

R E V I S T A

IUSTIA



BOGOTÁ, ISSN: 1900-0448 - FACULTAD DE DERECHO - Nº 36 - ENERO / JUNIO 2012



UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS

UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS

Facultad de Derecho

REVISTA IUSTA

Nº 36

enero - junio

2012

IUSTA	Bogotá, D.C. Colombia	No. 36	pp. 1 - 170	Enero Junio	2012	ISSN 1900-0448
-------	--------------------------	--------	-------------	----------------	------	-------------------



Revista admitida en el Índice Nacional de Publicaciones Seriadas y Científicas y Tecnológicas –Publindex, en categoría C.
Dirigida a académicos y científicos en Ciencias Humanas Aplicadas

ISSN: 1900-0448

Hecho el depósito que establece la ley

© Derechos reservados
Universidad Santo Tomás
Facultad de Derecho
2012

Corrección de estilo
Diana Marcela Jaime López

Universidad Santo Tomás
Departamento de Publicaciones
Carrera 13 No. 54-39
Teléfonos 235 19 75 - 255 42 01
<http://www.usta.edu.co>
editorial@usantotomas.edu.co
Bogotá, D.C., Colombia
2012

CONSEJO EDITORIAL

P. Carlos Mario Alzate Montes, O.P.
Rector General

P. Eduardo González Gil, O.P.
Vicerrector Académico General

P. Luis Francisco Sastoque Poveda, O.P.
Vicerrector Administrativo y Financiero General

P. Érico Juan Macchi Céspedes, O.P.
Vicerrector General VUAD

Omar Parra Rozo
Director de la Unidad de Investigación

Fray Javier Antonio Hincapié Ardila, O.P.
Director Departamento de Publicaciones

María Paula Godoy Casasbuenas
Editora

COMITÉ EDITORIAL FACULTAD DE DERECHO

P. Vicente Becerra Reyes, O.P.
Decano de División Facultad de Derecho y Filosofía

Álvaro Echeverri Uruburu
Decano Facultad de Derecho

Mario Federico Pinedo Méndez
Secretario de División de Filosofía y Derecho

Elisa Urbina Sánchez
Directora Centro de Investigaciones Sociojurídicas Francisco de Vitoria

Luis Alfonso Fajardo Sánchez
Representante de los profesores

Jorge Enrique Carvajal Martínez
Coordinador de Publicaciones Facultad de Derecho

COMITÉ EDITORIAL DE LA REVISTA

Álvaro Echeverri Uruburu
Decano de la Facultad de Derecho

María Cristina Patiño
Doctora en Derecho Procesal - Docente Universidad Santo Tomás

Elisa Urbina Sánchez
Magíster en Economía y en Derecho Público - Docente Universidad Santo Tomás

Jorge Enrique Carvajal Martínez

Doctor en Sociología Jurídica - Docente Universidad Santo Tomás

Germán Burgos Silva

Doctor en Derecho - Docente Universidad Nacional

Gustavo Quintero

Doctor en Derecho - Docente Universidad de los Andes

Jorge Enrique Ibáñez Nájara

Magíster en Derecho Económico - Docente Universidad Javeriana

Olenka Wolkof Oxage

Doctora en Derecho Privado - Docente Politécnico Gran Colombiano

EDITOR DE LA REVISTA

Jorge Enrique Carvajal Martínez

COMITÉ CIENTÍFICO**Hartmut Maurer**

Profesor emérito de la Universidad de Konstanz, Alemania

Martin Ibler

Profesor de la Universidad de Konstanz, Alemania

Dieter Lorenz

Profesor emérito de la Universidad de Konstanz, Alemania

Lorenzo Conlito Hueso

Profesor de la Universitat de València, España

Jean de Bols de Gaudusson

Profesor de la Universidad de Montesquieu, Bordeaux IV, Francia

PARES ACADÉMICOS PARA EL PRESENTE NÚMERO**José Manuel Gual**

Doctor en Derecho Privado
Docente Universidad Santo Tomás

Juan Carlos Villalba Cuellar

Magíster en derecho francés, europeo e internacional de
negocios. Universidad Militar

Olenka Wolcott

Doctora en Derecho Privado
Docente Politécnico Gran Colombiano

Misael Tirado

Doctor en Sociología Jurídica. Profesor Universidad Militar

Mónica Fernández

Doctora en Derecho Privado
Docente Politécnico Gran Colombiano

Vilma Moreno

Doctora en derecho
Profesor Universidad Santo Tomás

Jorge Oviedo Albán

Candidato a Doctor en Derecho, Magíster en Derecho
Profesor de la Universidad de la Sabana

Andrés Abel Rodríguez

Candidato a Doctor
Magíster en derecho
Profesor Universidad Nacional

Contenido

Editorial.....	9
ARTÍCULOS DE INVESTIGACIÓN	
Aportes de la tradición jurídica anglosajona al derecho de contratos de tendencia global <i>Joaquín Acosta</i>	15
Hacia la inclusión de lo ambiental dentro del concepto de sostenibilidad democrática propuesto en el informe “Nuestra Democracia” de la OEA y el PNUD <i>Álvaro José Arango Restrepo, O.P.</i> <i>Juan Pablo Romero Correa, O.P</i>	39
Mitigación de daños en la compraventa internacional. A propósito de la Sentencia de Casación de la Corte Suprema de Justicia de Colombia de 16 de diciembre de 2010 <i>Jorge Oviedo Albán</i>	49
Marco constitucional y víctimas del conflicto armado: los retos de la justicia transicional y la dogmática de los derechos <i>Jheison Torres Ávila</i>	61
ARTÍCULOS DE REFLEXIÓN	
Las Operaciones de Mercado Abierto (OMA): instrumento eficaz para el control de la base monetaria. Trasegar histórico y pertinencia actual <i>Ómar Alfonso Ochoa Maldonado</i>	83
Tendencias contemporáneas en la teoría general de la prueba <i>Rodrigo Vargas Ávila</i>	107

Tendencias contemporáneas en la teoría general de la prueba

Contemporary Trends in the General Theory of Evidence

Fecha de recepción: 17 de agosto de 2011

Fecha de evaluación: 13 de septiembre de 2011

Fecha de aprobación: 8 de noviembre de 2011

RODRIGO VARGAS ÁVILA*

RESUMEN

Este trabajo busca divulgar tendencias contemporáneas del pensamiento filosófico en torno a una nueva teoría general de la prueba que parte de enfoques epistemológicos. De la misma manera pretende poner de relieve la importancia de los hechos y su conocimiento en el proceso judicial, en términos de verdad, entendida esta dentro de los límites del conocimiento racional empírico.

Palabras clave: hechos, enunciado fáctico, prueba judicial, epistemología, racionalidad, proceso, verdad.

ABSTRACT

This work at the same time seeks to disseminate contemporary philosophical trends around a new general theory of evidence. Epistemological approaches studied in the same way intended to highlight

* Abogado especializado en Instituciones Jurídico-familiares de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia. Docente de la misma Universidad. Profesor de Derecho Procesal, Probatorio y de Teoría General de la Prueba de la Facultad de Derecho de la Universidad Militar Nueva Granada. Investigador en las áreas del Derecho Procesal, Probatorio y Derecho Privado. Ex magistrado auxiliar del Consejo de Estado. Actualmente es candidato a Magister de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes. Correo electrónico: rodrigo.vargas@unimilitar.edu.co

the importance of the facts and knowledge in the judicial process in terms of truth, understood within the limits of rational knowledge empirically.

Keywords: acts, factual statement, judicial proof, epistemology, rationality, process, truth.

INTRODUCCIÓN

Este artículo busca describir las teorías que desde un enfoque epistemológico tratan de demostrar que la valoración de la prueba en el contexto del proceso judicial debe estar orientada bajo criterios de racionalidad –aunque no se trate de una racionalidad deductiva o demostrativa– y, además, que estos deben ser los que con posterioridad permitan justificar o motivar la declaración de los hechos de la sentencia.

De tal forma, el problema que subyace a esta discusión radica en 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 la perspectiva de la verdad, bien 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.

El aspecto común a ambas teorías parte de entender la relación entre prueba y verdad, cuya discusión gira alrededor de los hechos; entidades epistémico-semióticas con las cuales aprehendemos y constituimos algún aspecto de la realidad o del mundo físico en la esfera del conocimiento racional. Para efectos del proceso judicial, estos no han sido presenciados por el juez, por lo cual deben ser reconstruidos por el juzgador de los hechos¹, tomando como base los medios de prueba

disponibles para su determinación en el ámbito concreto del proceso. Es usual que las pruebas sirvan para “fundar y controlar la verdad de las afirmaciones que tienen a esos hechos por objeto” (Taruffo, M., 2002: 21).

Este rasgo es el que servirá para que una y otra concepción acerca de la prueba conciben positiva o negativamente, como alcanzable o no, la verdad tanto en el proceso como en la prueba de los hechos en él.

En tal sentido, la premisa básica a partir de la cual se pueden estudiar las concepciones de la prueba consiste en el tipo de epistemología que se adopte. En efecto, plantea Gascón Abellán:

En la medida en que la prueba judicial es un juicio sobre la ocurrencia de hechos (generalmente hechos del pasado que no han sido presenciados por el juzgador), la concepción de la prueba que se mantenga se vincula al modo en que se entiendan la naturaleza, posibilidades y límites del conocimiento empírico (2003a: 1).

Uno de los objetivos de la epistemología consiste en generar condiciones para que el conocimiento

en cuanto ocurrencia de la realidad empírica. Los hechos del mundo real existen (cuando existen) según modalidades empíricas absolutamente independientes de la esfera de las determinaciones conceptuales, valorativas o normativas: no son los eventos del mundo real los que se “construyen”, “definen” o “identifican”, porque estos, por decirlo así, “suceden” de forma absolutamente independiente de las categorías, de los conceptos y de las valoraciones que a ellos se refieren. Lo que se construye o se define en función de conceptos, valores o normas son enunciados relativos a hechos del mundo real o, en el caso de hechos particularmente complejos, versiones de segmentos de experiencia o sectores de la realidad, que tienen relevancia en el juicio. En consecuencia, en el proceso “el hecho” es en realidad lo que se dice acerca de un hecho, es la enunciación de un hecho, no el objeto empírico que es enunciado (Taruffo, M., 2002: 21).

¹ Cuando se habla de “construcción”, “definición” o “identificación” del hecho, o de individualización del nivel de realidad o del grado de precisión en el que aquel es determinado, o también del modo en que las normas individualizan los hechos jurídicamente relevantes, parece evidente que no se hace referencia al hecho

de la realidad, objetiva o constructiva, sea verdadero. Con todo, no existe una única y verdadera teoría del conocimiento que suministre un concepto de verdad infalible en todos o alguno de los ámbitos del conocimiento y, por ende, tampoco la hay para la teoría del proceso y de la prueba judicial.

Un problema central de la epistemología es, entonces, 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.

De este modo, una epistemología "objetivista" comprende que la objetividad del conocimiento radica en su correspondencia o adecuación a un mundo independiente. Así, al concebir el conocimiento como un proceso guiado por reglas más o menos seguras, confía en la obtención de certeza absoluta, como es el caso de los modelos de prueba legal o de prueba tasada, que fijan en normas aquellas reglas de valoración que le señalan al juez en qué condiciones debe dar por probado un hecho. Pero también el conocimiento se encuentra en la comprensión habitual que se ha dado al principio de la libre valoración de la prueba, de manera independiente a los medios de prueba y como una íntima convicción. Desde la característica de la discrecionalidad del juzgador, la prueba es una actividad subjetiva y, por ende, incontrolable.

De otra parte, la epistemología "subjetivista" entiende, a su vez, que la objetividad del conocimiento deriva de nuestros esquemas de pensamiento y juicios de valor, es decir, el conocimiento del mundo está contaminado, es irreductiblemente subjetivo. Por lo tanto, esta epistemología deja en un segundo plano el conocimiento de los hechos, para otorgar prioridad a otras finalidades prácticas del proceso, o niega la posibilidad racional del juicio de hecho en la valoración de la prueba. En consecuencia, para esta última concepción de la

prueba, verdadero es lo que resulta probado en el proceso.

Bajo esta argumentación se encuentran aquellas posturas que relegan a un papel secundario a la verdad, en tanto fin de la prueba y del proceso; igualmente sostienen que la prueba es una actividad primordialmente subjetiva y, por tanto, no controlable e irracional, mientras que el fin del proceso es resolver un conflicto (cfr. Montero Aroca, 2007: 44 y ss.; Montero Aroca, 2006: 130 y ss.).

Ciertamente, es problemática 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, bien sea en términos de certeza o de probabilidad. Al respecto existen dos formas contrapuestas de plantear el problema de la verdad como finalidad del proceso y de la prueba judicial, a saber: concepción de la prueba cognoscitivista y concepción persuasiva de la prueba. Cada una de ellas se caracteriza por establecer un nexo entre los conceptos de verdad y prueba.

Concepción cognoscitivista de la prueba

Desde esta concepción se parte de una relación directa entre prueba y teoría del conocimiento. Concibe que el juicio de la prueba en el proceso judicial incluye un problema de racionalidad fáctico-procesal que debe estar apoyado en un enfoque epistemológico de la realidad. A esta concepción también se le conoce como "concepción racionalista de la prueba". En ella se opta por una finalidad epistemológica o cognoscitivista del proceso y de la prueba judicial, esto es, se vincula a la prueba en su fin con la verdad o de relativo grado de correspondencia empírica con un aspecto del mundo ontológico².

2 "Esta es la única concepción de la prueba que se acomoda a una actitud epistemológica no dogmática, pues, a diferencia de la concepción persuasiva, que no permite pensar que la declaración de hechos de la sentencia sea falsa, esta sí permite pensarlo: permite sostener la hipótesis de que un imputado podría ser

Así, a partir de esta concepción,

los procedimientos de fijación de los hechos se dirigen a la formulación de enunciados fácticos que serán verdaderos si los hechos que describen han sucedido, y falsos, en caso contrario. [...] La fijación de los hechos no puede ser, por ejemplo, consecuencia del puro decisionismo o constructivismo, sino el resultado de un juicio descriptivo de hechos a los que se atribuye 'existencia independiente'. Por ello, el concepto de verdad requerido por el modelo es el semántico de la correspondencia, y el principal criterio de verdad, el de la contrastación empírica (Gascón Abellán, 2004: 53 y ss.; Taruffo, 2010a: 531).

Por tal razón, cuando se expresa que un enunciado fáctico es verdadero, quiere decirse que los hechos a los cuales él se refiere han tenido o tienen ocurrencia en un mundo independiente o que se corresponde con la realidad. Desde esta perspectiva, el cognoscitvismo separa el enunciado fáctico verdadero del enunciado fáctico probado. Este último consiste en que su verdad ha sido comprobada o confirmada por las pruebas disponibles en el proceso. Por ello, un problema ulterior consistiría en que puede ser falsa la declaración de los hechos probados, que está consignada en la sentencia.

Ahora bien, el concepto de verdad o enunciado verdadero, en relación con el de prueba o enunciado probado, indica un ideal, que en esta distinción destaca las limitaciones que el procedimiento probatorio adolece en la averiguación de la realidad de los hechos que han sucedido con anterioridad al inicio de un proceso, pues si bien es relevante jurídicamente la declaración de hechos probados, ella no es infalible. De allí, el carácter autorizado pero falible de la declaración de hechos en la sentencia (cfr. Gascón Abellán, 2005: 363 y ss.; Taruffo, 2006: 267 y ss.; Ferrajoli, 1997: 117 y ss.).

Inocente (o culpable), aunque tal hipótesis haya sido rechazada en todas las instancias de un proceso y esté en contraste con todas las pruebas disponibles" (Ferrajoli, L., 1997: 67).

La concepción epistemológica de la prueba agrega 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 Lagier, 2003: 24). De esta manera, puede decirse que la justicia de una decisión tiene como condición necesaria la verdad de los enunciados fácticos que le dan fundamento³.

Además, en 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 en la sentencia. Por eso, el proceso como contexto y la sentencia como resultado no son un simple espacio de narratividad con técnicas de relato persuasivo⁴, pero tampoco una consecuencia lógica del trabajo probatorio tarifado o tasado por el legislador, al estilo de un cognoscitvismo acrítico⁵, en el que la motivación del juez por los

3 "La justicia de la decisión no presupone solamente su *legalidad*, es decir, que se derive de una correcta interpretación y aplicación de las normas, sino también su *veracidad*, es decir, la determinación de la verdad de los hechos relevantes: la razón fundamental de esto es que ninguna decisión puede considerarse justa si se basa en una determinación falsa o errada de los hechos de la causa" (Taruffo, 2010: 413).

4 "Esto lleva a excluir que sea realmente aplicable en el contexto procesal una concepción radicalmente 'narrativista' de la verdad, según la cual la verdad de un enunciado fáctico podría depender solo de su *coherencia* con otros enunciados, en el ámbito de una narración que se asume como la única dimensión en la que tendría sentido hablar de los hechos [...] En realidad, el proceso sigue siendo un lugar en el que se tiende a establecer cuál es la narración 'más verdadera' en cuanto confirmada por las pruebas disponibles, dado que es la confirmación probatoria de la verdad de los hechos donde reside la condición fundamental de justicia de la decisión" (Taruffo, 2010: 532).

5 Concepción bajo la cual se entiende que "el fin instrumental del proceso es averiguar la verdad de las aserciones (en el sentido de correspondencia con los hechos que describen), pero, al concebir la prueba judicial como un proceso guiado por reglas más o menos seguras, confía en la posibilidad de obtener resultados incuestionables" (Gascón Abellán, 2003: 47). Sin embargo, su postulación es débil, porque elude distinguirse entre verdadero y

hechos contiene una sustracción de materia, puesto que él, como agente del legislador, no puede ser sucedáneo de este a la hora de la valoración probatoria (Gascón Abellán, 2003b: 44).

Concepción persuasiva de la prueba

El fundamento básico de esta concepción radica en que comprende la prueba jurídica como un instrumento de persuasión, en lugar de constituir una actividad epistemológica que no tiene relación con el conocimiento racional de hechos. 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, puesto que de él se predicen objetivos y finalidades más prácticas y socialmente útiles. De esta manera, la actividad probatoria que en él se suscita debe perseguir la solución institucional del conflicto o la resolución de un conflicto.

En efecto, dice Taruffo que en esta concepción

la prueba no serviría, pues, para establecer la verdad o falsedad de enunciado alguno y, por tanto, tampoco para proporcionar conocimiento acerca de nada, sino que serviría solo para persuadir al juez, para convencerlo de lo fundado o infundado de un enunciado fáctico. La prueba, según esta concepción, no ofrece información sino elementos de persuasión. Es decir, en el juicio no se "conocen" los hechos: todo se agota en los discursos y narraciones que se hacen en el proceso, y de esa manera se puede definir como verdadero el enunciado del cual el juez está persuadido, pero solo en función del hecho de que realmente lo esté y afirme estarlo. Cualquier cosa que piense el juez, estando persuadido de ella, está probada y, por lo tanto, se puede considerar verdadera a los efectos del proceso. En el marco de una concepción de este tipo es extremadamente difícil (y, de todas maneras, totalmente inútil) analizar las caracte-

rísticas y la estructura de la prueba: de hecho, ella es compatible con (más aún, implica) una concepción irracional de la prueba judicial y, en todo caso, no exige que se dé una definición específica de la prueba (Taruffo, 2006: 269).

En esa medida se sostiene que el fin de la prueba como elaboración de las partes –al menos en un proceso de clara tendencia adscrita al sistema dispositivo y fundamentado en la fijación de los hechos e iniciativa probatoria de las partes– estará orientado a la persuasión del juez, con el propósito de obtener una resolución judicial favorable a los intereses de alguno de los sujetos de la relación procesal. Con ello, torna en irrelevante la verdad como finalidad del proceso y de la prueba judicial.

En síntesis, si el fin de la prueba y del proceso no es la verdad, el uso de la ciencia como instrumento para la averiguación de la verdad judicial de los hechos no tendría importancia, en principio. Si por el contrario la concepción de la prueba es la que entiende el proceso como un método para el descubrimiento de la verdad posible en torno a los hechos del juicio, la prueba científica correlativamente resulta ser un instrumento epistémico, o sea, el medio con el que en el proceso se adquieren informaciones necesarias para la determinación de la verdad de los hechos⁶.

probado, lo que tiene por fundamento reconocer las limitaciones del conocimiento relativo alcanzado en el proceso judicial.

6 "El argumento que congrega a quienes niegan que la verdad pueda ser determinada en el proceso gira usualmente alrededor de la consideración de que el proceso no es un lugar para la investigación científica en el que la verdad pueda ser investigada indefinidamente, y que, por el contrario, está caracterizado por limitaciones de naturaleza diversa: existen, en efecto, normas que excluyen la posibilidad de valerse de determinados tipos de pruebas, normas que prescriben procedimientos particulares para la adquisición de las pruebas, normas que limitan la valoración de la prueba e incluso normas que obligan a poner fin al proceso y establecen –con la cosa juzgada– la inmutabilidad de sus resultados. Todo esto, se dice, haría imposible la búsqueda de la verdad alrededor de los hechos de la causa. Por tanto –y es la consecuencia que se deriva de allí– es necesario renunciar a la idea de que la verdad de los hechos puede ser establecida en el proceso, a lo sumo, podría hablarse de una verdad 'formal' o 'procesal', que no tendría nada que ver con la verdad 'verdadera' que –de nuevo según esta orientación– se podría determinar fuera del proceso" (Taruffo, 2010: 413).

Como se ha venido expresando, una de las aspiraciones de la epistemología se fundamenta en crear condiciones para que el conocimiento de la realidad sea “verdadero”. Sin embargo, no existe una única y verdadera teoría del conocimiento que proporcione un concepto infalible de verdad en todos o alguno de los ámbitos del conocimiento y, por consiguiente, no la hay ni siquiera para una teoría del proceso y de la prueba judicial. De allí que se haya estudiado de manera previa las dos principales concepciones acerca de la prueba.

La controversia se establece entre dos tipos de razones. Por una parte, están las razones de la concepción racionalista crítica o cognoscitivista, que mencionan un mayor grado de control sobre la motivación judicial en relación con los enunciados sobre los 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 abandonarían el cognoscitismo, para entrar en el campo del más puro decisionismo judicial” (Gascón Abellán, 2003b: 50).

Por otra parte, la concepción irracionalista o no-cognoscitivista indica 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 y, por tanto, existe un espacio para la persuasión argumentativa. Este argumento es descrito de la siguiente manera:

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 omnicompreensiva” (Gascón Abellán, 2003b: 52).

Es esa la razón a partir de la cual los defensores de la concepción epistemológica cognoscitivista de la prueba reivindican un concepto de verdad que responda a esa fenomenología dialéctica del proceso y que no implique ni el desconocimiento de esos márgenes constructivos de la prueba, como tampoco su conformidad con un enfoque esencialista del concepto mencionado⁷.

Como consecuencia, la actividad probatoria dentro del proceso judicial no consiste en establecer la existencia de determinados sucesos óptico-naturales, pero sí en 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:

Los enunciados fácticos se conciben como descripciones de hechos que tienen una existencia independiente de esos enunciados; es decir, los enunciados fácticos proporcionan información sobre los hechos, no los constituyen. La pretensión de quien los formula es referirse a una realidad externa (Gascón Abellán, 2010: 60).

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

⁷ Pueden consultarse los trabajos más sobresalientes de Michele Taruffo, Marina Gascón Abellán, Jordi Ferrer Beltrán y Jordi Nieva Fenoll acerca de esta concepción de la prueba: *La prueba de los hechos*, *Los hechos en el derecho*, *bases argumentales de la prueba*, *Valoración racional de la prueba* y *La valoración de la prueba*, respectivamente. Existen otros trabajos notables como *Sobre las fronteras*, de Taruffo; *Simplemente la Verdad*, *Páginas sobre justicia civil*, *La prueba*, *Proceso, prueba y estándar*, de Gascón Abellán; y *Prueba y verdad* y *Valoración racional de la prueba*, de Ferrer Beltrán.

El objeto de prueba: los hechos o los enunciados sobre los hechos

La ciencia se dedica, por definición, a averiguar y entender hechos. La ciencia jurídica, en muchos aspectos, utiliza la palabra "hecho", y en general la prueba es para verificar hechos relacionados con las alegaciones de las partes. Sin embargo, se observa que no hay una distinción entre "hecho" y "juicio sobre el hecho". Así, el derecho utiliza la palabra "hecho" respecto a cualquier cosa que sea o de que se trate, como, por ejemplo, todo aquello de lo que sepa o se suponga –con algún fundamento– que pertenece a la realidad (Taruffo, 2010b: 17).

En las ciencias fácticas, un hecho es cualquier cosa que tiene lugar en el espacio-tiempo, se considera en algún respecto como una unidad y además cubre un lapso breve (Bunge, 1983: 718). 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"; otra, más específica, que lo concibe como aquello que puede hacer falsas o verdaderas nuestras creencias o proposiciones (González Lagier, 2003: 18).

En una dimensión epistemológica proyectada hacia lo jurídico se puede hacer una distinción según la cual en el plano epistémico los hechos no coinciden con los objetos físicos en sí mismos; en cambio, en el ámbito jurídico, particularmente el del proceso judicial, solo son objeto de prueba los enunciados sobre la existencia de un hecho, mas 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. Lo acaecido tiene que ser mencionado con este fin, y lo mencionado tiene que ser puesto en un cierto orden. El hecho en cuanto enunciado efectúa siempre una selección de la inabarcable profusión, del constante fluir del acontecer fáctico; el que enjuicia encuentra ya esta selec-

ción en punto a la posible relevancia jurídica de los hechos particulares (Larenz, 1980: 272).

Como consecuencia, la actividad probatoria y la prueba judicial –en su sentido de conocimiento de la existencia o inexistencia de un hecho– son una creencia racional y fundada del juez sobre el hecho.

Frente a lo anterior existe una manera clásica de entender la fenomenología de los hechos en el proceso de prueba de los mismos, la cual es derivada de las concepciones epistemológicas empiristas de la realidad, lo que simplifica el problema de los hechos procesales. Según la concepción 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 Abellán, 2004: 75 y ss.).

En contraste con esta postura, existe otra clasificación alternativa en el discurso iusfilosófico de la prueba, la cual revisa los fundamentos de la tipología tradicional de los hechos y los reformula según el grado de injerencia de la mente o del sujeto en su conocimiento. Por ello, se habla del dualismo hechos generales-hechos individuales, para distinguir los hechos valorados en el proceso legislativo y en el judicial, respectivamente (cfr. González Lagier, 2003: 18 y ss.; Peña Ayazo, 2008: 19 y ss.).

Por su parte, en relación con los hechos individuales se habla de: i) "hechos físicos", que a su vez 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, las cuales pueden ser intencionales o no); ii) "hechos psicológicos", que se pueden dividir en: 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 hecho (cfr. González Lagier, 2003: 18 y ss.; Peña Ayazo, 2008: 19 y ss.).

Desde esta misma orientación, y como consecuencia de la ambigüedad de la palabra “hecho”, es también importante la distinción epistemológica entre “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 son subjetivamente epistemológicos (intersubjetivos), y los interpretados, que también suelen llamarse “conceptuales” o “teóricos”, son subjetivos (González Lagier, 2000: 70).

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

Siguiendo la orientación de la prueba, bajo el objetivismo crítico o racional no existe una separación drástica entre hechos objetivos y subjetivos, sino más bien una relación estrecha entre hechos y afirmaciones sobre hechos, lo que implica una especie de “núcleo observacional o representati-

vo” para los enunciados o afirmaciones sobre los hechos. En este sentido, plantea González Lagier:

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 (2003: 22).

Dicho criterio del núcleo representativo permite efectuar una distinción entre dos tipos de problemas que son esenciales para el análisis de la relación entre la duda y el juicio de prueba, a saber: 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 de nuestras interpretaciones (González Lagier, 2003: 19).

En suma, 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. Así, mediante este último procedimiento el juez valora con criterios de racionalidad crítica, constatación empírica y 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. De igual manera, centra esa valoración en el estudio de la validez lógica o en la argumentación que hacen las partes de dichos aspectos respecto a la existencia y relevancia normativa del hecho.

Esta dimensión racionalista del concepto de prueba y su concepción de los hechos procesales como

⁸ Entre otros doctrinantes nacionales que sostienen la tesis según la cual el objeto de prueba son los hechos, pueden consultarse: Devis Echandía, H. (1998). *Compendio de derecho procesal*. Tomo II. 11ª ed. Bogotá: ABC, p. 42; Parra Quijano, J. (2009). *Manual de derecho probatorio*. 17ª ed. Bogotá: Profesional, p. 121; Rodríguez, G.H. (1986). *Derecho probatorio colombiano*. 5ª ed. Bogotá: Profesional, p. 46; Bertel Oviedo, Á. (2009). *Derecho probatorio*. Bogotá: Universidad Santo Tomás-Ibáñez, p. 48. En la doctrina foránea explica esta tendencia, así como aquella que señala que el objeto de prueba recae sobre las afirmaciones de hechos: Garcimartín Montero, R. (1997). *El objeto de prueba en el proceso civil*. Barcelona: CEDECS, p. 45 y ss. Contrario a esta posición, Ferrer Beltrán expresa que “los hechos no pueden ser probados en sí mismos. Como pone de manifiesto Serra Domínguez (1962: 359), no puede probarse una mesa, ni un contrato, ni una obligación. Lo único que puede probarse es el enunciado que afirma la existencia de una mesa en mi despacho, no la mesa misma. Del mismo modo, puede probarse el enunciado que afirma (o niega) la firma de un contrato, etc. En el proceso, por tanto, deberán probarse los enunciados sobre los hechos formulados por las partes” (2002: 78).

enunciados, afirmaciones o aserciones sobre hechos permite destacar de manera importante la relevancia que tiene en la clasificación de los hechos la cuestión de la identificación de la fuerza de estos enunciados. Sin embargo, tal fuerza es distinta de su significado, en términos de sus connotaciones constitutiva, normativa y descriptiva. Por ello, a partir de las diferentes clases de fuerza enunciativa es factible postular los enunciados de hecho como constitutivos, normativos y descriptivos (Ferrer Beltrán, 2002: 20).

Un enunciado fáctico posee fuerza constitutiva cuando la determinación judicial de los hechos en el proceso es el resultado de una actividad decisoria, opuesta a una actividad simplemente cognoscitiva. Esa fuerza constitutiva imposibilita el análisis del enunciado respecto de su verdad o falsedad y, en esa medida, convierte la decisión en incontrolable racionalmente (Ferrer Beltrán, 2002: 20 y ss.).

Por su parte, un enunciado fáctico tiene fuerza normativa 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 los de la premisa fáctica, se encuentran institucionalmente configurados por las normas jurídicas generales, en tal enunciado tampoco hay lugar a predicar valor de verdad o falsedad. No puede dejarse de lado que en el 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 Beltrán, 2002: 20 y ss.).

Un enunciado sobre hechos tiene fuerza descriptiva en tanto expresa una proposición 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. De esta forma, una vez 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-, en tanto se constituye como la de mayor corrección epistemológica, por razones de coherencia lógica y axiológica (Ferrer Beltrán, 2002: 20 y ss.).

Estas clasificaciones permiten establecer otra distinción que resulta más relevante tanto en relación con las clasificaciones antecedentes como con la postura sobre 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": prueba y argumentación.

De tal modo, expresar que un enunciado fáctico es "verdadero" o que refleja la "verdad material" o la "verdad objetiva" significa que los hechos que describe han existido o existen en un mundo independiente, es decir, que el enunciado es correcto en el sentido de que la descripción de hechos que formula se corresponde con la realidad. En palabras de Gascón Abellán:

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 solo 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 (2003b: 46).

REFERENCIAS

- Bertel Oviedo, Á. (2009). *Derecho probatorio partes general y especial*. Bogotá: Universidad Santo Tomás-Ibáñez.
- Bunge, M. (1983). *La investigación científica*. Barcelona: Ariel.
- Devis Echandía, H. (1998). *Compendio de derecho procesal*. (Tomo II, 11ª ed.). Bogotá: ABC.
- Ferrajoli, L. (1997). *Derecho y razón*. Madrid: Trotta.
- Ferrer Beltrán, J. (2002). *Prueba y verdad*. Madrid: Marcial Pons.
- Ferrer Beltrán, J. (2007). *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons.
- Garcimartín Montero, R. (1997). *El objeto de prueba en el proceso civil*. Barcelona: CEDECS.
- Gascón Abellán, M. (2003a). *La prueba judicial: valoración racional y motivación*. Universidad de Castilla-la Mancha: Discusiones.
- Gascón Abellán, M. (2003b). *Concepciones de la prueba*. Madrid: Discusiones.
- Gascón Abellán, M. (2004). *Los hechos en el derecho*. (1ª ed.). Madrid: Marcial Pons.
- Gascón Abellán, M. (2005). *La argumentación en el derecho*. (2ª ed.). Lima: Palestra.
- Gascón Abellán, M. (2010). *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*. (3ª ed.). Madrid: Marcial Pons.
- Gonzalez Lagier, D. (2000). *Los hechos bajo sospecha*. Génova: Università degli Studi di Génova.
- Gonzalez Lagier, D. (2003). *Hechos y argumentos. (Racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal)*. Parte I. *Jueces para la Democracia*, 46, 17-26.
- Larenz, K. (1980). *Metodología de la ciencia del derecho*. (2ª ed.). Barcelona: Ariel.
- Montero Aroca, J. (coord.) (2006). *Proceso civil e ideología*. Valencia: Tiran lo Blanch.
- Montero Aroca, J. (2007). *La prueba en el proceso civil*. Navarra: Thomson-Civitas.
- Nieva Fenoll, J. (2010). *La valoración de la prueba*. Madrid: Marcial Pons.
- Parra Quijano, J. (2009). *Manual de derecho probatorio*. (17ª ed.). Bogotá: Profesional.
- Peña Ayazo, J.I. (2008). *Prueba judicial, análisis y valoración. Módulo de capacitación para jueces*. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura-Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla", Universidad Nacional de Colombia.
- Rodríguez, G.H. (1986). *Derecho probatorio colombiano*. (5ª ed.). Bogotá: Profesional.
- Taruffo, M. (2002). *La prueba de los hechos*. Madrid: Trotta.
- Taruffo, M. (2006). *Sobre las fronteras. Escritos sobre la justicia civil*. Bogotá: Temis.
- Taruffo, M. (2010a). *Páginas sobre justicia civil*. Madrid: Marcial Pons.
- Taruffo, M. (2010b). *La prueba*. Madrid: Marcial Pons.
- Taruffo, M. (2010c). *Simplemente la verdad*. Madrid: Marcial Pons.