgada sobre cuestión —formada en un proceso del que no era parte— en su beneficio.

36. El laudo, además de negar el derecho fundamental a la tutela judicial, habrá violado el art. 32, III, concordante con el art. 26, II, de la ley de arbitraje brasileña, pues la justificación de los hechos, ante la falta de prueba *indebidamente excluida*, será incompleta.

37. Jeffrey Waincymer, Procedure and evidence in international arbitration, *Kluwer Law International*, 2012, p. 125 y ss.

38. Paulo Osternack Amaral, *Provas – Atipicidade, Liberdade e Instrumentalidade*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015, p. 134 y ss.

Si la resolución de la cuestión no adquiere fuerza de cosa juzgada cuando las partes no pueden instar la práctica de prueba, está claro que el acuerdo que limita dicha prueba impide que se forme la cosa juzgada no solo en beneficio del tercero, con lo que contraría los propósitos de protección del valor constitucional de la seguridad jurídica, imprescindible para promover la libertad y para el desarrollo de la vida social.

Además, la sociedad espera la orientación del Poder Judicial con la que obtener previsibilidad respecto de sus decisiones futuras. Esta orientación, como bien se sabe, se desarrolla a través de los precedentes de las cortes supremas. Sucede que la formación de precedentes, en los casos que dependen del esclarecimiento de unos hechos, exige la práctica de prueba. De esta manera, es fácil de entender que la limitación de las pruebas, mediante acuerdo procesal, puede no solo impedir que se realice la institución del precedente, sino también constituir una estrategia para evitar que este se forme.

11. Acuerdo sobre la prueba y cosa juzgada sobre cuestión

Cuanto más se pueda volver sobre lo ya decidido, más posibilidades habrá de que se dicten resoluciones contradictorias entre sí, de esta manera, impedir la formación de la cosa juzgada sobre cuestiones necesarias para resolver el litigio simplemente legitimó dogmáticamente un sentimiento contrario a la generalidad del derecho, típico de la cultura patrimonialista del «hombre cordial», que siempre se sirvió de subterfugios—el llamado «jeito» en Brasil—, para obtener un tratamiento particular y arbitrario de la Administración pública y el Poder Judicial³⁹.

Como es evidente, no se puede admitir un acuerdo procesal que imposibilite la formación de la cosa juzgada sobre cuestión. No solo porque esta forma de

39. El «jeito», en portugués, o «arreglo» es un modo simpático, muchas veces incluso conmovedor o desesperado, de relacionar lo impersonal con lo personal, en la que se yuxtapone un problema personal a un problema impersonal para solucionar este último utilizando aquel como puente o palanca. Normalmente se invoca una relación personal, relativa a la región, al gusto, la religión y otros factores ajenos al problema formal/legal burocrático que debe enfrentarse, mediante el que se obtiene la simpatía del representante del Estado y, en consecuencia, una solución satisfactoria. La distancia entre el derecho escrito y su aplicación práctica hizo del «jeito» una institución paralegal muy valorada en Brasil, una parte integrante de nuestra cultura, al punto de, en muchos ámbitos del derecho, constituir la regla. El «jeito» es la variante cordial del «usted no sabe con quién está hablando», pues ambos se fundan en la red de relaciones personales que amparan las pretensiones del granuja, ya sea cordial (que se sirve del «jeito») o arrogante (que puede ser la misma persona cuando ve frustrado su intento de llegar a un «arreglo»). En los dos casos, se promueve superar la estructura formal igualitaria e impersonal, por ejemplo, mencionando a parientes («jeito») o a autoridades («usted no sabe con quién está hablando») y la burla a la ley asume aires de «honrosa excepción». (Cf. Luiz Guilherme Marinoni, A influência das relações pessoais sobre a advocacia e o processo civil, Trabajo presentado en el XX World Congress of Procedural Law, 2003).

cosa juzgada, también en el derecho brasileño, puede invocarla un tercero⁴⁰, sino porque no puede descuidarse la seguridad jurídica por el mero hecho de que las partes estén de acuerdo en no admitir que se practique una prueba necesaria para investigar a fondo hechos imprescindibles para la debida solución de la cuestión de la que depende el fallo del litigio.

La cosa juzgada sobre cuestión, que introduce el art. 503 del código procesal civil brasileño de 2015, tiene un claro parentesco con el *collateral estoppel*. En el derecho estadounidense se entiende que, si el actor fue vencido pese a haber tenido una amplia y justa oportunidad para litigar, no se otorgan ventajas a los litigantes ni al sistema judicial permitiéndose que se discuta de nuevo la cuestión⁴¹. Por ello, se prohíbe volver a litigar sobre una cuestión que ya fue tratada y decidida⁴². Sin embargo, cuando un determinado procedimiento limita la práctica de la prueba⁴³, impidiendo la debida sustanciación de la cuestión, se afirma, con base en el § 28 del *Restatement (Second) of Judgments*, que la parte no tuvo *full and fair opportunity* para discutir la cuestión⁴⁴ y se niega la eficacia preclusiva a la resolución que la decide⁴⁵.

Para configurar el *collateral estoppel*, las alegaciones que dan origen a la cuestión tienen que haber sido rebatidas (*put in issue*) y las partes deben haber tenido ocasión de discutir las⁴⁶. La misma idea está presente en el art. 503 del código brasileño, que expresamente impide que se configure la cosa juzgada sobre cuestión cuando hay «limitaciones probatorias o de conocimiento que impidan analizar a fondo la cuestión prejudicial» (art. 503.2 del CPC).

El objetivo tanto del § 28 del *Restatement (Second) of Judgments* como del art. 503.2 del código brasileño es evitar que se aplique la prohibición de volver a

40. En un sistema en el que la estabilidad de la resolución de la cuestión es indispensable para tutelar la seguridad jurídica, que se articula, a partir de ahí, como fundamento para promover la libertad y la igualdad, su solución deja de referirse tan solo a las partes y pasa a interesar a la sociedad y a la promoción de los fines del Estado. Si alguien imagina una situación en la que casos o cuestiones se pueden discutir varias veces, «la posibilidad de sentencias incoherentes es obvia» y la autoridad del Poder Judicial es ignorada, asumiéndose además un grave riesgo de intermitente violación del principio de igualdad. Véase Allan D. Vestal, *Res Judicata: Preclusion*, New York: Matthew Bender, 1969.

41. David SHAPIRO, *Preclusion in civil actions*, New York: Foundation Press, 2001, p. 109; Richard Marcus, Martin Redish, Edward Sherman y James Pfander, *Civil Procedure – A modern approach*, St. Paul: West, 2013, p. 1293-1294.

42. Según el § 27 del *Restatement (Second) of Judgments*, cuando una cuestión de hecho o de derecho se discute y decide realmente mediante resolución válida y definitiva, y esta es esencial para el fallo, la resolución se aplica o produce efectos en una demanda posterior entre las partes, ya sea con relación a la misma o distinta «claim».

43. *Erisco Industries, Inc. v. W.C.A.B. (Luvine)*, Commonwealth Court of Pennsylvania, 2008.

44. *Aetna Cas. & Sur. Co. v. Jones*, Supreme Court of Connecticut, 220 Conn. 285, 1991.

45. David SHAPIRO, *Preclusion in civil actions*, p. 58.

46. «Si por su naturaleza en la vista previa se producen ciertas limitaciones procesales que no se producirían en una vista posterior, la parte podría no tener la posibilidad plena y justa de litigar, por lo que invocar el *collateral estoppel* no sería pertinente». (*Aetna Cas. & Sur. Co. v. Jones*, Supreme Court of Connecticut, 220 Conn. 285, 1991).

litigar sobre una cuestión cuando la parte ni siquiera pudo discutirla. Ahora bien, como la parte siempre podría oponerse a la prohibición de volver a litigar alegando que existen otras pruebas que practicar, se rechaza el argumento de que esas otras pruebas —que no se practicaron— podrían ser más convincentes⁴⁷.

No debe pensarse que, cuando las partes renuncian a practicar prueba mediante un acuerdo, no hay motivo para excluir la cosa juzgada de la resolución que decide la cuestión. Para configurarse la cosa juzgada debe poder discutirse la cuestión y, de este modo, no cabe cuando existe una limitación probatoria. Además, el art. 503.1, II, del código brasileño excluye que se configure la cosa juzgada sobre cuestión en caso de rebeldía.

En el derecho estadounidense, la doctrina mayoritaria⁴⁸ no admite el *collateral estoppel* en los casos de *default judgments* (juicios en rebeldía), aunque las cortes estatales⁴⁹ ya han admitido el *collateral estoppel* en esas situaciones⁵⁰. Para justificar la inexistencia de *collateral estoppel* en caso de *default judgment*, se alega que el *collateral estoppel*, en este caso, no serviría para evitar la contradicción entre resoluciones, pues los efectos de la rebeldía excluyen los hechos del *thema probandum* y de la convicción judicial, no existe juicio ni, por ende, posibilidad de incoherencia entre resoluciones. Sin embargo, el verdadero fundamento para rechazar el *collateral estoppel* es el de que la parte que decide no contestar, pese a conocer las consecuencias de su omisión en el proceso, difícilmente puede prever las consecuencias futuras, es decir, los efectos panprocesales de la rebeldía, que impiden volver a juzgar la cuestión en procesos futuros⁵¹.

El acuerdo procesal, además de excluir la posibilidad de discutir la cuestión y, de esa forma, imposibilitar la convicción judicial que debe estar en la base de una resolución que, además de producir cosa juzgada, afecta al resultado de otras acciones, difícilmente deja prever que la resolución que decide la cuestión pueda interferir en un *posible proceso futuro*. Por ello, concedor de las

47. «La doctrina del *collateral estoppel* solo exige que se otorgue a la parte la posibilidad plena y justa de sustanciar la cuestión. El hecho de que se puedan presentar pruebas más concluyentes en una vista posterior no es motivo ni suficiente ni relevante para que este tribunal deniegue la aplicación de la doctrina» (*Dep't of Transp. v. Martinelli*, Commonwealth Court of Pennsylvania, 1989).

48. Maurice Rosenberg, *St. John's Law Review*, 1969, v. 44, p. 165 y ss.; *Developments in the Law-Res Judicata*, *Harvard Law Review*, 1952, v. 65, p. 818 y ss.; Note, *Collateral estoppel by judgment*, *Columbia Law Review*, 1952, v. 52, p. 647 y ss.; *Collateral estoppel in default judgments: The case for abolition*, *Columbia Law Review*, 1970, v. 70, p. 522: «La postura de esta Nota es que la doctrina del *collateral estoppel* solo puede ser perjudicial cuando se aplica a sentencias dictadas en rebeldía, en cuyo caso, debe abolirse su aplicación».

49. *Buck v. Mueller*, 221 Ore. 271, 1960; *Messerlian v. Goodness*, 75 R.I. 203, 1949; *Lawhorn v. Wellford*, 179 Tenn. 625, 1943.

50. Sobre el derecho inglés, Neil Andrews, *English civil procedure*, Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 948-949; Luca Passanante, *Processo civile inglese*, Enciclopedia del Diritto, Annali III, p. 1001-1003.

51. *Collateral estoppel in default judgments: The case for abolition*, *Columbia Law Review*, 1970, v. 70, p. 522.

ventajas y los perjuicios que la cosa juzgada sobre cuestión puede implicar, el código brasileño expresamente excluyó la cosa juzgada cuando se haya limitado la práctica de la prueba (art. 503.2 del CPC), *sin que importe si esa limitación tiene un origen legal o convencional*.

Por tanto, con independencia del ángulo desde el que se analice el problema, no se puede admitir la cosa juzgada sobre cuestión cuando existe un acuerdo que limite la formación de la convicción. En este sentido, cabe preguntar si la voluntad de las partes —es decir, el acuerdo procesal— puede impedir que se forme la cosa juzgada. Cabe recordar que la limitación de la cosa juzgada a su solicitud y, en consecuencia, a la acción declarativa incidental, estimuladas por los teóricos que favorecieron el nacimiento de la ZPO de 1877⁵², se guiaron por la idea de libertad típica de finales del siglo XVIII y primera mitad del siglo XIX⁵³. Sin embargo, si no hay duda de que los conceptos que estuvieron por detrás de la ZPO e incidieron en el art. 34 del *Codice di Procedura Civile* estuvieron influidos por la idea de que la voluntad de los litigantes debería presidir el ámbito de aplicación de la cosa juzgada, en la actualidad no se puede admitir que la autonomía de la voluntad sirva como fundamento para excluir la cosa juzgada sobre cuestión.

En definitiva, la cosa juzgada es un elemento de derecho público, indispensable para la protección de la seguridad jurídica y la coherencia del derecho. Es interesante que Chiovenda, al referirse a la acción declarativa incidental, no enfrenta bien la cuestión de si la cosa juzgada puede depender de la voluntad del sujeto. Al depararse con la observación de Cameo, de que la cosa juzgada sobre cuestión no puede depender de la voluntad de las partes, se limitó a responder: «esta observación sería exacta solo si fuera verdad que la cosa juzgada es un fenómeno necesariamente conectado a la «cuestión», que se forme donde quiera que haya una cuestión y no se forme si no hay una cuestión»⁵⁴. Chiovenda eludió el tema afirmando que, si no se produce la cosa juzgada de

52. João de Castro Mendes (*Limites objetivos do caso julgado em processo civil*, Lisboa: Edições Ática, 1968, p. 111), tras afirmar que el proceso «no puede ser una sorpresa para la parte actora, sorpresa que puede también referirse —e incluso en términos desfavorables— a intereses que el actor entendió no debía poner en juego o prefirió dejar fuera de la apreciación judicial y del riesgo procesal que dicha apreciación siempre conlleva» advirtió que, según Blomeyer, este habría sido el argumento decisivo para que el legislador de la Zivilprozessordnung optara por limitar la cosa juzgada a su solicitud.

53. En realidad, el principio la acción declarativa incidental surgió en el derecho francés, alrededor de los valores de la Revolución Francesa y después la desarrolló la doctrina alemana dando origen al § 280 de la ZPO de 1877. Véase Franz Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1967, p. 277 y ss.

54. Chiovenda completa así su argumento: «secondo le premesse nostre, richiamate anche nel principio di questo paragrafo, la cosa giudicata è la indiscutibilità del provvedimento preso dal giudice sulla domanda accogliendola o respingendola: la risoluzione delle questioni è semplice mezzo a tal fine» (Giuseppe Chiovenda, *Istituzioni di diritto processuale*, v. 1, Napoli: Jovene, 1933, p. 363). Véase Giuseppe Chiovenda, *Sulla cosa giudicata*, *Saggi di diritto processuale civile*, v. 2, Milano: Giuffrè, 1993; Giuseppe Chiovenda, *Cosa giudicata e preclusione*, *Saggi di diritto processuale civile*, v. 3, Milano: Giuffrè, 1993.

una resolución incidental, no hay motivo para preguntar si se estaría subordinando la cosa juzgada a su solicitud. No obstante, cumple subrayar que Chiovenda reconoció que la ponderación de Cameo, en el sentido de que la cosa juzgada no puede depender de la voluntad de los litigantes, sería exacta solo si se admite que la cosa juzgada puede recaer sobre la cuestión⁵⁵.

La cosa juzgada sobre cuestión es importante para el Estado y la sociedad, y es imprescindible para la tutela de la seguridad jurídica y la coherencia del derecho. El código brasileño de 2015, al regular la cosa juzgada sobre cuestión y abandonar la desacreditada acción declarativa incidental, optó por tutelar la seguridad jurídica en detrimento de la superada suposición de que se podría violar la libertad si la cosa juzgada se formase sin necesidad de solicitarlo.

De modo que la cosa juzgada sobre cuestión obviamente no puede dejarse de lado en virtud de un acuerdo entre las partes. Ante la nulidad del acuerdo, cualquiera de las partes puede solicitar que se practique la prueba en principio prohibida. Asimismo, el juez, al comprobar la necesidad de otra prueba, puede determinarla de oficio.

12. La importancia de la debida información sobre los hechos para el desarrollo del derecho y la garantía de su unidad

La resolución de conflictos está lejos de ser la única función de la jurisdicción. Compete al Poder Judicial, entre otras relevantes funciones, atribuir sentido al derecho y desarrollarlo de acuerdo con la evolución de la sociedad⁵⁶.

Una de las consecuencias del desarrollo de la teoría de la interpretación es la aceptación de la indeterminabilidad, menor o mayor, de los resultados que se extraen de los textos legales⁵⁷. Además, el juez, al interpretar la ley, muchas

55. Giuseppe Chiovenda, *Istituzioni di diritto processuale*, v. 1, p. 362-363.

56. Elizabeth Thornburg, al señalar los límites del acuerdo procesal ante los tribunales estatales, llama la atención sobre sus específicas funciones y demuestra que estas no se confunden con la función de los tribunales arbitrales: «(...) los tribunales actúan cuando los litigantes solicitan su ayuda mediante la interposición de la demanda y su contestación, ayudando a componer la controversia y poniendo a su disposición mecanismos para resolver la disputa y ejecutar la sentencia si no se llega a un acuerdo. (...) La segunda función de los tribunales es producir bienes públicos y llevar a cabo funciones públicas. Por ejemplo, los tribunales crean precedentes y normas jurídicas. Los procesos públicos de los tribunales incentivan el debate público sobre las normas sociales y su desarrollo» (Elizabeth Thornburg, *Designer Trials*, *Journal of Dispute Resolution*, 2006, n. 1, p. 206-207).

57. Giovanni Tarello, *L'interpretazione della legge*, Milano: Giuffrè, 1980, p. 61-64; Riccardo Guastini, *Interpretare e argomentare*, Milano: Giuffrè, 2011, p. 63-66; Pierluigi Chiassoni, *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, Bologna: Il Mulino, 2007, p. 61; Giuseppe Zaccaria, *Complessità della ragione giuridica*, *Questioni di interpretazione*, Padova: Cedam, 1996, p. 3-20; Jerzy Wróblewski, *Legal syllogism and rationality of judicial decision*, *Rechtstheorie*. Berlin: Duncker & Humblot, 1974, v. 5, parte 1, p. 39.

veces debe tener en consideración las normas que establecen derechos fundamentales, que, dada su redacción abierta, exigen valoraciones que atiendan a hechos y valores sociales⁵⁸.

La disociación entre texto y norma, la técnica de las cláusulas abiertas y el impacto del constitucionalismo dieron a la resolución judicial un significado muy distinto del imaginado por quienes suponían que la misión del juez era declarar la norma que contenía la ley. La resolución judicial, no solo por proceder de una actividad interpretativa que contiene valoraciones y decisiones de contenidos externos al texto de la ley, sino también en virtud de las reglas legales que invitan al juez a su concreción en función de las circunstancias del caso y la necesidad de que la ley se conforme a los dictados de la Constitución, ciertamente añade sentido o sustancia al orden legislativo. Este último, por ende, no es suficiente para orientar a la sociedad o para por sí solo reflejar el derecho que guía la vida social⁵⁹.

Sin embargo, si todos los jueces tienen facultades para interpretar la ley, las cortes supremas tienen la función de definir el sentido del derecho, con lo que le atribuyen unidad⁶⁰. Esto sucede mediante los precedentes o, en concreto, mediante resoluciones que, al contener una fundamentación adecuada (*ratio decidendi*) para definir la cuestión jurídica, los demás jueces están obligados a observar —al menos en un Estado de derecho—⁶¹. En realidad, como dice MacCormick, la fidelidad al Estado de derecho exige evitar cualquier variación frívola en la forma de decidir de un juez o tribunal para otro⁶².

Aunque la definición del sentido del derecho solo se lleve a cabo en las cortes supremas, es imprescindible un debate previo y la maduración de la discusión ante los tribunales ordinarios, de modo que el proceso tiene la importante responsabilidad de definir el derecho capaz de responder de forma adecuada a las necesidades sociales. Para que el poder judicial pueda atribuir sentido al

58. Frank Michelman, *Constitutional authorship*, *Constitutionalism: philosophical foundations*, New York: Cambridge University Press, 1998, p. 88-89; Jerzy Wróblewski, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, Madrid, Civitas, 2001, p. 55 y ss.

59. Luiz Guilherme Marinoni, *O STJ enquanto Corte de Precedentes*, 3.ª ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2017, p. 91-107; p. 149-152.

60. Daniel Mitidiero, *Cortes Superiores e Cortes Supremas*, 3.ª ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2018, p. 111-112.

61. Luiz Guilherme Marinoni, *Precedentes Obrigatórios*, 5.ª ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2017, p. 96 y ss.; Luiz Guilherme Marinoni, *Precedentes obrigatórios*, Lima: Palestra, 2013, p. 123 y ss.

62. «En un Estado moderno, con muchos jueces y muchos tribunales y una jerarquía estructurada de recursos, las mismas reglas y soluciones deben orientar la decisión independiente del juez del caso» (Neil MacCormick, *Rhetoric and the rule of law – A theory of legal reasoning*, p. 178). Earl Maltz, en un ensayo publicado en *North Carolina Law Review*, afirma que uno de los valores más importantes del sistema americano es el de que los principios que orientan a la sociedad deben constituir «reglas de Derecho» y no simples opiniones de algunos hombres que, temporalmente, ocupan cargos relevantes en el poder (Earl Maltz, *The nature of precedent*, *North Carolina Law Review*, v. 66, 1988, p. 371).

derecho y desarrollarlo, es imprescindible contar con información adecuada sobre los hechos⁶³, por lo que es importante no solo la función del *amicus curiae*⁶⁴ sino también la idea de que la prueba no solo es importante para resolver el caso concreto, sino también para establecer el precedente y, por ende, para dar a la sociedad el derecho que debe orientarla.

El resultado de una demanda de indemnización en la que se alega que la composición de un producto agrícola produjo daños a la salud tiene un gran interés social. En un caso como este, el pacto que limita la prueba, al impedir la adecuada comprobación de los efectos del producto, puede impedir que el poder judicial pueda definir la cuestión de la responsabilidad por su comercialización.

Aunque la corte suprema no pueda valorar la prueba, cuestión de derecho relacionada con la responsabilidad civil, al permitir intervenir a la corte, exige que su razonamiento decisorio parta del presupuesto de que la composición del producto causa daños a la salud, como pone de manifiesto la prueba. Así, aunque la corte trate solo de la cuestión de derecho, su resolución podrá establecer que se deriva responsabilidad de la comercialización del producto agrícola. Cabe recordar que la corte suprema, al afirmar el precedente, juzga el caso y no solo decide la cuestión de derecho en abstracto.

El ejemplo demuestra claramente que la voluntad de las partes, al excluir la práctica de prueba, puede impedir al poder judicial definir el derecho que debe orientar a la sociedad y regular los casos conflictivos, lo que menoscaba la seguridad jurídica y, por ende, la libertad y la igualdad.

13. Acuerdo sobre la prueba, seguridad jurídica, libertad e igualdad

Si no cabe admitir el acuerdo que limita la prueba e impide que se forme el precedente, se afirma lo mismo cuando se dice que la voluntad de las partes no puede impedir que el proceso atienda a sus fines, entre ellos el de tutelar la seguridad jurídica⁶⁵.

63. «(...) un flujo de información atrofiado puede distorsionar la creación de precedentes e impedir los esfuerzos de los reguladores, legisladores y otros encargados de formular políticas públicas para identificar problemas sociales y diseñar soluciones públicas» (Kevin E. Davis y Helen Hershkoff, Contracting for Procedure, *William and Mary Law Review*, 2011, p. 544).

64. Luiz Guilherme Marinoni, *O STJ enquanto Corte de Precedentes*, 3.ª ed., p. 227-230.

65. La seguridad jurídica es un subprincipio que concreta el principio fundamental y estructurador del Estado de derecho. Se expresa en términos de estabilidad y continuidad del orden jurídico, así como de previsibilidad de las consecuencias jurídicas de las conductas practicadas en la convivencia social.

Cuando se tiene claro que todos los jueces del país deben respetar los precedentes de las cortes supremas, que son las responsables de definir las cuestiones de derecho infraconstitucional y constitucional, se arremete, en nombre de la seguridad jurídica, contra la circunstancia de que haya resoluciones distintas en casos similares.

La previsibilidad presupone univocidad de calificación de las situaciones jurídicas⁶⁶. Si esta calificación depende de las resoluciones judiciales —que, en principio, pueden ser varias—, la previsibilidad está en manos de las cortes supremas, cuya función es atribuir sentido al derecho y garantizar su unidad. No obstante, si la previsibilidad presupone univocidad, esta también depende de la efectividad del sistema jurídico como capacidad de garantizarla⁶⁷. Se trata de constatar que un ordenamiento incapaz de permitir previsiones y calificaciones jurídicas unívocas y de generar, de esta forma, un sentido de seguridad en los ciudadanos, no merece siquiera la calificación de jurídico⁶⁸. Por ello, los precedentes vinculantes son una mera, pero ineludible, consecuencia de la función que se reconoce a las cortes supremas.

La cosa juzgada sobre cuestión también tutela la seguridad jurídica⁶⁹. El Estado tiene el deber de tutelar mediante normas la seguridad jurídica, y de esa forma reviste las resoluciones de los litigios de la condición de cosa juzgada. Si bien, se podría decir que, pese a este deber, la cosa juzgada no ha de recaer obligatoriamente en las resoluciones incidentales. Esto sería correcto si esas resoluciones no tuvieran importancia ni significado para los litigantes, así como para la sociedad y el Estado. No obstante, la estabilidad de las resoluciones sobre cuestión es muy importante para los litigantes, así como para la armonía de la vida social y el desarrollo económico del país. Además, la previsibilidad de lo que puede suceder en una posible y futura demanda, en la que la cuestión ya decidida pueda surgir de nuevo, es indispensable para que el hombre sepa cómo debe dirigir su vida y negocios sin ser perturbado ni perjudicado, incluso por el Estado en sus varias formas, también como juez.

La seguridad jurídica es indispensable para promover la libertad. Sin seguridad jurídica, el hombre no tiene libertad para predeterminar sus elecciones, lo que

66. Massimo Corsale, *Certeza del diritto e crisi di legittimità*, p. 32-33.

67. Es habitual que en la literatura inglesa y estadounidense se refleje la idea de que la previsibilidad es la razón por la que se siguen los precedentes. Cabe recordar que Hale dijo que el objetivo del *stare decisis* era satisfacer la exigencia de certeza formal. En el mismo sentido, Arthur Goodhart (Precedent in English and Continental Law, *Law Quarterly Review*, v. 50, 1934) sostuvo que la certeza jurídica sería la causa más importante para fijar el *stare decisis* o para establecer un sistema de precedentes vinculantes. Véase Theodore M. Benditt, *The rule of precedent*, *Precedent in Law*, Oxford: Clarendon Press, 1987, p. 89 y ss.

68. Massimo Corsale, *Certeza del diritto e crisi di legittimità*, p. 40.

69. Luiz Guilherme Marinoni, *Coisa Julgada sobre Questão*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2018, p. 196-200.

impide su desarrollo y el de sus negocios, y perjudica la economía misma. La previsibilidad siempre ha sido indispensable para la vida dotada de racionalidad, así como para el desarrollo del capitalismo⁷⁰. Por lo tanto, que varíen las resoluciones judiciales, al significar una falta de criterios para que el empresario pueda definir sus estrategias de acción e inversión⁷¹, sin duda conspira contra la economía⁷².

Con todo, la tutela de la seguridad jurídica también es imprescindible para promover la igualdad. Nada vulnera tanto la igualdad como dictar, a quien ha visto violado su derecho o sufre una amenaza inminente de que este sea infringido, una resolución que no se ajuste a los parámetros ya definidos por el poder judicial en casos similares. Una vez que la corte suprema haya afirmado un precedente, ningún juez o tribunal puede admitir una resolución que presente razones divergentes. Es inconcebible no darse cuenta de que una resolución de ese calibre no se ajusta no solo al Estado de derecho y al Poder Judicial, sino tampoco a la igualdad, con lo que representa una lamentable arbitrariedad o ingenuidad inexcusable⁷³. La igualdad ante las resoluciones judiciales es fruto del deber del Estado de dar a todos los que se encuentran en una misma situación la solución que la corte suprema racionalmente delineó, mediante las mejores razones posibles. En definitiva, todos los hombres en iguales condiciones merecen la mejor solución que el Estado pueda concebir para garantizarles una vida justa. Así, en este sentido, se afirma que el valor constitucional tutelado por el sistema de precedentes es la igualdad, realizada empíricamente mediante la vinculación de los jueces y tribunales al «derecho» delineado por la corte

70. De la obra de Weber se extrae el criterio de que el *common law* inglés, aunque no esté dotado del mismo grado de racionalidad que el derecho europeo continental, era previsible. Weber afirmó, en *Economía y sociedad*, que «en el ámbito del derecho privado *common law* y *equity* son en gran parte «formalistas» en la aplicación práctica, en virtud de la vinculación a precedentes». (Max Weber, *Economía e Sociedade*, Brasília: UNB, vol. 2, p. 150). Por tanto, para Weber el *stare decisis* fue un elemento importante para equilibrar la falta de sistematicidad del *common law*, que contribuyó a la previsibilidad y el desarrollo del capitalismo. Véase Luiz Guilherme Marinoni, *A Ética dos Precedentes*, 2.ª ed., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2016, p. 19-46; Luiz Guilherme Marinoni, *Cultura y Previsibilidad del Derecho – La Justificación de un sistema de precedentes en clave histórica moderna*, México: Editorial Porrúa, 2016, p. 3-34.

71. La previsibilidad permite definir las expectativas del empresario y, de esa forma, ayuda a optimizar las inversiones y racionalizar el gasto en estructuras y materias primas, y facilita, además, la adecuada remuneración de los trabajadores. Las inversiones, ante la falta de previsibilidad, son más onerosas y menos eficientes, lo que desincentiva el aumento de los negocios.

72. «El ahorro de costes asociados al sistema del *stare decisis* va más allá de las costas procesales. Una mayor certidumbre no solo desincentiva la litigiosidad; sino que también permite una planificación más eficiente gracias a los precedentes. De nuevo, compara los efectos del sistema actual de *stare decisis*, que establece algunos límites a las propias sentencias de anulación de la corte suprema, con un sistema discrecional más libre. El sistema actual reduce el grado de agitación en el conjunto de precedentes de la corte, de forma que permite que «los poderes políticos y las personas» «planifiquen en un contexto jurídico conocido» de forma más eficiente. En cambio, un sistema más discrecional haría que la planificación y la confianza fueran más costosas y menos eficientes» (Thomas R. Lee, *Stare decisis in economic perspective: an economic analysis of the Supreme Court's doctrine of precedent*, *North Carolina Law Review*, n. 78, 2000, p. 652). Véase Louis Kaplow, *An economic analysis of legal transitions*, *Harvard Law Review*, n. 99, 1986, p. 509-617.

73. Luiz Guilherme Marinoni, *Precedentes Obrigatórios*, p. 96-125; Daniel Mitidiero, *Precedentes*, 3.ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 94-95.

suprema, que depende de la evolución de la vida social, está abierto al dinamismo de un sistema orientado a la actuación de principios fundamentales provistos de una inagotable carga axiológica y está atento a la debida percepción de las diferencias⁷⁴.

Aún es más clara la violación de la igualdad ante las cuestiones *discutidas, decididas y no cubiertas por la cosa juzgada*. Si negar el precedente afirmado en un caso con *distintas* partes es grave, mucho peor es admitir que quien *ya discutió* la cuestión pueda negar la resolución dictada que le afecta, como si el hecho de litigar *con otro adversario*⁷⁵ otorgara alguna racionalidad para que el poder judicial decida varias veces la *misma* cuestión⁷⁶.

Todo ello significa que los acuerdos procesales que limitan la prueba, justo porque pueden imposibilitar la cosa juzgada sobre cuestión y la formación de precedentes, niegan uno de los principales fines del proceso, a saber, el de tutelar la seguridad jurídica. De este modo, y en consecuencia, los acuerdos que limitan la prueba también impiden que el proceso realice sus fines de promover la libertad y la igualdad.

14. Conclusiones

La libertad de las partes en el proceso no puede imponerse a sus objetivos públicos, incluso para poder promover la libertad. De este modo, no puede admitirse la limitación convencional de la prueba cuando restringe la formación de la convicción judicial.

Si bien, esto no significa que no pueda admitirse un acuerdo procesal sobre la prueba cuando su finalidad sea colaborar al perfeccionamiento de la convicción. El acuerdo puede establecer la prueba que se considera adecuada, así como prohibir un determinado medio de prueba, siempre que no limite la formación de la convicción del juez.

El acuerdo, al limitar la formación de la convicción, no vale en los sistemas en los que el juez tiene poder para determinar la prueba de oficio ni en aquellos en los que solo se puede practicar prueba a instancia de parte. De otro modo,

74. Gaetano Silvestri, *Le Corti Supreme negli ordinamenti costituzionali contemporanei*, *Le Corti Supreme*, Milano: Giuffrè, 2001, p. 45.

75. Aquí se habla del *nonmutual collateral estoppel* y de la cosa juzgada sobre cuestión en beneficio de tercero.

76. Luiz Guilherme Marinoni, *Coisa Julgada sobre Questão*, esp. p. 163-208.

se violarían el derecho fundamental a obtener una decisión justa y el deber del Estado de prestarla debidamente.

El acuerdo procesal que limita la prueba, al impedir la adecuada discusión de la cuestión, impide que se forme la cosa juzgada sobre cuestión. Como la cosa juzgada es imprescindible para tutelar los fines públicos del proceso, en particular, de la seguridad jurídica, este es un motivo más por el que el acuerdo procesal que limita la práctica de prueba no es compatible con el proceso civil.

La limitación de prueba, además, dificulta que se formen precedentes, que también son esenciales para tutelar la seguridad jurídica y, de ese modo, promover la libertad y la igualdad.

PONENCIAS SOBRE FLEXIBILIZACIONES EN LA CARGA DE LA PRUEBA