



Revista Facultad de Derecho y Ciencias
Políticas

ISSN: 0120-3886

revista.derecho@upb.edu.co

Universidad Pontificia Bolivariana
Colombia

Uribe Álvarez, Roberth

Prueba y argumentación. Una aproximación al discurso iusfilosófico de la prueba

Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, vol. 39, núm. 111, julio-diciembre, 2009, pp. 337-356

Universidad Pontificia Bolivariana
Medellín, Colombia

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=151412839006>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

Prueba y argumentación. Una aproximación al discurso iusfilosófico de la prueba¹

Evidence and argumentation.

An approach to the iusphilosophical discourse of evidence

Preuve et argumentation.

Une approximation au discours ius- philosophique de de la preuve

Roberth Uribe Álvarez²

Resumen

En este trabajo se realiza una descripción del discurso iusfilosófico de la prueba, entendido como una serie de estudios de análisis conceptual y discursivo, realizados por filósofos y teóricos del derecho acerca del concepto y la dogmática procesal tradicional de la prueba judicial, análisis iusfilosófico a partir del cual se puede fundamentar el carácter relativamente argumentativo de los hechos procesales.

Palabras clave: verdad procesal, discurso iusfilosófico de la prueba, hechos y enunciados sobre hechos, estándares de prueba.

1 Avance de investigación del proyecto "Analizando el discurso epistemológico-jurídico. Un análisis de los saberes jurídicos generales y sus relaciones discursivas", adscrito al Grupo de Investigación 'Saber, poder y derecho', Línea de Investigación en *Filosofía del Derecho*, de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, y aprobado ante el Comité para el Desarrollo de la Investigación de la Universidad CODI, en febrero de 2009.

2 Abogado de la Universidad de Antioquia. Profesor de Filosofía del Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, Medellín-Colombia. Correo electrónico: roberth.uribe@gmail.com

Este artículo fue recibido el día 30 de septiembre de 2009 y aprobado por el Consejo Editorial en el Acta de Reunión Ordinaria No. 10 del 2 de diciembre de 2009.

Abstract

This paper describes the iusphilosophical discourse of evidence, which is understood as a group of studies of conceptual and discursive analysis, made by legal philosophers and theoreticians, about the traditional concept and dogmatic procedure of evidence in courts. Furthermore, by this iusphilosophical analysis the relative argumentative character of evidence in courts can be supported.

Key words: Iusphilosophical discourse of evidence, evidence and statements about evidence, objectivism and constructivism, standards of proof.

Résumé

Dans cet article l'auteur décrit le discours ius-philosophique de la preuve compris comme une série d'études d'analyse conceptuelle et discursive, faites par des philosophes et des théoriciens du droit sur le concept et la dogmatique processuelle traditionnelle de la preuve judiciaire. À partir de cette analyse l'auteur vise à fonder le caractère relativement argumentatif des faits processuels.

Mots clés: Vérité procédurale, discours ius-philosophique de la preuve, faits et énoncés des faits, standards de preuve.

Sumario

Introducción. 1. Dos concepciones de “la” “realidad”: ¿hechos y/o interpretaciones? 2. El conocimiento de los hechos jurídico-procesales: ¿certeza y/o probabilidad? 3. La prueba judicial: ¿hechos o enunciados sobre hechos? 4. La premisa “menor” del razonamiento jurídico: ¿“explicación” y/o “justificación”? 5. Reglas de relevancia de los medios de prueba del hecho y sus reglas de valoración: ¿estándares de prueba objetivos? 6. Conclusiones. Referencias.

“[n]o son los hechos en sí a los que están enlazadas las consecuencias jurídicas, sino a la determinación constitutiva de los hechos dentro de un procedimiento jurídico”
(Kelsen, 1952)

Introducción

1. En este trabajo se realiza una descripción de algunos aspectos y problemas básicos del que se denomina ‘*discurso iusfilosófico de la prueba*’, expresión usada para designar una serie de estudios acerca de la (dogmática de la) prueba judicial, elaborados por filósofos del derecho.

Este discurso iusfilosófico de la prueba se enmarca en el proceso de rehabilitación de la razón práctica en la filosofía del derecho, mediante el cual ésta se emancipó del predominio del método científico lógico-empírico, acometiendo la des/reconstrucción de muchas de las estructuras conceptuales, lógicas, metodológicas e ideológicas consolidadas durante la vigencia de la epistemología de la primera mitad del siglo XX.

Esta “peculiar venganza de la filosofía” (Ollero, 1989), como ha sido caracterizada esa rehabilitación, somete a examen la más variada clase de discursos y teorías científicas, evaluación a la que difícilmente escapan las construcciones más afianzadas y no por ello menos polémicas de la cientificidad contemporánea, entre ellas, la de los llamados ‘*hechos*’, complejas entidades epistémico-semióticas (lingüísticas, psicosociales, empíricas, valorativas, políticas, etc.) con las cuales aprehendemos y/o constituimos algún aspecto de “la” “realidad” o del mundo físico, en el marco

de una variedad de conocimientos específicos de dicha realidad (filosóficos, científicos, tecnológicos y técnicos), incluido el conocimiento jurídico.

Estos ‘hechos’ se constituyen en jurídicos, adquieren significación jurídica, en un doble sentido. De un lado, como determinantes de la constitución de las relaciones jurídicas, mediante la previa regulación que hacen de ellos las autoridades del derecho, institucionalizándolos en los enunciados jurídicos generales; en la normatividad iuspositiva general, como ‘*hechos jurídicos operativos*’ o “hechos relevantes para la decisión” (Ross, 1953). En un segundo sentido, estableciendo una vinculación necesaria entre la validez de la decisión judicial, como forma de particularizar o concretar el derecho positivo general, y la demostración de la existencia ‘veraz’ de estas entidades de “la realidad” “fáctica” en el auditorio del proceso jurisdiccional, a través de las ‘*reglas jurídicas de la prueba*’.

2. Estas dos significaciones jurídicas de los hechos son abordadas, en la tradición del pensamiento jurídico occidental, como problemas epistemológicos distintos, que corresponden a dos formas diferentes de discurso jurídico interno (“dogmática”): el de la “dogmática” del derecho “sustancial”, que tiene por objeto el primer sentido de los hechos jurídicos, y el de la “dogmática” del derecho “procesal”, a cargo del estudio del segundo sentido antedicho.

El conocimiento de los hechos jurídicos en la segunda significación, esto es, como *hechos procesales*, tradicionalmente ha sido elaborado por la “dogmática” iusprocesal y es denominado ‘*teoría de la prueba*’. Cabe advertir que este discurso, en su versión occidental estándar, es heredero de una tradición metodológica de orientación fiscalista de los hechos, en tanto que elementos principales de “la” “realidad”, en virtud de la cual se les concibe a éstos adscriptos exclusivamente al ámbito de la racionalidad fáctica u ontológica, no al de la racionalidad normativa de la decisión judicial. En otros términos, al contexto de descubrimiento y no al de justificación de ésta.

Debido a dicho fiscalismo, ese discurso “dogmático”-procesal tradicional suele marginar los aspectos filosóficos del problema de los hechos del plexo de cuestiones abiertas y controvertibles del conocimiento jurídico, asignando a éstos un cómodo sitio discursivo, al considerarlos una de las cuestiones inimpugnadas y tal vez inimpugnables de la teoría procesal, al punto que, ante la espejística ausencia de

preguntas epistemológicas, se convirtió en una especialidad casi exclusiva de los juristas dogmáticos (los procesalistas) y en no poca medida ajena a los filósofos y teóricos del derecho.

3. Esta situación es hoy, y crecientemente, contrastante. Paralelo al discurso dogmático-procesal de la prueba, existe uno iusfilosófico de la misma, cuyos antecedentes se remontan a los pioneros y originales trabajos de Frank y Wroblewski (1989), y en la actualidad se agrupan alrededor de los trabajos de Taruffo (1992) especialmente y, junto a éste, de otros importantes filósofos del derecho hispano-americanos (Andrés, 1994; Atienza, 1994; Calvo, 1993; Ferrer, 2003, 2007a, b; Gascón, 1999, 2003a, b; González, 2000, 2003a, b; Igartua, 2005).

Mediante este discurso iusfilosófico de la prueba judicial, el problema de los hechos adquiere una sana inestabilidad filosófica, que reanima la pregunta epistemológica al interior de ese comúnmente estático y no menos oscuro discurso jurídico-procesal estándar de la racionalidad fáctica de la decisión judicial.

4. Este texto tiene como marco conceptual dicho enfoque iusfilosófico de los hechos procesales, con el propósito de elaborar una propedéutica a éste para el contexto jurídico colombiano identificando, descriptivamente, algunas de sus cuestiones básicas o estructurales de dicho discurso.

Este cometido dará origen a la descripción del siguiente grupo de problemas básicos. En primer lugar, el que se refiere a la cuestión del concepto de realidad (probatorio-procesal) como objeto de conocimiento, es decir, como un asunto epistemológico, a través del interrogante ¿“la” “realidad”: “hechos” o “interpretaciones”? (II); en segundo lugar, se efectúa un acercamiento al problema epistemológico de la verdad y su aprehensión por la *iusfilosofía*, recabando en sus sentidos epistémico-jurídicos (“certeza” o “probabilidad”) y en los fines que desde allí suelen asignarse al proceso y a la prueba judiciales (III); en tercer lugar, se abordará el problema de la lógica del aspecto “fáctico” del razonamiento judicial formulando el interrogante ¿valoración judicial de “hechos” o de “enunciados sobre hechos”? (IV); seguidamente se realiza una delimitación de los problemas de “explicabilidad” y/o “justificabilidad” del aspecto fáctico del razonamiento judicial (“premisa menor” según la tradición silogicista) (V); y, como última cuestión, se describe el problema de la racionalidad del juicio de relevancia de los medios de prueba del

caso y de los criterios de valoración de éstos, problema que se corresponde con la pregunta ¿estándares de prueba objetivos? (VI).

1. Dos concepciones de “la” “realidad”: ¿hechos y/o interpretaciones?

5. Uno de los problemas centrales de la epistemología es el concepto de “realidad” y su proyección en el conocimiento racional de los diferentes fenómenos. Esta pregunta sobre el concepto de ‘lo real’ es una indagación sobre la posibilidad o no de un conocimiento objetivo del mundo.

Las metodologías filosóficas occidentales han tratado tradicionalmente el problema del conocimiento de la realidad, principalmente, desde dos tipos de enfoques antagónicos: fisicalismo(s) y constructivismo(s). Los enfoques fisicalistas (o sensorialistas) consideran que existe una realidad óptica que puede ser conocida en correspondencia con nuestras representaciones mentales. Este conocimiento por correspondencia de la realidad implica un nivel de objetividad del conocimiento humano, objetividad que puede tener grados diversos dependiendo de si se concibe la realidad como una entidad ontológica absolutamente independiente de la mente (objetivismo/realismo ontológico radical), o de si se asigna un alcance relativo al criterio de objetividad como correspondencia (objetivismo/realismo moderado o crítico).

La epistemología del objetivismo radical de la realidad, *i. e.* la del realismo empirista, concibe un conocimiento de esa realidad fruto del monismo de interacción entre sujeto observado-objeto de observación, que no llega en todo caso a asignar una función relevante al papel desempeñado por la mente o por el sujeto en el proceso de conocimiento³.

3 No en vano esta tradición sigue siendo heredera en gran medida del idealismo o esencialismo filosófico, que propugnaba por un método de pensamiento escisor de sujeto y objeto de conocimiento, en el que se postulaba la existencia de un contexto ontofenomenico “esencial” y unitario de conocimiento (la realidad), que era visto absolutamente independiente del sujeto que le conoce y pasible entonces de un acto de conocimiento objetivo por éste mediante la ideación.

Por su parte, las orientaciones epistemológicas constructivistas, en las que la realidad suele ser un objeto absoluto o tendencialmente moldeable o construible por el sujeto, según se trate de un constructivismo radical⁴, o bien de uno moderado (intersubjetivismo razonabilista o consensualismo discursivo), suprimen o reducen el concepto de conocimiento por correspondencia con lo objetivo, dado que otorgan preponderancia a la mente como generadora de una realidad que no corresponde con esa entidad, en el sentido de que no la revela o coincide con ella plenamente.

6. Ambas concepciones epistemológicas tienen proyección en la metodología del conocimiento del Derecho y, por ende, en el problema del análisis de los hechos jurídicos. Un sector de la cultura jurídica, que orienta el conocimiento del derecho hacia un método descriptivo, desde una perspectiva analítica, reivindicará enfoques objetivistas (radicales o moderados), e incluso, algunos de corte subjetivista consensual-discursivos. Otro sector, por su parte, orientará el estudio de los problemas epistemológicos del Derecho hacia una perspectiva hermenéutica o en su defecto constructivista, en la que la acción del sujeto cognoscente, que es creativa, trasciende de la esfera descriptiva a la constitutiva.

2. El conocimiento de los hechos jurídico-procesales: ¿certeza y/o probabilidad?

7. Una de las pretensiones de la epistemología consiste en generar condiciones para que el conocimiento de la realidad (objetiva o constructiva) sea 'verdadero'. No obstante, no existe una única y verdadera teoría del conocimiento que suministre un concepto de verdad infalible en ninguno de los ámbitos del conocimiento y, por ende, tampoco la hay para la teoría del proceso y de la prueba judiciales.

4 Que puede deambular entre el intuicionismo irracionalista, pasando por el escepticismo o el relativismo epistemológicos y el racionalismo subjetivo —hermenéutica—. El constructivismo en su versión más radical postula un antifisicalismo que puede provenir (i) de la reivindicación radical de la subjetividad de los factores que interactúan en el círculo hermenéutico (hermenéutica filosófica o interpretacionismo), o (ii) del recurso a la intersubjetividad dialogal y deliberativa que consensualiza el auditorio de las subjetividades cognoscitivas y pondera o mediatiza los alcances de una realidad surgida de la pura interpretación del hermeneuta, enclavada en el círculo hermenéutico, sustituyéndola por una (no la) realidad originada en el marco de una pluralidad concurrente de subjetividades que configuran sincréticamente esa (una) realidad (argumentación discursiva).

A este respecto puede ser pertinente, entonces, seguir los derroteros analíticos aconsejados por Austin, que indican que más que por el asentamiento de un concepto verdadero o metafísico de verdad (*la* verdad como “sustancia”, como “cualidad” o como “relación”), conviene preguntarse por los usos más “sanos”, si se quiere “a la medida”, e incluso “humildes”, filosóficamente hablando, de dicho concepto: sobriamente “*verum*”, en lugar de “*in vino*” o de “*veritas*”, según el filósofo de la escuela oxoniense (Austin, 1955).

El problema que surge es el de la relación que existe entre las concepciones epistemológicas acerca del conocimiento de la realidad y el análisis de los fines del proceso (y de la prueba judicial) desde el tópico de la verdad (sea como certeza o como probabilidad). A este respecto, existen dos formas contrapuestas de plantear el problema de la verdad como finalidad del proceso y de la prueba judicial.

En primer lugar se encuentran aquellos que formulan una conexión directa entre prueba y (teoría del) conocimiento (Taruffo, 1992), esto es, conciben que el juicio de prueba del proceso judicial involucra una concepción de la racionalidad fáctico-procesal que debe estar apoyada en un enfoque epistemológico de la realidad. Estos son los representantes de la llamada *concepción racionalista o cognoscitivista de la prueba*. En ella se opta por una finalidad epistemológica o cognoscitivista del proceso y de la prueba judiciales, esto es, se vincula a la prueba con un *telos* de verdad o de relativo grado de correspondencia empírica con un aspecto del mundo ontológico.

En segundo lugar, se encuentran los que abogan por una *concepción irracionalista de la prueba*, para quienes ésta es fundamentalmente un instrumento de persuasión, en lugar de constituir una actividad epistemológica, que no tiene relación con el conocimiento racional de hechos⁵ (Taruffo, 1992). Conforme a esta concepción, la averiguación de la verdad “real”, “objetiva” o “correspondiente” de los hechos no es la finalidad que debe tener el proceso, toda vez que a él lo circundan objetivos y finalidades más prácticas y socialmente útiles: el proceso, y en concreto el trabajo probatorio que en él se suscita, deben perseguir la solución institucional del conflicto.

5 Estas concepciones tienen relación con algunas tendencias del constructivismo epistémico radical y del pragmatismo utilitarista.

En esa medida se dirá que la finalidad de la prueba como elaboración de las partes (sobre todo en una época como la actual de los sistemas procesales dispositivos), debe encaminarse a la persuasión del juez a fin de obtener una resolución judicial favorable de los intereses de alguno de los sujetos de la relación procesal.

8. El debate presenta argumentos que difícilmente permiten considerarlo superado. Así, al pesimismo teórico respecto de la verdad como posibilidad del proceso, la concepción epistemológica de la prueba le adiciona el argumento de la justicia de la decisión judicial. Esta es la concepción que se conoce como racionalismo crítico, según el cual “Si queremos un proceso justo, hemos de asegurarnos de que esté orientado al descubrimiento de la verdad, y para ello debe sujetarse a ciertos requisitos de racionalidad epistemológica”. (González, 2003, p. 17).

Para la concepción racionalista-crítica, lo relevante de postular una relación entre el fin del proceso judicial y una concepción epistemológica de la realidad, es la posibilidad de exigencia de justificación razonable de los enunciados fácticos con los cuales se declaran probados los hechos de la sentencia.

Para esta concepción, el proceso como contexto y la sentencia como resultado no son un simple espacio de narratividad con técnicas de relato persuasivo, ni tampoco una consecuencia lógica del trabajo probatorio legislativamente tarifado, al estilo de un cognoscitivismo acrítico (Gascón 2003), en el que la motivación de los hechos por el juez contiene una sustracción de materia, puesto que él como agente del legislador no puede ser sucedáneo de éste a la hora de la valoración probatoria.

La controversia se entreteje entre dos tipos de razones. De un lado, están las razones de la concepción racionalista crítica o cognoscitivista que aluden al mayor grado de controlabilidad de la motivación judicial respecto de los enunciados sobre hechos. “Si así no fuese, la valoración, más que libre sería libérrima y esencialmente subjetiva (“íntima” por usar la terminología al uso), con lo cual se abandonaría el cognoscitivismo para entrar en el campo del más puro decisionismo judicial” (Gascón, 2003, p. 50).

De otro lado, se encuentra el argumento de la concepción irracionalista o no-cognoscitivista, de la existencia ontológica de unos márgenes de relatividad

conceptual y retórica en la configuración del criterio de correspondencia de la verdad procesal, toda vez que el proceso no es un laboratorio científico, tanto como un auditorio de plurales intereses contrapuestos (epistemológicos, ideológicos, políticos, económicos, culturales), en donde hay espacio para la persuasión argumentativa. Una descripción de este argumento lo presenta Gascón (2003):

La teoría jurídica, cegada en el normativismo, ha olvidado la dimensión de controversia que tiene el proceso; es decir, ha olvidado que el proceso es un espacio de conflicto y no de cooperación; que el proceso –como indica Taruffo– “no constituye una narración de algo, sino que está formado por una pluralidad de narraciones, cada una de las cuales puede ser verdadera o falsa, [...] que no se recomponen en una sola narración coherente y omnicomprensiva (p. 52).

Es por tal razón que los partidarios de la concepción epistemológica crítica de la prueba reivindican un concepto de verdad que responda a esa fenomenología dialéctica del proceso, que no implique el desconocimiento de esos márgenes constructivos de la prueba, y tampoco la adhesión a un enfoque sustancialista o esencialista del concepto de verdad. “En el ámbito del saber social (...) no existe ninguna verdad objetiva que pudiera encontrar por sí solo un investigador desapasionado” (Vives, 1995, p. 281).

En consecuencia, la actividad probatoria del proceso judicial no consiste en *establecer la existencia* de determinados sucesos óntico-naturales, cuanto de construir una serie de narraciones afirmativas o negativas argumentadas como creíbles, acerca de la existencia histórica de un suceso o hecho. Estas narraciones o enunciaciones son *distintas del hecho mismo que se quiere probar* y usar en el proceso de elaboración de la decisión judicial.

Por consiguiente, el proceso no trata de reproducir objetivamente lo que ha sucedido, sino de elaborar un conjunto de argumentaciones y contrargumentaciones; de aportar datos y permitir la discusión acerca de la existencia y de la forma en que acaecieron los hechos, así como de su calificación o significación jurídica.

La regulación del proceso no debe, en consecuencia, abrumar al órgano jurisdiccional, haciendo recaer sobre sus espaldas el peso de la búsqueda de una verdad objetiva que, como tal, no existe en el campo del enjuiciamiento de la acción humana, sino que ha de procurar situar a las partes en posición

de igualdad y facilitarles los medios necesarios para que puedan defender adecuadamente su derecho... (Vives, 1995, p. 281-282).

3. La prueba judicial: ¿hechos o enunciados sobre hechos?

9. El término “hecho” es ambiguo. Su significado puede asumir, por lo menos, dos posibilidades semánticas. Una, aquella que define el hecho como “todo aquello que existe en el mundo espacio-temporal” (González, 2003, p. 18); otra, más restringida, que lo concibe como aquello que puede hacer falsas o verdaderas nuestras creencias o proposiciones (p. 18).

La proyección epistemológica y jurídica de esta distinción es la siguiente: en el plano epistémico los hechos no coinciden con los objetos físicos mismos; en el contexto jurídico, específicamente el del proceso judicial, sólo son objeto de prueba los enunciados sobre la existencia de un hecho, más no el hecho en cuanto tal. “Lo que en el supuesto de hecho de un juicio jurídico aparece como “hecho” es el hecho en cuanto enunciado” (Larenz, 1994, p. 272).

Esto genera, a su vez, que la labor probatoria y la prueba judicial, en su sentido de conocimiento de la existencia o inexistencia de un hecho, sea una creencia racional (fundada) del juez e, incluso, su “*disposición* a aceptar el enunciado sobre el hecho.”

Como es bien sabido el fundamento de la impulsión del proceso es la discusión sobre la existencia de uno o varios sucesos, en torno a los cuales conceptuamos los “hechos procesales” que, en tanto son regulados por el Derecho, performan la decisión judicial (Ferrer, 2005, p. 36).

Empero, existe una tradicional forma de concebir la fenomenología de los hechos en el juicio de prueba de los mismos, derivada de las concepciones epistemológicas empiristas de la realidad, que simplifica el problema de los hechos procesales. Según esta concepción, la de la dogmática procesal, los “hechos son los hechos”, y en esa medida (la discusión sobre) su existencia no es pasible de procesos de interpretación ni de argumentación (Gascón, 2003, p. 13-20).

10. En contra de esa postura, emerge una clasificación alternativa con el discurso iusfilosófico de la prueba que revisa los fundamentos de la tipología tradicional de los hechos, reformulándola según el grado de injerencia de la mente o del sujeto en su conocimiento. Así, se habla hoy del dualismo “*hechos generales*”-“*hechos individuales*”, para referirse distintivamente a los hechos valorados en el proceso legislativo y en el judicial, respectivamente.

Por su parte, en relación con los hechos individuales, se habla de unos (i) “*hechos físicos*”, que pueden ser (a) independientes de la voluntad (los estados de cosas, los sucesos y las acciones involuntarias), o (b) dependientes de la voluntad (acciones propiamente dichas y omisiones, que a su vez pueden ser intencionales o no). (ii) “*hechos psicológicos*” como (a) los estados mentales (voliciones, creencias o emociones); (b) las acciones mentales; y (c) relaciones de causalidad, que también admiten la adscripción al concepto de hecho⁶.

11. Al mismo tiempo, como consecuencia de la ambigüedad de la palabra “hecho”, es también importante la distinción epistemológica de la tríada “*hechos externos*”, “*hechos percibidos*” y “*hechos interpretados*”, desde el punto de vista del grado de injerencia de la mente en su conocimiento: los hechos externos son hechos objetivamente ontológicos; los percibidos subjetivamente epistemológicos (intersubjetivos), y los interpretados (que también suelen llamarse conceptuales o teóricos –no en bruto –) son subjetivos⁷.

Estas características subvierten la concepción de la teoría procesal tradicional frente al objeto de la prueba judicial y llevan a formular la pregunta: ¿se prueban “hechos” o “enunciados” –afirmaciones– sobre los hechos?⁸

6 Esta clasificación puede consultarse con más detalle en (González, 2003, pp. 18-19)

7 Estos criterios de clasificación se encuentran en (González, 2000, pp. 70-71).

8 Esta clasificación es producto de la elección de la concepción racionalista de la prueba, en su versión moderada o del llamado objetivismo crítico: “*objetivismo* porque entiende que la objetividad del conocimiento radica en su correspondencia o adecuación a un mundo independiente; *crítico* porque toma en serio las tesis sobre las limitaciones del conocimiento. O sea, se trata de una epistemología que mantiene que existen hechos independientes que podemos conocer aunque el conocimiento alcanzado sea siempre imperfecto o relativo”. Cf. (Gascón, 2003, p.44), (Gascón, 1999, p. 27): “En suma, ni abandono de un cierto “realismo epistemológico”, aunque debamos ser conscientes de la carga conceptual de nuestra descripción del mundo, ni abdicación de la idea de “conocimiento inductivo objetivo o racional”, aunque se trate de una objetividad tamizada por el concepto de probabilidad”.

Según el discurso iusfilosófico de la prueba, en la perspectiva del objetivismo crítico, no existe una disociación tajante entre hechos objetivos y subjetivos, sino una conexión entre hechos y afirmaciones sobre hechos, que implica una especie de ‘núcleo observacional o representativo’ para los enunciados o afirmaciones sobre los hechos: “aunque es cierto que el proceso debe operar con afirmaciones sobre los hechos (al igual que ocurre, por ejemplo, con la historia), estas afirmaciones pretenden reflejar o representar la realidad (o hacer creer que la reflejan). “El objetivista crítico debe someter a los hechos a un riguroso análisis para determinar en qué medida son independientes y en qué medida construcciones del observador, así como en qué casos podemos conocerlos con objetividad” (González, 2003, p. 22).

12. Este criterio del núcleo representativo permite distinguir dos tipos de problemas que son relevantes en el análisis de la relación entre la duda y el juicio de prueba: (i) los *problemas de percepción*, surgidos del hecho hacia el medio probatorio, así como del medio hacia el juez, y que tienen que ver con la duda como producto de la (in)corrección de nuestras percepciones; (ii) los *problemas de interpretación* de los medios probatorios, que tienen relación con la corrección de nuestras interpretaciones (González, 2003, p. 19-20).

Todas estas distinciones inciden en el concepto de “prueba”, que pasa de ser un juicio de convicción “íntima” del juez a un procedimiento más complejo, compuesto de un aspecto epistémico y de uno intersubjetivo, mediante el cual el juez valora con criterios de racionalidad crítica (*i. e.*, constatación empírica, análisis de los medios de prueba a través de referentes de las ciencias), la veracidad de los enunciados acerca de la existencia y la relevancia normativa de un hecho jurídico individual, centrando esa valoración en el estudio de la validez lógica o en la argumentación que hacen las partes de dichos aspectos de la existencia y de la relevancia normativa del hecho.

13. Esta dimensión racionalista del concepto de prueba y su concepción de los hechos procesales como enunciados, afirmaciones o aserciones sobre hechos hace que tenga relevancia en la clasificación de los hechos la cuestión de la identificación de la fuerza de estos enunciados (que es distinta de su significado), desde sus connotaciones constitutiva, normativa y descriptiva. A partir de las diferentes clases de fuerza enunciativa es factible postular la tripartición de enunciados de hecho

(i) constitutivos, (ii) normativos y (iii) descriptivos (Ferrer, 2001, p. 75), heredera en cierta medida de la filosofía analítica y su premisa metodológica de la triple distinción entre lo conceptual, lo descriptivo y lo prescriptivo (Nino, 1993).

Un enunciado posee fuerza constitutiva (enunciado fáctico constitutivo) cuando la determinación judicial de los hechos en el proceso es el resultado de una actividad decisoria, opuesta a una simplemente cognoscitiva; esa fuerza constitutiva imposibilita el análisis del enunciado respecto de su verdad o falsedad y, en esa medida, le otorga un escudo negativo contra el control de su racionalidad (Ferrer, 2001).

Por su parte, tiene fuerza normativa un enunciado (enunciado sobre hecho normativo), cuando entra a formar parte de una decisión cuya conclusión es normativa, es decir, que está reglada por el ordenamiento. En tanto los elementos del razonamiento judicial, incluyendo por supuesto los de la premisa fáctica, se encuentran institucionalmente configurados por las normas jurídicas generales, en él tampoco hay lugar a predicar valor de verdad o falsedad. No puede dejarse de lado, empero, que en ese razonamiento judicial en que está inmersa la conclusión *normativa*, median premisas fácticas que no pierden esa condición por la circunstancia de su institucionalización jurídico-general (Ferrer, 2001, p. 78).

Un enunciado sobre hechos tiene fuerza descriptiva en tanto expresa una proposición descriptiva acerca de la ocurrencia de un determinado hecho en un contexto de realidad foráneo al proceso, razón por la cual es pasible de ser valorado en términos de su verdad o falsedad (Ferrer, 2001, p. 79). Justificada la validez de una teoría epistemológica objetivista crítica que vincula la prueba procesal con la verdad, cobra valor esta fuerza descriptiva de los enunciados declarativos de hechos probados (fácticos) como la de mayor corrección epistemológica, por razones de coherencia lógica, y también axiológica.

14. Todas estas clasificaciones reconducen a una última distinción que resulta más relevante aún, tanto respecto de las clasificaciones antecedentes como de la postura respecto de las relaciones entre verdad y prueba, a efectos de consolidar una teoría de prueba provista de mejores elementos epistemológicos. Es la distinción entre enunciados fácticos (o que se refieren a hechos) *verdaderos* y enunciados fácticos *probados*:

Decir que un enunciado fáctico es *verdadero* (o –por conectar aquí con una terminología al uso– que refleja la *verdad material u objetiva*–) significa que los hechos que describe han existido o existen en un mundo independiente; o sea, que es correcta, en el sentido de que se corresponde con la realidad, la descripción de hechos que formula. Decir que un enunciado fáctico está *probado* (o que constituye la *verdad procesal o formal*) significa que su verdad ha sido comprobada; o sea, que el enunciado ha sido confirmado por las pruebas disponibles. [...] dicha distinción tiene la virtualidad de poner de relieve las inevitables limitaciones que el procedimiento probatorio padece a la hora de averiguar lo que efectivamente ha sucedido: aunque sólo la declaración de hechos probados o verdad procesal resulta jurídicamente relevante, no es infalible, y desde luego puede ser distinta (de menor o mayor calidad) a la obtenida a través de otros procedimientos que no tengan las trabas y limitaciones procesales (Gascón, 2003, p. 46).

4. La premisa “menor” del razonamiento jurídico: ¿“explicación” y/o “justificación”?

15. Afirmar que las narraciones judiciales sobre hechos expresan enunciados que contienen proposiciones descriptivas sobre el acaecimiento de sucesos de una realidad extraprocesal, no responde a la pregunta sobre los márgenes de interpretabilidad de dichos enunciados, sobre todo si se tiene en cuenta que los hechos interpretados, como los institucionales, cuando menos, son objeto de calificación por la norma jurídica general o premisa normativa, incidiendo a su vez esta circunstancia en el tratamiento de la tradicional distinción entre premisas normativa y fáctica del razonamiento judicial.

Entre las premisas normativa y fáctica del razonamiento judicial no existe una separación radical. Hay entre ambas un círculo que podría denominarse “epistémico”, toda vez que “Determinar si el hecho X, una vez probado, puede subsumirse en el antecedente de la norma N es una operación que requiere comprobar si tal hecho presenta las propiedades que se indican en dicha norma, por lo que los problemas para determinar el significado de la norma se traducirán en problemas para calificar el hecho y, en definitiva, los problemas de calificación y de interpretación aparecerán entrelazados” (González, 2003, p. 23).

Esa circularidad epistémica da cabida a la interpretación de los hechos en diversos grados o niveles, encontrando, a modo de ejemplo, a primera vista tres: la que hace el legislador de hechos genéricos sería de primer nivel; la que hace el juez de los hechos como probados sería, en tanto tenga que consultar reglas de valoración de dichos hechos, de segundo nivel; y, la que efectúa, también el juez, de los hechos interpretados, como interpretación negativa (por omisión o sustracción de materia, pues por eso son hechos interpretados, esto es, una especie de “interpretaciones de interpretaciones” en la clasificación de González), que será de tercer nivel.

16. Este reducto de círculo epistémico del proceso judicial en el marco de la veracidad de las afirmaciones sobre hechos (prueba), altera sin duda la distinción tradicional entre “cuestiones de hecho” y “cuestiones de Derecho” dimanantes de la teoría dogmático-procesal de la prueba judicial:

El análisis comparativo del uso de los conceptos de “derecho” y de “hecho” demuestra que hay una amplia esfera de penumbra en su aplicación en las jurisdicciones particulares, que su diferencia en ciertos contextos parece ser relativa cuando se desciende del nivel de la teoría abstracta al nivel de la práctica jurídica (Wroblewsky, 1989, p. 191).

Y esa alteración puede ser conceptualizada distinguiendo los problemas fácticos de los jurídicos recurriendo, antes que a la identificación del contenido de interpretación amplio y restringido para normas y hechos, respectivamente, al carácter descriptivo o adscriptivo que la actividad interpretativa admite: junto a una “interpretación descriptiva”, que en tanto propiamente epistemológica implica el descubrimiento de alguna propiedad física en el mundo exterior, se encuentra una “interpretación adscriptiva”, que no consiste en una actividad cognoscitiva de la realidad extraprocesal sino en una regulación de ciertas propiedades por las normas jurídicas para el ámbito del Derecho.

Es aquí donde según el discurso racionalista-crítico de la prueba surgen los márgenes argumentativos de ésta; la argumentabilidad de los enunciados sobre hechos procesales, en la que hace presencia también un círculo argumentativo, consistente en la persuasión que tiene el juez, al considerarlos probados, de que estos enunciados tienen un contenido de verdad de los sucesos que describen y relatan. Esta condición argumentativa de la prueba muestra que la argumentación

no es exclusiva del ámbito de las normas sustanciales, es decir, que pese a las diferencias, la argumentación de los enunciados normativos tiene relaciones con la de los enunciados descriptivos. Al respecto, González Lagier (2003) precisa que esa relación no implica indiferenciación:

Mientras que la argumentación sobre el Derecho trata de dar razones a favor de la conclusión según la cual una prescripción o valoración es justa (o buena, o correcta, o válida), la argumentación en materia de hechos trata de dar razones para apoyar la conclusión de que una descripción es verdadera (o probable, o verosímil, o aceptable) (p. 26).

5. Reglas de relevancia de los medios de prueba del hecho y sus reglas de valoración: ¿estándares de prueba objetivos?

17. Esta es una cuestión relacionada con la posibilidad de regulación, por el legislador, de estándares de prueba *objetivos*, o una especie de tarifa legal, para la determinación de los medios relevantes en la consideración como probados que se haga de los hechos.

La problemática de los estándares de prueba objetivos es de carácter filosófico-político, toda vez que la teoría tradicional de la prueba históricamente ha aceptado, en un alto grado de intersubjetividad, estándares subjetivos como la “íntima convicción” o la “duda razonable”, que no siempre constituyen instrumentos de seguridad jurídica para los ciudadanos, dado el grado de discrecionalidad valorativa que dichos estándares subjetivos atribuyen al juez.

En otros términos, el problema de la posibilidad de estándares de prueba objetivos reclama una revisión de los discursos de la dogmática procesal tradicional acerca del contenido conceptual y los alcances de ciertos ‘principios’ (reglas de prueba) como la presunción de inocencia y el *in dubio pro reo*, en materia penal, o como el principio dispositivo y las potestades de aportación oficiosa de medios probatorios, para las diversas materias procesales.

Una de las alternativas que el discurso iusfilosófico de la prueba realiza a esta cuestión está basada en la reivindicación de los llamados ‘estándares de prueba

objetivos'. Esta problemática ha sido abordada en un debate suscitado por un ensayo del profesor Larry Laudan (2005), del que participaron Michele Taruffo, Marina Gascón y Juan Igartúa. Como bien lo deja claro Laudan, la pregunta acerca de los estándares objetivos de determinación de las pruebas de un caso tiene una doble dimensión: empírica y normativa.

Tiene una dimensión empírica, en tanto los estándares de prueba (objetivos) tienen relación con sistemas de investigación de la verdad de un enunciado fáctico. En cuanto se traslade el análisis de la pregunta acerca de cómo hacer mejores esos sistemas de investigación de la verdad procesal, la cuestión de los estándares de prueba adquiere una dimensión normativa (Laudan, 2005, p. 96).

Adicionalmente, habrá que agregar que el problema adquiere una tercera dimensión, de carácter metaético, en tanto la teoría jurídica (en este caso de la prueba) tiene como uno de sus cometidos generar discursos y herramientas probatorios que optimicen la posibilidad de emisión de sentencias que contengan enunciaciones sobre hechos que sean verdaderas y, en tal medida, que no sean producto exclusivo de la arbitrariedad e incluso del capricho judiciales. La ética de este tipo de discursos se convierte, entonces, en un problema metaético.

6. Conclusiones

De conformidad con la epistemología contemporánea, el análisis de los problemas relativos al conocimiento y la valoración tendencialmente racional o razonable de los enunciados sobre hechos jurídico-procesales en la decisión judicial no es un asunto de verdad por correspondencia o de una realidad completamente objetiva e independiente de los sujetos jurídicos, como lo había sido tradicionalmente en una buena parte de la teoría de la prueba de los iusprocesalistas.

Esta concepción tiende un velo epistémico inconveniente. El Derecho es uno de los tantos artificios humanos socialmente institucionalizados para la compleja acción colectiva de convivencia. En cuanto tal, el Derecho comparte con sus congéneres, las restantes instituciones sociales, una onticidad compleja que incluye no sólo aspectos (sucesos) empíricos pasibles de un conocimiento descriptivo, sino también eventos sociológico-interpretativos, psicológico-emotivos y normativos,

susceptibles de ser conocidos a través de procedimientos semióticos, narrativos y político-valorativos.

Por ello, la verdad procesal acerca de los hechos exige un trabajo dialéctico de control racional-moderado que es tanto de carácter epistémico como normativo. En el primero de los sentidos, al exigir una concepción empírico-interpretativa y crítica de la realidad, que lleva a admitir la existencia de hechos tanto externos (“objetivos”) como internos (interpretaciones). En el segundo sentido, por su parte, fijando criterios de valoración de los enunciados sobre hechos y roles para los participantes del proceso judicial respecto a su(s) aporte(s) al conocimiento y acreditación de dichos enunciados procesalmente relevantes. En todo caso, este control tiene una capacidad de rendimiento apenas heurística que no erradica algunos (o muchos) márgenes posibles de arbitrariedad en la elaboración del juicio de prueba judicial.

Como puede verse, son muchos y complejos los problemas involucrados en una teoría de la prueba y del razonamiento judicial probatorio. Se ha podido mencionar tan sólo algunos de ellos como relevantes, a cuyo estudio poco contribuye la elusión de los problemas de la epistemología y de la teoría del derecho contemporáneas.

En todo caso ¡cuidado con los hechos!, pues no todos se encuentran hechos, por lo menos no en el ámbito del proceso judicial, en cuyo marco nos corresponde fabricar, sino todos, sí una parte de ellos, que no es otra cosa que enunciarlos narrativamente y a partir de nuestras interpretaciones del mundo, en el marco de un paradójico intersticio entre persuasión y veracidad.

Referencias

- Andrés Ibáñez, P. (1994). De nuevo sobre la motivación de los hechos. Respuesta a Manuel Atienza. *Jueces para la democracia* (22).
- Atienza, M. (1994). Sobre la argumentación en materia de hechos: Comentario crítico a las tesis de Perfecto Andrés Ibáñez. *Jueces para la democracia* (22).
- Austin, J. (1955). *Ensayos filosóficos*. Traducción de Alfonso García, (1975), Madrid: Editorial Revista de Occidente.
- Calvo, J. (1993). *El discurso de los hechos*. Málaga: Universidad de Málaga.
- Ferrer, J. (2001). 'Está probado que p'. TRIOLO, I (Ed.) *Analisi e diritto*, serie teorica 51: Prassi giuridica e controllo di razionalità. Torino: Giapichelli.
- _____. (2003). *Prueba y verdad en el derecho*. Madrid: Marcial Pons.
- _____. (2007). *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons.
- Frank, J. (1993). *Derecho e incertidumbre*. México: Fontamara.
- Gascón, M. (1999). *Los hechos en el derecho*. Madrid: Marcial Pons.
- _____. (2003). Concepciones de la prueba. Observación a propósito de "Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad" de Michele Taruffo. *Discussione* (3).
- Gonzalez, D. (2000). *Los hechos bajo sospecha*. Analisi e diritto, Università degli Studi di Génova, Génova.
- _____. (2003). Hechos y argumentos I (Racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal). *Jueces para la democracia* (46).
- Igartua, J. (2005). Prolongaciones a partir de Laudan. *Doxa* (28).
- Kelsen, H. (1952) ¿Qué es un acto jurídico? Traducción de Ulises Schmill, (1996), *Isonomía* (4).
- Larenz, K. (1994). *Metodología de la ciencia del derecho*. En Marcelino Rodríguez (trad.). Barcelona: Ariel.
- Laudan, L. (2005). Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar. *Doxa* (28).
- Martínez, J. I. (1992). *La imaginación jurídica*. Madrid: Debate.
- Nino, C. (1993). Derecho, Moral y política. *Doxa* (14).
- Ollero, A. (1989). *Derechos humanos y metodología jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Ross, A. (1953). *Sobre el derecho y la justicia*. Traducción de Genaro Carrió, (1963). Buenos Aires: Eudeba.
- Taruffo, M. (1992). *La prueba de los hechos*. Traducción de Jordi Ferrer (2002). Barcelona: Trotta.
- Vives, T. (1995). *La libertad como pretexto*. Valencia: Tirant lo Blanc.
- Wroblewski, J. (1989). *Sentido y hecho en el derecho*. Traducción de Francisco Ezquiaga (1989) San Sebastián: Universidad del País Vasco.