

EPISTEMOLOGÍA Y PRUEBA JUDICIAL

Rodrigo Rivera Morales¹

Consideraciones Generales

En el mundo moderno se avanza a una velocidad vertiginosa. La ciencia y la tecnología imponen un ritmo de cambios diariamente, con razón el científico Sagny dijo “me acuesto sabio y me levanto como ignorante”. Esto genera una ruptura permanente de paradigmas y la creación de nuevos.

Ya no será la “cosa” la que podrá instruirnos directamente como ha proclamado el positivismo. Se demuestra, en el plano de la física, que es inútil llevar el análisis para aislar un objeto único, ya que lo único o elemental, en el mundo de la microfísica, pierde sus propiedades sustanciales. Ello plantea que la substancia de lo infinitamente pequeño es contemporánea a la relación. En el derecho mirar el caso concreto como lo único y aislado, le hace perder las propiedades sustanciales. Los hechos que lo conforman no son aislados, sino que comprenden una secuencia de hechos simples. Esto significa que debemos ubicarnos en un nuevo reino epistemológico.

Obsérvese que si lo real se desindividualiza yendo hacia regiones más pequeñas y asumimos el hecho en forma molecular, el jurista para la resolución del caso concreto dará más importancia a la organización racional de sus experiencias a medida que requiera aumentar su precisión. La decisión judicial, en un sistema garantista, exige una mayor precisión, por ello hablamos de sentencia racional. Para alcanzarla se impone estándares precisos en la prueba. Una medida precisa es siempre una medida compleja; se trata, pues de una experiencia organizada racionalmente.

No obstante, quisiera señalar que en el derecho en la formación del concepto o del tipo, el hecho se presenta en forma *molar*², es decir, de un modo integral o como dotado de sentido, tanto si actúa como descriptor en la norma jurídica como si lo es como narrativa del proceso.

Por ejemplo, artículo 106 del Código Penal de Perú dice “El que mata a otro será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de

¹ Abogado UCABET. Doctor en Derecho, Sobresaliente *Cum Laudae*. Universidad de Salamanca. Magíster en Planificación y Desarrollo Regional y Metropolitano. USR-OEA-PIAPUR, Especialista en Derecho Procesal Universidad Libre de Colombia. Especialista en Derecho Constitucional. Especialista en Derecho Penal. Diplomado en Derecho Constitucional Comparado. Diplomado en Derecho Procesal Civil. Diplomado en Instituciones Procesales Laborales. Profesor Universitario de pre y post-grado, Nacionales: Universidad Católica del Táchira, Universidad Central de Venezuela, y Extranjeras: Universidad de Medellín, Universidad Libre de Colombia y Universidad de Salamanca. Autor de varias obras jurídicas. Miembro del grupo de Investigación IUDICIUM de Estudios Procesales de la Universidad Salamanca. Miembro de la Junta de Arbitraje del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela en Sala Social. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Presidente del Instituto de Derecho Procesal Colombo-Venezolano. Capítulo del Instituto Colombiano de Derecho Procesal.

² MUÑOZ SABATÉ, Luis (2007), *Introducción a la probática*, Barcelona: Editorial JMB Bosch, p. 67.

veinte años”. Es muy simple. Casi no hay descripción, por ello en un escrito de acusación se dirá aproximadamente “*el acusado Pedro entró al Bar La Esmeralda, se dirigió a Juan y sacó un revolver y le disparó en el pecho produciéndole una herida mortal*”, se agregarán algunos detalles como quiénes son Pedro y Juan, la ubicación del Bar Esmeralda, circunstancias del caso, testigos, experticias o protocolo forense.

Todo aparece como un fardo grande. Pero si tomamos el hecho y lo desarticulamos en los elementos más simples que lo componen descubriremos todo un universo factual cual si estuviéramos mirando a través de un microscopio³. Esto sería así: de donde venía Pedro, que relación tenía con Juan, cómo tenía el revolver, qué estado psicológico tenía Pedro, qué hizo Juan, a qué horas fue, cómo era el ambiente –oscuro, claro, se podía ver bien, etc.-, dijo Pedro algo al disparar, etc. Se trata de descomponer el hecho en forma atómica, hacerlo molecular, esto es, construir lo que llamaba BRICHETTI⁴ una *fictio heurística hipótesis*.

Pues bien, para la tesis que queremos expresar se puede citar como ejemplo ilustrativo lo que escribió Conan Doyle, cuando evoca el Dr. Watson lo dicho por Sherlock Holmes⁵:

Ya le he explicado que todo aquello que se sale de lo vulgar no resulta un obstáculo, sino que es, más bien, una guía. El gran factor, cuando se trata de resolver un problema de esta clase, es la capacidad para razonar hacia atrás. Es una cualidad muy útil y fácil, pero la gente no se ejercita mucho en ella. En las tareas de la vida cotidiana resulta de mayor utilidad razonar hacia delante, y por eso se la desatiende –se echa al olvido la posibilidad contraria-. Por cada cincuenta personas adiestradas en el pensamiento sintético, no encontrará usted arriba de uno con talento analítico (...). Son muchas las personas que, si se les describe una serie de hechos, anunciarán cuál va a ser el resultado. Son capaces de ordenar en su cerebro los hechos, y de deducir que han de tener un efecto determinado. Sin embargo, son pocas las personas que, diciéndoles usted el resultado, son capaces de extraer de lo más profundo de su propia conciencia los pasos conducentes a ese resultado –poca gente son capaces de recorrer el camino contrario-. A esta facultad me refiero cuando hablo de razonar hacia atrás, es decir, analíticamente.

Hay que mirar que en la realidad cotidiana la organización social aparenta realidad. Por ello nuestra única realidad inmediata es nuestra representación de la realidad, y nuestra única realidad concebible es nuestra concepción de la realidad. Así vemos que el derecho surge con fuerza como constructor de realidad. No cabe duda del protagonismo activo del derecho en la configuración de la sociedad. Así que el derecho no se limita a regular la realidad: construye una particular realidad jurídica. El derecho ejerce una poderosa capacidad de definir la realidad, de conformarla. El derecho ostenta

³ IBÍDEM, p. 68

⁴ BRICHETTI, Giovanni (1973), *La evidencia en el proceso penal*, Buenos Aires: Editorial Ejea, p. 63.

⁵ CONAN DOYLE, A (1998), *Estudio en escarlata*, Barcelona: Editorial Fontana, p. 150.

un poder de demarcación de la realidad y determina no sólo cómo deben ser las cosas sino también cómo son. El derecho *decide* cuál es la realidad que cuenta para él, qué es lo que existe o no jurídicamente. El derecho establece sus propios criterios de existencia decretando que *quoid non est in Actis no est in mundo*⁶.

Así las cosas, sabemos que el proceso –en el lenguaje jurídico se emplea como sinónimo de juicio, litigio, contienda, controversia- ha sido concebido como un mecanismo social, para que las personas en conflicto expongan sus razones ante un órgano estatal –jurisdiccional- y, éste tomé una decisión. No obstante, desde una visión epistémica y en razón de la civilidad, el proceso debe verse como progreso, transcurso de tiempo, acción de ir hacia delante, Esto conduce a dos aspectos relevantes: 1.- a la idea de secuencia, de realización de actos; 2.- a la idea de una relación dialéctica de conocimiento. El proceso en este sentido es un método de juzgamiento por conocimiento.

Estos aspectos que dan de alguna manera la idea de método, por lo que llamo al proceso como un método racional dialógico para resolver, conforme a la ley y la justicia, los conflictos intersubjetivos. Es un espacio en donde se despliega conocimiento, razonamiento y razonabilidad. En su desarrollo contemporáneo, debe caracterizarse, epistemológicamente como un campo del pensamiento que rompe claramente con el pensamiento vulgar. No hay nada peyorativo. Vale decir que en el proceso se obtiene un conocimiento por un método y saber especializados, para juzgar y decidir una disputa.

Fíjense en las llamadas ciencias naturales, así, por ejemplo, mientras se trataba, en un espíritu positivista, de determinar los pesos atómicos, la técnica –sin duda muy precisa- de la balanza era suficiente. Pero cuando se trata de isótopos, se necesita de una técnica indirecta. Así que el derecho no puede pretender examinar la realidad –así sea su construcción- con los mismos conceptos o instrumentos de ayer. Hoy vemos que el proceso, que es fundamentalmente cognitivo, se da unas narraciones y unas actividades probatorias sobre las cuales se trata de establecer una cadena de inferencias.

En general, en el mundo de la ciencia, por el solo hecho del carácter indirecto de las determinaciones de la realidad científica debe aceptarse que existe un nuevo reino epistemológico. Estamos en presencia de una nueva epistemología, que se llama la epistemología discursiva racional. Se trata nada menos que de la primacía de la reflexión sobre la percepción. Noten, por ejemplo, en la ciencia física que cuando se habla de las trayectorias que permiten separar los isótopos en el espectroscopio de masa, esto no existe en la naturaleza; hay que producirlos técnicamente. Son teoremas elaborados. En el derecho es claro que se tiene que elaborar, en los casos concretos, hipótesis, que deben ser sometidas a verificación. En el derecho estamos aun en pañales en la construcción racional del examen para tomar una decisión.

En un examen de lo que denominamos la ciencia del derecho, es preciso definirla como “ciencia”. Si atendemos a la definición de ciencia en general podemos partir de dos sentidos importantes, el primero referido a lo que representa como tal, es decir, ella es un conjunto conformado por conocimientos, posee método, una metodología, hace uso de técnicas, es

⁶ MARTÍNEZ GARCÍA, Jesús I (1992), *La imaginación jurídica*, Madrid: Editorial Debate, p. 34.

sistemática, posee un lenguaje universal, es demostrable, busca la verdad, entre otras características no menos importantes. En segundo término el de resolver problemas que produce ese conocimiento científico. Creo que hay dos aspectos fundamentales de dilucidar en esta manifestación: la verdad y la de resolver problemas de conocimiento. En este último lo hacemos en sentido general, sin calificarlo, pues, en la aplicación del proceso se conoce pero no con validez universal sino sobre el caso concreto, aun cuando se utilicen, necesariamente, métodos e instrumentos de la ciencia. No obstante, esto es de forma abstracta. En la práctica, que es la aplicación del derecho en caso de incumplimiento, las actividades de la búsqueda de la verdad y la generación de pruebas han estado olvidadas. En este sentido, el derecho no ha sido consecuente con su caracterización de ciencia, pues los problemas relativos a las bases epistemológicas y los métodos de investigación han sido secundarios en la fundamentación de la teoría del proceso. En todo caso, el derecho tiene que determinar en que forma se resuelve el conocimiento y la verdad de los hechos en el proceso⁷.

Realmente, es indudable que el Derecho como ciencia presenta una naturaleza *tridimensional* sustentada en las **normas, hechos y valores**, y ello le da un carácter de alta complejidad. Esta conexión de normas que definen hechos, hechos que sean relevantes y que dependen de valores, plantea que “el problema de la determinación de la verdad de los hechos en el proceso sea complejo”⁸.

Ahora bien, si miramos que el Derecho es autopoietico, tomando la Teoría Constitucional, en el sentido que es Norma superior y fuente de fuentes, porque indica como se construye ella misma y como se produce lo que debe considerarse como jurídico, es axiomático que el Derecho como ciencia la realidad social no se percibe como algo que está “ahí afuera”, en sentido contrario es el Derecho el que, como sujeto epistémico autónomo, construye su propia realidad social por ser una ciencia *eminente cultural*. Vale decir, que los hechos que contienen las normas son de creación cultural, y será el mismo Derecho quien decidirá como se conoce y se determina la verdad en el proceso.

Debe tenerse a la vista que el derecho es capaz de configurar activamente la realidad desplegando su normatividad. El derecho aparece así como productor y gestor de la verdad a través de su normatividad. Establece un conjunto de normas jurídicas que regulan el proceso de cognición, pero, en especial, como una particularidad de la ciencia jurídica añade un buen número de reglas jurídicas de exclusión que serían útiles para el conocimiento, tales como: inadmisión de las fuentes de prueba obtenidas en violación de los derechos fundamentales, no se admiten los medios de pruebas que no sean sometidos al contradictorio, hay sujetos que son eximidos de aportar información relevante –abogados defensores, médicos y psiquiatras tratantes, sacerdotes, etc.-, derecho a no inculparse o exonera a familiares directos de suministrar declaración; amén de aquellas reglas procesales en cuanto a pertinencia, oportunidad, regularidad e ilicitud.

⁷ HEVIA, Oswaldo (2008), “Disquisiciones sobre ciencia, ciencia del derecho y su epistemología, Congreso Venezolano de Derecho Procesal. San Cristóbal-Venezuela.

⁸ TARUFFO, Michelle (2002), *La prueba de los hechos*, Madrid: Editorial Trotta, p. 167.

Estos límites al conocimiento en el proceso judicial, obviamente, potencia el conocimiento dialéctico como relación de lo inductivo-deductivo. Esto es, como una relación que surge entre el sujeto y los objetos que posibilita su constitución como válido. Repárese en el avance de las ciencias en los últimos cien años ha conducido a un replanteamiento de la idea misma del conocimiento inductivo, y con ello a una rehabilitación de la racionalidad empírica. Para las nuevas epistemologías empiristas, el objetivo del conocimiento inductivo no es la búsqueda de certezas absolutas, sino tan sólo de *supuestos* o *hipótesis válidas*, es decir, apoyadas por hechos que las hacen *probables*⁹.

En el proceso judicial –penal- es claro que se producen inferencias que tiene su punto de partida en un acaecimiento humano que rompe de algún modo la normalidad-. De allí se plantea un intento de explicación –composición de los hechos- formulándose una hipótesis, la acusatoria, la cual contiene en sí la forma de verificación –contrastación- y sustentabilidad-refutación. Para que la hipótesis pueda ser considerada válida y produzca la consecuencia jurídica se requiere la confirmación de los hechos enunciados¹⁰. Es incuestionable que la constatación de ciertos hechos constituye el fundamento de aplicación de la norma.

El problema surge a la hora de determinar la posibilidad del conocimiento en el proceso, lo que GASCÓN ABELLÁN¹¹ ha denominado *la epistemología judicial de los hechos*. Cuando el juez elabora una proposición dando por probados unos hechos, habrá formulado, a su vez, una hipótesis acerca de la forma en que ellos tuvieron lugar. Una hipótesis probabilística, surgida de la inferencia inductiva y que va más allá de las premisas fácticas¹². Todo esto hay que profundizarlo, porque sabemos que la problemática de conocer en el proceso pasa por la cuestión de cómo conocer los hechos que no se pueden observar, sea porque se trate de hechos pasados, sea porque se trate de hechos futuros.

El proceso y el conocimiento

En la teoría procesal se ha sostenido que en el proceso se puede diferenciar dos momentos: la *cognición* y la *ejecución forzada*. Precisamente, el profesor CALAMANDREI¹³, expresaba que “*La cognición se dirige a la declaración de certeza de un mandato individualizado (primario o sancionatorio)*”. Es obvio, que cuando se da una declaración de certeza se está despejando una

⁹ GASCÓN ABELLÁN Marina ((1999), *Los hechos en el derecho: Bases argumentales de la prueba*, Madrid: Editorial Marcial Pons, p. 8.

¹⁰ ANDRÉS IBAÑEZ, Perfecto (2007), “Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal”, en la obra *En Torno a la Jurisdicción*, Buenos Aires: Editores del Puerto, p. 203.

¹¹ GASCÓN ABELLÁN Marina ((1999), *Los hechos en el derecho: Bases argumentales de la prueba*, ob. cit. p.13.

¹² ANDRÉS IBAÑEZ, Perfecto (2007), “Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal”, en la obra *En Torno a la Jurisdicción*, ob. cit. p. 203.

¹³ CALAMANDREI, Piero (1973), *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, en *Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires: Editorial EJE, Vol. I, p. 159.

incertidumbre, para ello se ha llegado a través del conocer. Es decir, se ha desarrollado un proceso de adquisición de conocimiento¹⁴.

Conforme a la estructura del proceso, es claro que el objeto de conocimiento en él son: El hecho y el Derecho¹⁵. Así, el Juez en la primera fase de la estructura procesal –cognición-, debe considerar la ley y los hechos como objeto de su conocer. Expresa LIEBMAN¹⁶ que “*la cognición del juez tiene por necesidad dos objetos diversos: la declaración de certeza de los hechos y la aplicación del derecho*”. La primera de estas operaciones tiene carácter histórico, porque tiene la finalidad de descubrir si los hechos ocurrieron así como las circunstancias de hecho relevantes para la causa y si se corresponden con las afirmaciones hechas por las partes. La segunda operación consiste en una valoración jurídica del hecho, realizada en conformidad con el derecho vigente: del hecho, tal como ha sido reconstruido, se deben deducir las consecuencias establecidas por vía abstracta por el derecho.

La forma de conocer en el proceso está reglada por el derecho. El derecho indica los medios y las formas que deben emplearse para el descubrimiento de la verdad. Normalmente, lo que se trabaja en el Derecho Procesal son las reglas relativas a la actividad probatoria: cómo se aportan, cómo se practican y cómo se valoran. En nuestra cultura occidental, caracterizada más por la acción que por la reflexión, no ha sido tema de interés el *conocer como se conoce*¹⁷. En el derecho pareciera que se hubiese establecido el lema de *prohibido conocer el conocer*¹⁸.

En el proceso de juzgamiento es obvio que para juzgar se debe conocer. No hay discusión, aun cuando no se ha profundizado y se da por sobreentendida, que el método que se exige es el cognoscitivo, pues el conocimiento se adquiere, precisamente, por medio del proceso cognoscitivo; el cual se encuentra relacionado con tres áreas distintas: psicológico, lógico y ontológico. No es discutible la valía del conocimiento como soporte para nuestras creencias y el epicentro en la búsqueda de la verdad.

Como ciencia dedicada al problema del conocer se erige la epistemología, para algunos, simplemente, *teoría del conocimiento*, o también, llamada la *teoría del pensamiento verdadero*. Debe admitirse que en el proceso de cognición para juzgar opera decisivamente el conocimiento racional, si bien,

¹⁴ FERRAJOLI, Luigi, (1995), *Derecho y razón: Teoría del Garantismo Penal*, Madrid: Editorial Trotta, p. 35, refiriéndose al proceso penal, dice: “un modelo teórico y normativo del proceso penal como proceso de cognición o de comprobación, donde la determinación del hecho configurado por la ley como delito tiene el carácter de un procedimiento probatorio de tipo inductivo, que excluye las valoraciones en lo más posible y admite sólo, o predominantemente, aserciones o negaciones -de hecho o de derecho- de las que sean predicables la verdad o la falsedad procesal”.

¹⁵ CHIOVENDA, José (1977), *Principios de Derecho Procesal Civil*, Madrid: Editorial REUS, Tomo I, p. 99.

¹⁶ LIEBMAN, Enrico Tullio (1980), *Manual de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires: Editorial EJA, p. 122.

¹⁷ CUELLO IRIARTE, Gustavo (2008), *Derecho Probatorio y Pruebas Penales*, Bogotá: Editorial Legis Editores, p. 35.

¹⁸ MATORANA, Humberto y VARELA, Francisco (2008), *El árbol del conocimiento*, Edición 19ª, Santiago de Chile. Editorial Universitaria, p.210 “Nosotros afirmamos que en el corazón de las dificultades del hombre actual está su desconocimiento del conocer”.

en momentos se capta mediante el conocimiento sensible, éste tiene que ser operacionalizado racionalmente. Es evidente, que el juez percibe información sobre los hechos de las partes –afirmaciones-, datos o informaciones de los testigos, valoraciones de los expertos y registro del estado de las cosas mediante la inspección, pero todas ellas sufren un proceso de interpretación complejo en la cual entra a jugar papel el intelecto aplicando los mecanismos de la lógica, los conocimientos, las máximas de experiencia, el sentido común y la experiencia científica, por lo que la conclusión debe ser radicalmente racional.

El conocimiento racional supone: 1.- Su conformación con conceptos, juicios y raciocinios, no con meras imágenes o sensaciones, o pautas de conducta –comporta la aprehensión y construcción de la realidad-; 2.- Procesos asociativos, de tal manera que los conceptos, juicios e ideas puedan relacionarse y combinarse, siguiendo las pautas de reglas lógicas, generándose nuevas ideas –inferencias deductivas o cadenas inferenciales, que tiene validez desde el punto de vista gnoseológico, en cuanto representan conocimientos *descubiertos*, obviamente de los que no se tenía conciencia antes de efectuarlos –descubrimiento de lo desconocido-; 3.- Que el conjunto de ideas contenidas en los actos de comprensión, reproducción y entendimiento se estructuran o componen en un conjunto ordenado de proposiciones: *teoría*.

No se trata de elaborar una teoría procesal, ni considerar el derecho procesal como ciencia. Se trata de conocer para juzgar. Lo que interesa en esta tesis es manifestar que en el proceso, cualquiera que sea, ocurre un proceso de conocimiento y que éste se desarrolla en una relación dialéctica con los sujetos procesales. Máxime en un Estado democrático constitucional que privilegia los derechos fundamentales y que consagra un conjunto de derechos y garantías procesales concentradas en tutela efectiva, debido proceso, acceso a la jurisdicción, a la oralidad, al contradictorio y la publicidad.

En este sentido argüimos que la epistemología como tratado de conocimiento¹⁹ debe ser aplicada al proceso, esto es, definir los elementos y criterios que permitan juzgar la validez del conocimiento en el proceso. Véase que no se trata de la validez abstracta como ciencia, sino la concreta que se da en el proceso de cognición, puesto que el juez debe declarar que da por probado y cuál de la hipótesis en confrontación es válida.

Conocimiento, verdad y proceso

Obviamente, un Estado democrático constitucional se funda en valores y consagra un conjunto de derechos fundamentales y las garantías para su efectivo goce, por lo que el proceso se instituye como el mecanismo democrático garante de aquellos. A través del debido proceso el Estado constitucional democrático aspira a obtener una justicia en armonía con los derechos fundamentales. Así, el proceso debe concebirse como el instrumento de realización de la justicia. Debe refrescarse que en los contextos jurídicos, en

¹⁹ RÍOS CASTILLA, Jesús Hemel (2004), *Epistemología: Fundamentos Generales*, Bogotá: Universidad Santo Tomás, p. 97.

especial, en el constitucional, la *verdad* es considerada un valor moral con una alta carga positiva, pues aparece asociada a la idea de justicia²⁰.

El instrumento proceso ha de estar más cercano a las realidades humanas, para admitir que los fallos finales concuerden con las pretensiones sociales que no admiten ya forma rígidas sino elásticas, para que se procese debidamente el derecho sustancial. Expresaba GOLDSCHMIDT que “El proceso es..., la única manera segura de acercarse a la verdad y a la justicia dentro de las posibilidades humanas”²¹.

El conocimiento en el proceso no es una especulación, ni debe entenderse que en el proceso se demuestran hechos para satisfacer exigencias de conocimiento en estado puro, sino para resolver controversias jurídicas acerca de la existencia de derechos²². Pero, lo importante es admitir que en el proceso judicial se da un proceso de adquisición de conocimiento. Ahora bien, toda esa actividad que entraña conocimiento no es caótica, busca una finalidad, cual es la de llegar a poseer la verdad de la pequeña historia que juzga²³.

Desde el punto de vista epistemológico las primeras preguntas que surgen son: ¿cuál es el significado de la palabra verdad? ¿Es posible alcanzar la verdad en el proceso judicial? ¿Cuáles son las condiciones que deben estar presentes para poder decir que un enunciado puede considerarse como verdadero?

Debemos partir por señalar que la noción de verdad, en el marco de un Estado constitucional democrático, que determina una concepción epistemológica garantista, tiene una connotación distinta a las que se ha venido calificando como *verdad material* –proceso penal- o *verdad formal* –proceso civil-. Bajo esta visión el derecho aparece como un productor y gestor de la verdad. De esta manera, para el proceso penal, se exige una predeterminación normativa precisa de los hechos que se han de comprobar y la forma de verificar la ocurrencia de tales hechos.

En un Estado constitucional democrático es claro que se debe rechazar la lógica inquisitiva de obtención de verdad, es decir, a la idea de que se puede y, por lo tanto, se debe alcanzar una verdad material absolutamente cierta y objetiva con cualquier medio, pero ello no significa o implica que se deba renunciar al valor *verdad*. Al contrario, son las mismas garantías penales y procesales –legalidad y contradictorio- las que aseguran la máxima aproximación a la verdad²⁴.

En un Estado constitucional democrático, el proceso debe darse en el marco de un sistema acusatorio, pues, es la única forma consustancial con la esencia democrática, por tanto, *la verdad* que se persiga está determinada por

²⁰ KELSEN. Hans (1993), *¿Qué es la justicia?*, Buenos Aires: Editorial Planeta, p. 35.

²¹ GOLDSCHMIDT, Werner (1978), *Justicia y verdad*, Buenos Aires: Editorial La Ley, p. 336

²² TARUFFO, Michele (2002), *La prueba de los hechos*, ob. cit., p. 90

²³ SCRUTON, Roger (2003), *Filosofía Moderna*, 3ª edición, Santiago de Chile: Editorial Cuatro Vientos, p. 322, comentando a Platón señala que “nuestro interés en el conocimiento se debe a que nos interesa la verdad de nuestras creencias; y la búsqueda de conocimiento es la búsqueda de justificaciones que garanticen esa verdad”.

²⁴ FERRAJOLI, Luigi (2006), en “prólogo a la obra *Verdad en el proceso penal*”, Buenos Aires: Editores del Puerto, p. IV.

la epistemología acusatoria, esto es, dependiendo de la estricta legalidad – tipificación en la ley de los hechos calificados de punibles- y de su refutabilidad, que significa la confrontación dialéctica de los medios probatorios.

No se puede pasar por alto que el tema de la posibilidad de obtención de la verdad en el proceso judicial es parte de una áspera confrontación. Se han presentado discusiones, incluso exageradas, utilizando descalificaciones y tergiversaciones históricas. El profesor TARUFFO²⁵ ha estudiado la cuestión y agrupado las tendencias que presentan objeción a la posibilidad de la verdad en el proceso, bajo los siguientes puntos de vista: *imposibilidad teórica*, *imposibilidad ideológica* e *imposibilidad práctica*. Por cuanto, no es objeto de este trabajo profundizar sobre este tema asumimos que basta con mencionarlas y que el estudioso se dirija a las fuentes.

Aceptamos que en el proceso concreto solo se puede obtener una *verdad relativa*, circunscrita al caso concreto y dependiendo de la disponibilidad de las fuentes y medios probatorios; por supuesto, sin renunciar a la idea de *correspondencia* como ideal límite, es decir, cuando hay correspondencia entre las proposiciones que declaran verdad y la realidad objetiva.

Recordemos que las normas del código Penal tiene la siguiente estructura: “quien realiza el hecho *H*, será sancionado con la pena *P*. Esto es, si *H*, entonces *P*. Así las cosas, para que la norma penal pueda ser *válida* y *legítimamente* aplicada resulta indispensable el conocimiento del hecho o, como lo expresa GUZMÁN “*para que la sentencia condenatoria sea válida, se requiere como conditio sine qua nom la comprobación de la verdad de la hipótesis acusatoria que integra la premisa menor de ese silogismo que lleva como premisa mayor la fórmula normativa*”²⁶.

En el proceso penal la acusación pretende la aplicación de la ley. Ahora bien, cuando la acusación narra unos hechos asume que estos se subsumen en la hipótesis fáctica abstracta de la norma y pide se aplique la consecuencia jurídica prevista en ella. De manera, que si la acusación formula la proposición Mónica dio muerte a Juan, y pide la aplicación del artículo 106 que estipula “*El que mata a otro será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de veinte años*”, le corresponde a la acusación probar los hechos que constituyen el hecho de que Mónica dio muerte a Juan. Véase que para poder aplicar la consecuencia jurídica, esto es, condenar a Mónica a una cantidad de pena se requiere que efectivamente el hecho haya ocurrido –muerte de Juan y que la autora de esa muerte sea Mónica-, es decir, la afirmación de la acusación es verdadera porque se corresponde con la realidad objetiva.

Visto así, es indudable que la verdad se eleva como una garantía. CAFFERATA²⁷ partidario de la tesis de la *verdad de la correspondencia* expresa que “la búsqueda de la verdad exigida por el derecho penal forma parte de un sistema de garantías informado coherentemente por valores morales,

²⁵ TARUFFO, Michelle ((2002), *La prueba de los hechos*, ob. cit. pp. 28 y ss. Cfr. PARRA QUIJANO, Jairo (2004), *Racionalidad e ideología en las pruebas de oficio*, Bogotá: Editorial Temis, pp. 1 y ss.

²⁶ GUZMÁN, Nicolás (2006), *La verdad en el proceso penal: Una contribución a la epistemología jurídica*, Buenos Aires. Editorial Editores del Puerto, p. 117.

²⁷ CAFFERATA NORES, José y CÓPPOLA, Patricia (2000), *Verdad Procesal y Decisión Judicial*, Córdoba-Argentina: Editorial Alveroni Ediciones, p.10.

restringiendo aquella tarea sólo en la medida en que la obtención de la verdad lesione los derechos individuales del acusado”.

Bajo esta perspectiva epistemológica la verdad en el proceso se descubre al establecer la sustentabilidad, verificabilidad, aceptabilidad y no refutación de la hipótesis acusatoria, erigiéndose esa verdad como garantía y condición de validez de la sentencia de condena. Sería una *contradictio in adjectis* de un sistema de justicia que privilegie el valor justicia, la dignidad humana y garantice el debido proceso que no exigiese la verdad como condición de validez de una sentencia condenatoria.

Tomando las admirables palabras del discurso que CALAMANDREI, pronunciara en la sesión inaugural del Congreso Internacional de Derecho Procesal Civil, celebrado en Florencia, en octubre de 1950, organizado por la Asociación Italiana de Estudiosos del Proceso Civil, el cual se publicó en la *Rivista di diritto processuale civile*, año V (1950), 1ª, pp 273-290, y en *Atti del Congresso internazionale di diritto processuale civile* (Padova, Cedam, 1953), pp. 9-23:

Ahora bien, si nosotros queremos volver a considerar el proceso como instrumento de razón y no como estéril y árido juego de fuerza y destreza, hace falta estar convencidos de que el proceso ante todo, un método de cognición, esto es, de conocimiento de la verdad, y que “los medios probatorios que estudiamos están verdaderamente dirigidos y pueden verdaderamente servir para lograr y para fijar la verdad; no de las verdades últimas y supremas que escapan a los pequeños hombres, sino la verdad humilde y diaria, esa verdad de la cual se discute en los debates judiciales, esa que los hombres normales y honestos, según la sabiduría común y la buena fe, llaman y han llamado siempre verdad”

Agregaba el gran maestro: *Pero la finalidad del proceso no es solamente la búsqueda de la verdad; la finalidad del proceso es algo más, es la justicia, de la cual la determinación de la verdad es solamente una premisa*²⁸.

No queda duda que desde la perspectiva epistemológica la verdad como condición de validez de una sentencia condenatoria se enlaza con las garantías procesales, pues, las mismas no sólo son sólo garantías de libertad sino también de verdad, por cuanto configuran un marco normativo, regido por el derecho de presunción de inocencia que sólo puede ser enervado mediante prueba de cargo suficiente. De manera que la afirmación *Mónica mató a Juan*, será verdadero si, y sólo si, *Mónica mató a Juan*²⁹. Por ello, para llegar a

²⁸ CALAMANDREI Piero (1973), “Proceso y Justicia”, en *Estudios sobre el Proceso Civil en Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires: Editorial EJE, Vol. III, p. 215.

²⁹ Concepción de la verdad como correspondencia. TARUFFO, Michelle (2002), *La prueba de los hechos*, ob. cit., p. 170. FERRAJOLI, Luigi (1995), *Derecho y razón: Teoría del Garantismo Penal*, ob. cit., p. 87 “No hay duda de que lo que ordinariamente llamamos 'verdad' es la correspondencia con los hechos; en el lenguaje ordinario llamamos 'verdad' a la correspondencia”. COMANDUCCI, Paolo (1992), “La motivazione in fatto”, en *La conoscenza del fatto nel processo penale*, Milano: Giuffrè Editore, p. 238.

verdad, esta se forma por la actividad probatoria en el debido proceso: bilateral, contradictorio, público, intermediación, igualdad, juez natural, legalidad, etc.

Compartiendo el criterio de CAFFERATA³⁰ creemos que una visión epistemológica garantista acerca del conocimiento en el proceso determina un modelo de decisión judicial garantista. Es posible que el intelecto humano pueda aprehender la realidad, y por ser la verdad que procura el derecho penal relativa a un *hecho delictivo* ocurrido en el pasado, a través del debate probatorio por el traslado de huellas, vestigios, signos, marcas, etc., mediante los medios probatorios propuestos, admitidos y practicados.

Por otra parte, en el proceso hay una necesidad psicológica de la verdad³¹, que tiene dos destinatarios: el juez y la sociedad. Por una parte, el juez tiene necesidad de información como parte de su proceso de conocimiento sobre el caso, para dictaminar debe conocer; para declarar probados los hechos, debe descubrir y justificar. Por la otra parte, no puede justificarse socialmente y sería inadmisibles en la sociedad que se califique un proceso justo construido sobre la falsedad, de manera que difícilmente puede concebirse un proceso como justo, cuando la sentencia no descansa sobre la verdad³².

Epistemología y prueba

Es evidente que el derecho vivo, es decir, el de la solución práctica y cotidiana, depende fundamentalmente de cuestiones vinculadas con la verdad, los hechos y las pruebas. O dicho de otra manera, cuando no hay reconocimiento del derecho del otro por personas u órganos públicos y se requiere la declaración del órgano jurisdiccional en su función de administración de justicia, es obvio, que depende imprescindiblemente de la verdad, los hechos y las pruebas.

Pero, llama la atención, que siendo tan incuestionable esa realidad los juristas han dedicado pocos esfuerzos a investigar sobre ellas. Es más ha existido una baja preocupación por la forma de conocer en el proceso, atornillándose más en los mecanismos instrumentales de la actividad probatoria, más específicamente en reglamentar como introducir el conocimiento al proceso, pero no como conocer –descubrir y justificar-. Elementalmente nos referimos al conocimiento consistente en distinguir cierto tipo de proposiciones –las descriptivas de hechos o estado de cosas- verdaderas de las falsas. Es innegable que los teóricos se han preocupado más

³⁰ CAFFERATA NORES, José y CÓPPOLA, Patricia (2000), *Verdad Procesal y Decisión Judicial*, ob. cit. p. 21.

³¹ PARRA QUIJANO, Jairo (2004), *Racionalidad e ideología en las pruebas de oficio*, ob. cit. p. 15.

³² IBÍDEM, p. 13. En el mismo sentido CAFFERATA NORES, José y CÓPPOLA, Patricia (2000), *Verdad Procesal y Decisión Judicial*, ob. cit. p. 8, “pensar la sentencia penal no basada en lo absoluto en la *verdad* equivale a aceptar un sistema judicial totalmente arbitrario”.

por los aspectos valorativos o de significación trascendental, que por el estudio del “rol de la verdad y la prueba en el derecho”³³.

Si seguimos a CASTÁN TOBEÑAS³⁴ :“*El Derecho asciende de los hechos y casos de la vida a la norma, para descender después de la norma a los hechos y casos concretos, a través de muchas fases intermedias en las cuales adquiere los matices que le prestan, ora la conciencia individual, ora la conciencia social*”. Puede verse que resulta esencial el proceso de conocimiento de los hechos para la determinación de la verdad en la solución del litigio concreto. Como dice FERRAJOLI³⁵, la sentencia debe fundamentarse en “argumentos cognoscitivos de hecho y re-cognoscitivos de derecho, de cuya aceptación como *verdaderos* depende tanto su validez o legitimación jurídica, como su justicia”.

La justicia del veredicto en un proceso judicial depende de una adecuada investigación de los hechos³⁶. Ha sido demostrado que la actividad probatoria está dirigida a la determinación de la ocurrencia de esos hechos a los que el derecho vincula consecuencias jurídicas y la imposición de esas consecuencias a los sujetos previstos por el propio derecho. De manera que la actividad probatoria tendría la función de comprobar la producción de los hechos condicionantes a los que el derecho vincula consecuencias jurídicas. Apréciase que se está hablando no de la verdad del hecho, sino si él existe o no. Lo que puede investigarse es si el hecho existió o nunca existió. El hecho en sí tampoco podría probarse, en el sentido que éste, una vez que ocurrió, no puede ser reproducido mediante la experiencia, dado que forma parte del pasado³⁷. Percíbese que al ejecutarse los medios probatorios en el proceso tendremos resultados indicantes en torno a la existencia o no del hecho, y acerca de la verdad o falsedad de los enunciados por las partes.

La doctrina mayoritaria³⁸ asume que el objeto de prueba o lo que debe comprobarse en el litigio a través de los medios probatorios, no es la veracidad del hecho, ni el hecho en sí, sino la veracidad de la afirmación de la existencia de un hecho. Expresa ANDRÉS IBAÑEZ³⁹ que “el juez se entiende no directamente con los *hechos* como tales, sino con proposiciones relativas a los hechos, con *representaciones cognoscitivas* que denotan algo acontecido en el mundo real”.

Así pues, que el objeto de la prueba no son los hechos sino las afirmaciones que de los mismos hacen las partes en el proceso. Siguiendo a

³³ FERRER BELTRÁN, Jordi (2007), *La valoración racional de la prueba*, Madrid: Editorial Marcial Pons, en “Prólogo”, de LAUDAN, Larry, p. 16.

³⁴ CASTÁN TOBEÑAS, José (1987), *Derecho Civil Español, Común y Foral*, T. I, Introducción y Parte General, Vol. 2º, Teoría de la Relación Jurídica, 14ª Edición, Madrid: Editorial Reus, p. 18.

³⁵ FERRAJOLI, Luigi (1995), *Derecho y razón: Teoría del Garantismo Penal*, ob. cit., p. 61.

³⁶ FERRER BELTRÁN, Jordi (2007), *La valoración racional de la prueba*, Madrid: Marcial Pons, p.15

³⁷ UBERTIS, Giulio (1992), “La ricerca della verità giudiziale”, en *La conoscenza del fatto nel processo penale*, Milano: Giuffrè Editore, p. 10, COMANDUCCI, Paolo (1992), “La motivazione in fatto”, en *La conoscenza del fatto nel processo penale*, ob. cit. p. 236.

³⁸ Por todos GUZMÁN, Nicolás (2006), *La verdad en el proceso penal. Una contribución a la epistemología jurídica*, Buenos Aires: Editores del Puerto, p. 18

³⁹ ANDRÉS IBAÑEZ, Perfecto (2007), “Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal”, en la obra *En torno a la jurisdicción*, ob. cit. p. 184.

SENTIS MELENDO⁴⁰, “La prueba es la verificación de afirmaciones formuladas por las partes, relativas, en general, a hechos y excepcionalmente a normas jurídicas, que se realizan utilizando fuentes las cuales se llevan al proceso por determinados medios”.

En nuestra tesis sostenemos que la prueba sí tiene una función cognoscitiva, en el sentido de que por su intermedio puede determinarse la probabilidad de verdad de una hipótesis determinada. Tiene, indudablemente, una función demostrativa en cuanto enseña sustentabilidad mostrando que existen elementos o razones suficientes para asumir una afirmación como fundada⁴¹.

Obsérvese que en el planteamiento que se hace subyacen diversos puntos relativos a la epistemología. En primer lugar, la investigación de las fuentes, es decir, en donde quedó impreso el hecho que se afirma – descubrimiento y manejo de las fuentes de conocimiento-; en segundo lugar, los descriptores del hechos y como puede darse su traslatividad –conocimiento factual-; y en tercer lugar, los procesos de decisión, selección y evaluación de la pertinencia de los conocimientos disponibles para la solución del problema planteado en el caso concreto –racionalidad-. Sobre este último aspecto diremos que los jueces, en general los litigantes, no están conscientes de la densidad de las cuestiones epistemológicas y la notable complejidad de los procesos lógicos que se deben hacer en el más elemental de los razonamientos para producir una decisión racional justa.

Obliga concluir, que a pesar de la importancia de la determinación del conocimiento y la verdad en el proceso, esto es, de la aplicación de la epistemología judicial, para denominarla de alguna forma, ha sido ignorada, desatendida tanto por los filósofos del derecho como por los procesalista y penalistas. Se han olvidado las bases epistemológicas y los métodos para conocer con validez.

Nos parece conveniente citar al prologuista de la obra de FERRER BELTRÁN⁴², que escribe:

“Nadie con un mínimo sentido de la responsabilidad intelectual, se plantearía escribir sobre la filosofía de las matemáticas sin hablar extensamente sobre la naturaleza de la prueba matemática. Tampoco nadie escribiría sobre la filosofía de las ciencias empíricas evitando sistemáticamente abordar la naturaleza del experimento o de la corroboración de hipótesis. Sólo en el derecho nos encontramos ante el espectáculo de una forma casi universal de búsqueda cuyos principios teóricos (entre ellos: AUSTIN, KELSEN, DWORKIN y RAZ) no se esfuerzan por resolver cuándo es sólida la pretensión del proceso de ser capaz de separar la verdad y el error”.

En un Estado social y constitucional de derecho resulta inadmisibles que la declaración en la decisión judicial de hechos probados sea producto de un momento místico y/o insusceptible de control racional. Hoy día, en un Estado constitucional de derecho debe admitirse el control racional de la sentencia

⁴⁰ SENTIS MELENDO, S. (1978), *La prueba*, Buenos Aires: Editorial EJE, p. 16

⁴¹ TARUFFO, Michelle (2002), *La prueba de los hechos*, ob. cit. pp. 441 y ss.

⁴² FERRER BELTRÁN, Jordi (2007), *La valoración racional de la prueba*, ob. cit. p. 16

como garantía para el justiciable. Se sabe que es imposible obtener la verdad absoluta, y que la aplicación de métodos inductivos en el conocimiento de los hechos no produce resultados infalibles, por lo que necesariamente tiene que introducirse –institucionalmente- todas las garantías epistemológicas para el descubrimiento y la justificación de la declaración de hechos probados⁴³. Más aún deben existir fundamentos ético-políticos y axiológicos en las reglas de la verificación de la verdad y la apreciación de los elementos de conocimiento.

Volviendo a nuestra apreciación inicial es indiscutible que la sociedad se ha transfigurado en una compleja red de relaciones. Esto tiene consecuencias en el resguardo de los derechos de las personas. La complejidad social se manifiesta en lo productivo, en lo cultural, en lo jurídico, en lo económico, en lo comunicacional e incluso en el desarrollo de la personalidad. Júzguese que en los momentos actuales se habla de que vivimos en una sociedad de riesgo, lo cual implica que cualquier circunstancia puede afectar los derechos primarios de la persona humana, por ejemplo, integridad, vida, honor, etc.

Así las cosas, vemos que en la sociedad contemporánea se dan muchos resultados lesivos –a la vida, a la integridad física, etc.- producto de conductas humanas y que la víctima no identifica que le fue causado por dicha conducta debido a la ignorancia o dificultad de establecer la relación causal, o porque el nivel del conocimiento social no ha llegado el descubrimiento causal de ese fenómeno, produciéndose obviamente, un vacío de conocimiento. Aun no hemos ideado las formas garantistas de construir unas hipótesis y su manera de contrastarlas y verificarlas para tomar una decisión racional.

HASSEMER⁴⁴ califica a éste como un “problema moderno” que “la jurisprudencia ha resuelto flexibilizando las estructuras de imputación en el ámbito de la causalidad (donde se ha deformado el concepto penal de causalidad y subjetivizado la prueba, al dejar de exigir el conocimiento cierto de las condiciones del daño y conformarse para afirmar la relación causal con una cierta conexión entre producto y daño y la falta de una aclaración como alternativa plausible”. Con ello se afecta la seguridad jurídica y los principios de certeza, imputación objetiva; además que se sacrifican, principios y garantías – entre ellos, el de la garantía de la verdad-.

Obsérvese, entonces que los criterios sobre la causalidad y la prueba de la misma, en los casos de curso causal complejo –por ejemplo, ambientales, productos nocivos, etc.-, que habitualmente utilizan la jurisprudencia y doctrina, se revelan como insuficientes e ineficaces, de lo que puede deducirse que las decisiones judiciales en donde aplique el concepto tradicional de causalidad se estarían basando más en intuiciones que en auténticos fundamentos de naturaleza probatoria, con lo que se estaría violando garantías constitucionales fundamentales como la tutela efectiva y el debido proceso.

Recordemos que hay *curso causal complejo*, aquel en el cual es difícil establecer todos y cada uno de los pasos de la sucesión en un orden probado que esté regido por alguna conexión científicamente plausible o por razonamiento lógico con base a hechos probados. La complejidad viene

⁴³ GASCÓN ABELLÁN, Marina (1999), *Los hechos en el derecho: Bases argumentales de la prueba*, ob. cit., p. 8.

⁴⁴ HASSEMER, Winfried (1992), “Rasgos y crisis del Derecho Penal Moderno”, en ADP, N° 1, p. 246.

determinada fundamentalmente: 1) por tratarse de cadenas causales escasamente conocidas en cuanto a sus detalles, aun cuando se conozca el inicio y la consecuencia -ejemplo: reacciones bioquímicas en el cuerpo humano-, o 2) por estar estas cadenas causales múltiples y entrelazadas entre sí, que cada una de estas causas no co-determina el resultado, sino que, según su nivel de interacción con otras cadenas causales, produce uno u otro resultado, por la complejidad de los sistemas sobre los que le factor externo actúa –ejemplo: Los gases de vehículos y el fumador, con relación al cáncer-.

Es obligatorio, con base a los principios y garantías constitucionales, pensar en las siguientes preguntas:

1.- ¿Cómo debe comportarse un tribunal juzgador en aquellos casos en los que ha de enjuiciar un hecho sobre el que -parcial o totalmente- faltan unos conocimientos científicos suficientes y aceptados como válidos?

2.- ¿Basta, para el establecimiento entre ambos de una relación de causalidad a los efectos de sentencia condenatoria, con la comprobación de la sucesión repetida de una factor -acción humana- y de una consecuencia -resultado lesivo-, siempre que no sea posible hallar otra explicación más convincente para dicha consecuencia? ¿O es necesario, por el contrario, para ello que se puedan fijar suficientemente todos los pasos intermedios de la cadena causal, que conectan ese factor y esa consecuencia?

3.- Más aún, ¿basta con que esa sucesión repetida de un factor y de una consecuencia sea comprobada en un número estadísticamente relevante de casos?

A mi juicio la primera, acerca del comportamiento del juzgador, éste tiene que realizar una interpretación de las condiciones epistemológicas para que un conocimiento tenga fuerza de suficiente y cierto, por supuesto, en el marco del conocimiento socialmente alcanzado. Es obvio, que bajo este contexto debe hacerse una distinción entre cuestiones de hecho y cuestiones de derecho en la sustanciación del proceso penal. Nótese que nos referimos es el hecho de la relación causal, porque sucede que en ese mismo hecho hay que examinarse dos tipos de leyes: a saber, el de norma que es una proposición prescriptiva, y la ley fenoménica que es una proposición descriptiva. El problema se trata de enunciar y justificar la correspondencia entre los hechos de la norma y los hechos descriptivos de la ley causal. Lo que en última instancia se trata de valorar hechos bajo dos perspectivas, lo que le da una peculiaridad al problema causal.

¿Cuál es, entonces, la peculiaridad del problema causal, frente a otras “*cuestiones de hecho*”? A mi entender estriba en el hecho de que el conocimiento acerca de la relación de causalidad es, siempre de carácter indiciario. Esto es, que la constatación de la existencia de una relación causal entre acción y resultado no puede en ningún caso deducirse simplemente de la mera observación empírica, sino que exige la aplicación de inferencia. Comenta Gómez Benítez –causalidad- y en el mismo sentido Larenz –metodología-, que no basta con observar los fenómenos sensorialmente observables para comprender las conexiones causales -el disparo y la muerte, la adulteración de un alimento y la intoxicación-, sino que ello sólo es posible cuando se posee un cierto método de análisis de tales percepciones, método

destinado a establecer ciertas conexiones, precisamente relaciones causales, entre unos y otros de los fenómenos percibidos⁴⁵.

Aquí se está hablando es inferencia inductiva. Incuestionablemente, se avanza a través de sucesivas inferencias, pero en un plano de verificaciones o refutaciones. Es aceptado en la comunidad científica⁴⁶ que una proposición empírica –inferencia inductiva- no puede decirse que es verdadera o falsa, pues no es posible afirmar su verdad absoluta, sino que está o no confirmada. De tal suerte que la inducción encuentra entonces en la probabilidad su justificación, en lo particular en el proceso judicial, la probabilidad lógica⁴⁷. Se trata de encontrar grados de confirmación con los elementos de prueba, de manera que su grado de confirmación suministra una medida de la probabilidad de su verdad. Cuando hay exigencia de pluralidad de indicios se está pidiendo grados interrelacionados de confirmación.

Queremos advertir que, dado el nivel alcanzado de las ciencias fácticas y de las ciencias culturales, es imprescindible apartarse de la concepción clásica de prueba, de manera que siguiendo un poco la tesis de STEIN⁴⁸ y lo sostenido por FERRAJOLI⁴⁹, que ninguna prueba da por probado un hecho sino que de cualquier de los medios de prueba practicados lo que surgen son indicios, se refiera aquél al *thema probandum* o no. Obviamente, con esta concepción cobra fuerza importante la denominada prueba indiciaria. En este sentido, vale afirmar que no hay *pruebas* que sean tales en sí, sino que hay elementos de prueba a los cuales, en el caso concreto, se les reconoce o niega, la capacidad de convalidar o refutar una hipótesis sobre la base de un análisis racional⁵⁰.

Esto determina que el juzgador debe comprender con claridad el proceso de conocimiento indiciario. En primer lugar, no deben confundirse los datos empíricos u observaciones empíricas, que podemos llamar hechos indicantes con el indicio, es apenas un elemento; en segundo lugar, no se puede equiparar prueba indiciaria con conjeturas, sospechas o intuiciones o prueba basada (hecho base) en naturaleza probabilística, distinto es que probado el hecho base o indicante usemos la prueba probabilística para inferir el hecho desconocido; en tercer lugar, el razonamiento indiciario debe basarse en requisitos de existencia y validez como: a) Pluralidad de indicios, b) Precisión de que tales hechos-base estén acreditados por prueba de carácter directo, c) Necesidad de que sean periféricos o concomitantes respecto al dato fáctico a probar, d) Interrelación en cuanto esta misma naturaleza periférica exige que los datos estén relacionados con el hecho nuclear precisado de prueba, sino también interrelacionados, e) Racionalidad de la experiencia (máximas de experiencia, aplicación correcta de la lógica y el método científico

⁴⁵ BUNGE, Mario (1973), *La investigación científica*, 3ª Edic, Barcelona: Edit. Ariel, pp. 717 y ss

⁴⁶ POPPER, Karl (1967), *El desarrollo del conocimiento científico. Conjeturas y refutaciones*, Buenos Aires: Editorial Paidós.

⁴⁷ Entre otros TARUFFO, Michelle (2002), *La prueba de los hechos*, ob. cit. pp. 298 y ss. GASCÓN ABELLÁN, Marina (1999), *Los hechos en el derecho: Bases argumentales de la prueba*, ob. cit. 22.

⁴⁸ STEIN, Friedrich (1999), *El conocimiento privado del juez*, 2ª Edición, Bogotá: Editorial Temis, pp. 7-19.

⁴⁹ FERRAJOLI, Luigi (1995), *Derecho y razón: Teoría del Garantismo Penal*, ob. cit., p. 130.

⁵⁰ GUZMÁN, Nicolás (2006), *La verdad en el proceso penal. Una contribución a la epistemología jurídica*, ob. cit. p. 14.

crítico), f) Expresión de la motivación del cómo se llegó a la inferencia -cómo se dan los niveles de relación entre los hechos probados y los hechos develados-.

Se trata, de que el dato precisado – en nuestro caso la conexión de causalidad- no es establecido directamente a través de la percepción sensorial -sin caer en el extremo del empirismo craso-, sino que es inferido a través de un método de conocimiento más complejo. Dos son los pasos necesarios: fijación de los indicios -prueba indiciaria debe hacerse una valoración de la fiabilidad de los medios de prueba que nos aportan los hechos indicantes, en caso de datos empíricos de observación científica el tribunal debe sujetarse en todo caso a las reglas metodológicas y epistemológicas de la ciencia empírica correspondiente⁵¹, por ejemplo, la prueba química de identificación de elementos-, y el de inferencia -esquemáticamente sería el resultado X ha sido causado por el factor Y, derivado de una acción de A-, aquí tiene que mirarse además las características de la acción y si es subsumible en los supuestos de la norma. Hay que tener atención en la diferencia entre la aplicación de instrumentos para obtener hechos indicantes o indiciarios de nivel inferior como máximas de experiencia, reglas de la lógica o reglas de tasación legal y la inferencia de la relación causal, pues, en esta última debe haber una fundamentación suficiente con aplicación del método científico.

En los casos de hechos científicos, los tribunales, a mi juicio, al estar establecidas leyes fenoménicas científicamente válidas que afirman una relación de causalidad, deben estar vinculados a la misma. Cualquier decisión en otro sentido sería violador de las garantías constitucionales, porque supone irracionalidad, inseguridad jurídica y arbitrariedad. No puede haber un método arbitrario en ninguna de las ciencias que le permita, por ejemplo, al juez concluir -sobre hechos- acerca de aquellos que al científico no le está permitido. El juez trabaja sobre hechos lo que significa que está sometido a las reglas de constatación y contrastación existentes -vulgares y científicas-. Algunos pensarán en donde está la discrecionalidad del juez. Quizá debemos recordar que discrecionalidad no significa nunca arbitrariedad, ni siquiera plena libertad, sino únicamente la atribución de un margen de decisión dentro de unos parámetros blindados por la racionalidad, la lógica, las máximas de experiencia y el conocimiento social. Así la racionalidad de la decisión significa que el juez está plenamente vinculado en su apreciación de los hechos a aquellas reglas que dictan lo que es o no racionalmente aceptable, sin inferir más allá, sin hechos probados.

Estos son problemas que obviamente son atinentes a las reglas de la epistemología y que son necesarias conocer para la aplicación del derecho. No debe olvidarse que en el proceso general de conocimiento ocurren barreras que limitan el avance del mismo, a esto puede llamarse obstáculos epistemológicos –algunos lo llaman quiste epistemológico debido a un enraizamiento en la ideología científica-, en nuestro caso del proceso judicial hay un aferramiento a conceptos viejos y contradicciones aparentes que impiden una nueva perspectiva epistemológica judicial.

⁵¹ CALVO GONZÁLEZ, José (1998), *El discurso de los hechos*, 2ª Edición, Madrid: Editorial Tecnos, p.57. “Se ha defendido también el valor epistemológico del paradigma indiciario o semiótico en la Medicina como prognosis y diagnosis para el conocimiento del pasado, presente y futuro probable,...”.

Uno de estos quistes epistemológicos es relacionar la verdad judicial con la historia, en especial con los estereotipos que caracterizan las distintas formas de proceso, como si el proceso inquisitorio apuntara a la verdad *material*, y el acusatorio se contentara con la verdad *formal*, ignorando así que dejar el valor de la verdad al proceso inquisitorio, que lo persigue en un contexto autoritario, cerrado al diálogo y con fuertes restricciones de las libertades fundamentales, es un grave error⁵². En el acusatorio se parte de una relación dialéctica de afirmación-refutación, en el cual la prueba se forma en el debate oral, contradictorio y público, con aseguramiento de las garantías procesales, entre ellas que la condena es porque los hechos juzgados corresponden a la realidad, esto es, una garantía de verdad.

Otro quiste epistemológico es oponer a la búsqueda de la verdad la imposibilidad práctica de alcanzarla debido a las múltiples reglas que condicionan la averiguación de la verdad. La verdad es que no hay modelo, llámase inquisitivo o acusatorio, que no contenga límites o reglas para la admisión, práctica o valoración de la prueba. Estos límites constituyen un condicionamiento a la indagación de la verdad. Expresa MUÑOZ CONDE⁵³ que: *“Esto no quiere decir, sin embargo, que el proceso penal tenga que renunciar, por principio y desde un principio, a la búsqueda de la verdad material entendida en el sentido clásico como adecuatio rei et intellectu, sino solamente que tiene que atemperar esa meta a las limitaciones que se derivan no sólo de las propias leyes del conocimiento, sino de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y de las normas, formalidades e “impurezas” del proceso penal”*.

Otro quiste epistemológico es confundir garantismo con verdad formal procesal. El garantismo está referido al respeto de la dignidad humana y el resguardo de los derechos y garantías de la persona. La verdad formal procesal surgida de las formas procesales sin correspondencia con la realidad objetiva conduce a la decisión apartada de la justicia, porque privara la destreza y la desigualdad material. Un auténtico garantismo debe procurar la verdad, en el proceso penal, como garantía del derecho fundamental de presunción de inocencia.

Parece atrevido calificar de infeliz la antítesis de contradictorio versus búsqueda de la verdad, que ha planteado alguna corriente garantista, pero no es así, porque el contradictorio lejos de entrar en conflicto con la consecución de la verdad, por el contrario la tutela⁵⁴. El debate de iguales en el proceso permite descubrir lo oculto

Por otra parte, en la confusión del garantismo con las ideas decimonónicas del liberalismo, no se percibe que la ciencia avanza y que el derecho como ciencia cultural adviene a nuevas formas, entre ellas, a una

⁵² IGARTUA SALAVERRIA, Juan (2008), “Algunas incidencias de los principios de *contradicción* e *inmediación* en el razonamiento probatoria, en obra colectiva *Oralidad y Proceso*, Medellín: Universidad de Medellín, p. 27.

⁵³ MUÑOZ CONDE, Francisco (1999), *La búsqueda de la verdad en el proceso penal*, 2ª Edición, Buenos Aires: Editorial Hammarabi-José Luis Depalma Editor, p. 107.

⁵⁴ IGARTUA SALAVERRIA, Juan (2008), “Algunas incidencias de los principios de *contradicción* e *inmediación* en el razonamiento probatoria, en obra colectiva *Oralidad y Proceso*, ob. cit. p. 27. En el mismo sentido GUZMÁN Nicolás (2006), *La verdad en el proceso penal. Una contribución a la epistemología jurídica*, ob. cit. p.

cultura comprensiva y autorreflexiva de los derechos fundamentales, que busca los más avanzados mecanismos de protección. Uno de ellos es la exigencia moderna de la decisión racional en el proceso judicial.

Como garantía de los derechos fundamentales algunas constituciones⁵⁵ y las leyes procesales exigen la motivación de las sentencias. De suerte que la motivación es una opción que ha tomado el constituyente y el legislador en la que subyace una *teoría del proceso y del conocimiento procesal*⁵⁶.

Se ha dicho que la sentencia es “el acto decisorio de un proceso de cognición”⁵⁷. Eso significa que la misma se ha formado en un proceso complejo de conocimiento. Es posible asumir que la sentencia es un proceso de interpretación de hechos y aplicación del derecho. Tanto es un juicio lógico como una expresión de voluntad, pero en su elaboración conciertan múltiples críticos que demuestran su carácter complejo⁵⁸.

Es indudable, que el aspecto externo de la sentencia no revista mayor inconveniente, pero el estudio de la formación interna si reviste gran dificultad⁵⁹. En la formación se expresa un fenómeno de la mente humana – reflexión, comprensión, interpretación, conocimiento, etc.-, que de por sí son diversos y complejos los factores que lo determinan o sobredeterminan, que los intentos de explicación no son aceptados pacíficamente.

Algunos han pretendido explicar la formación interna de la sentencia bajo un esquema simple de silogismo judicial. Expresando que dicha estructura se conforma por una premisa mayor, compuesta por las normas jurídicas; una premisa menor, que se manifiesta por los hechos concretos alegado y probados, y una conclusión, que es la consecuencia jurídica concreta resultante de encajar el hecho en lo previsto en la norma. En la aplicación del silogismo se trata de subsumir las circunstancias que se consideran probadas a las realidades que establezcan las normas pre-existentes.

GUASP se opone al simple esquema del silogismo. Expresa que no se puede reducir a fórmulas esquemáticas que pretenden tener validez general. Agrega que es muy simplista reducir el complejo de operaciones racionales que forman parte de una sentencia a un silogismo integrado por dos premisas y una conclusión. Sostiene que cada una de las premisas debe estar integrada por otras figuras análogas, desdoblando las premisas que la componen, estableciendo múltiples cadenas lógicas, con enlaces entre sí⁶⁰.

Estos enlaces que se van construyendo constituyen proposiciones en el sentido lógico, lo cual conforma la argumentación. Debe examinarse que en la

⁵⁵ Vid. Artículo 120.3 Constitución de España, establece. “Las sentencias serán siempre motivadas y se pronunciarán en audiencia pública”.

⁵⁶ IGARTUA SALAVERRIA, Juan (2008), “Algunas incidencias de los principios de *contradicción* e *inmediación* en el razonamiento probatoria, en obra colectiva *Oralidad y Proceso*, ob. cit. p. 40.

⁵⁷ GUASP D., J y ARAGONESES, P. (2002). *Derecho Procesal Civil*. 5ª Edición. Madrid: Editorial Civitas, tomo I, p. 502.

⁵⁸ GOZAÍNI, Osvaldo A. (1999), *Teoría General del Derecho Procesal*, Buenos Aires: Editorial Ediar. p. 242.

⁵⁹ ORTELLS RAMOS, Manuel (2005), *Derecho Procesal Civil*, 6ª Edición. Navarra: Editorial Aranzadi, p. 426.

⁶⁰ GUASP D., J y ARAGONESES, P. (2002). *Derecho Procesal Civil*. 5ª Edición. Madrid: Editorial Civitas, tomo I, pp. 502-503.

sentencia también confluye la interpretación, la cual se da, por una parte, sobre los hechos y, por otra, sobre el contenido y alcance de las normas, que en principio deben ser interpretadas conforme a los principios y valores constitucionales⁶¹.

ROBERT ALEXY⁶², rechaza la concepción de la sentencia como producto del silogismo judicial, expresando que en todo argumento judicial –parte del discurso jurídico-, es preciso realizar valoraciones ético-sociales, en las cuales, la finalidad es alcanzar un criterio correcto sobre la base de convicciones morales imperantes en el grupo social. Es posible pensar que el juez, no sólo desde el punto de vista ideológico, sino desde la conformación de su discurso aprendido está inmerso en el discurso práctico general, lo que no impide que en momentos de crisis puedan existir rupturas epistemológicas. Es obvio, como lo señala el autor *in comento* que en la decisión judicial entra en juego el juez humano, su idea de justicia, su preparación académica, su formación humanística y su compromiso social.

De lo expuesto hay que asumir, en primer término, que la formación interna de la sentencia no sólo está integrada por juicios lógicos, sino también por juicios históricos (para determinar la existencia de los hechos y de la norma) y por juicios de valor (elección de posibilidades interpretativas, integración de conceptos jurídicos indeterminados, etc.), y, en segundo término, que no se puede pretender explicar el juicio jurisdiccional en toda su complejidad.

En esencia la valoración de los medios probatorios producidos en juicio es quizá la función más importante en el proceso, puesto que sobre esa base se toma la decisión judicial. Decía JEROME FRANK citado por MORELLO⁶³ “ninguna decisión es justa si está fundada sobre un acertamiento errado de los hechos”. Por ello, acoger un sistema de valoración de las pruebas en un ordenamiento jurídico, es en principio una responsabilidad del legislador, ya que es quien elabora las normas que pretenden asegurar la verdad y eliminar el error, en procura de lograr la ecuación certeza-verdad. Obviamente, que escogido un determinado sistema por el legislador, la responsabilidad se traslada al juez en el análisis del caso concreto, pues, es él quien tiene que aplicar el sistema probatorio y ajustar su decisión a la verdad-justicia. Puede decirse, entonces con MORELLO⁶⁴ que “la decisión de fondo constituirá una aplicación eficazmente válida de la ley cuando objetivamente se encuentre acertada la verdad de los hechos”.

Debe tenerse presente que en la práctica judicial puede ocurrir, que una proposición sobre un hecho relevante para una causa judicial disponga en el proceso de elementos de juicio suficientes a su favor y que, en cambio, sea falsa. Por supuesto, también puede suceder que la proposición sea verdadera. Y, por otro lado, puede ocurrir que una proposición verdadera sobre un hecho

⁶¹ ESCOVAR LEÓN, Ramón (2001), *La motivación de la sentencia y su relación con la argumentación jurídica*, Caracas: Edita Academia de Ciencias Sociales y Jurídicas, pp. 46-49.

⁶² ALEXY, Robert (1995), *Teoría del discurso y derechos humanos*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

⁶³ MORELLO, Augusto (2001), *La prueba: tendencias modernas*. 2ª Edic. Buenos Aires: Edit. Librería Editora Platense, p. 40

⁶⁴ IDEM.

relevante para una causa judicial no disponga de elementos de juicio suficientes a su favor o bien que si disponga de ellos⁶⁵.

Además, no soslayar la temática ideológica en la formación y desarrollo del razonamiento probatorio. Allí, funcionan un conjunto de ideas preconcebidas y apreciaciones que indudablemente sobredeterminan las conclusiones, o al menos opacan el razonamiento lógico.

La apreciación del resultado de las pruebas para el convencimiento del juez no debe ser empírica, fragmentaria o aislada, ni ha de realizarse considerando aisladamente cada una de las pruebas, ni separarse el resto del proceso, sino que debe comprender cada uno de los elementos de prueba y su conjunto, es decir, todo el acervo probatorio que surge en el proceso. Debe tenerse en cuenta que el resultado particular de un medio probatorio puede, junto a otros tomar un significado distinto⁶⁶.

El deber del juez de motivar la sentencia tiene un correlato con el derecho del justiciable de conocer porque se le sentencia. Se trata de un aspecto del debido proceso que configura para el ciudadano un derecho. No solo se ampara en el debido proceso sino que forma parte de la tutela efectiva. El justiciable tiene que saber exactamente porque la sentencia obra en su contra, pues, este conocimiento le permite fundamentar la impugnación de la decisión y solicitar su anulación o corrección.

Así pues, la motivación constituye un elemento crítico, valorativo y lógico, que consiste en el conjunto de razonamientos de hecho y de derecho en que el juez apoya su decisión. En la doctrina venezolana CUENCA⁶⁷ expresa que “la motivación es un conjunto metódico y organizado de razonamientos que comprende los alegatos de hecho y de derecho expuestos por las partes, su análisis a la luz de las pruebas y de los preceptos legales y el criterio del juez sobre el núcleo de la controversia”.

La declaración de hechos probados con base a qué pruebas es un requisito de contenido de las sentencias, que ha de cumplirse en todas ellas y en todos los órdenes jurisdiccionales. El juez en su sentencia deberá estar en correspondencia con los hechos y las pretensiones aducidas en la demanda y en la resistencia. Por ello, deberá indicar que hechos están probados y cuáles no. Deberá expresar en ese sentido la relación existente entre los medios de prueba practicados y los hechos que han sido declarados probados. La verdadera motivación exige precisar, con relación a cada hecho probado, el medio de prueba del que se ha extraído la certeza sobre el mismo.

El juez debe hacer un *discurso o argumentación fáctica probatoria*, cuando valora la prueba, es decir, debe explicar las reglas de experiencia que aplica⁶⁸. Cuando se está con el sistema de sana crítica, y que no exista una regla legal de valoración, la relación entre un hecho probado y un medio de prueba deberá expresarse la máxima de experiencia en virtud de la cual el juzgador atribuye credibilidad a la fuente de prueba. No será suficiente la

⁶⁵ FERRER BELTRÁN, Jordi (2005), *Prueba y verdad en el derecho*, ob. cit. p. 36.

⁶⁶ FLORIAN, Eugenio (1995), *De las pruebas penales*, Bogotá: Editorial Temis, pp. 357 y ss.

⁶⁷ CUENCA, Humberto (1980), *Curso de Casación Civil*, Caracas: Edita Universidad Central de Venezuela, p. 132.

⁶⁸ PARRA QUIJANO, J. (2002). “La prueba penal”. en obra colectiva *La prueba en homenaje a Devis Echandía*. ob. cit. p. 644.

narración, sino que se debe dar cuenta de las razones porque se decidió en uno u otro sentido.

Compartiendo lo sostenido por IGARTUA⁶⁹ se puede afirmar que la sentencia ha de poseer un contenido *informativo* y un contenido *argumentativo*; esto es, la sentencia antes que explicar debe informar indicando todos los elementos de prueba -exhaustividad- producidos en el proceso y que son o no relevantes para la decisión; por que la informaciones precondición para la racionalidad de la motivación.

La prueba y la enseñanza de probar

Debe decirse, sin temor de equívocos, que en la forma actual de enseñanza del Derecho Procesal, en pregrado y postgrado, no se enseña a probar. Lo que se enseña es la parte instrumental, la reglamentación como probar. Se contiene en los diseños curriculares las formas procesales de probar y lo relativo a las reglas para la ejecución de los medios probatorios en proceso, pero no lo que deben trasladar y el descubrimiento de la huella, signo, marca o vestigio del hecho. No se enseña a descubrir.

Lo que se ha enseñado es Derecho probatorio, esto es, el conjunto normativo que regula la actividad probatoria en el proceso, especialmente sobre las reglas de admisibilidad, ejecutoriedad y valoración, pero no sobre la investigación de los hechos, la interpretación de los mismos y su descripción⁷⁰.

Consideramos, acompañando los fundamentos teóricos de MUÑOZ SABATÉ⁷¹, que en la enseñanza del derecho de probar, en especial en postgrado, debe distinguirse la probática del derecho probatorio. Lo que se trata, es precisamente, que el jurista aprenda a generar un proceso de conocimiento sobre los hechos que presentará como fundamento de su pretensión o de su resistencia. Ello permitirá que se presente “la razón narrativa”, esto es contar los “hechos en acción”, dado que para justificar acerca de la ocurrencia histórica se parte de la narrativa fáctica simple: *qué ocurrió* –qué, quién, dónde, cuándo, con qué medios-, hasta alcanzar la narrativa compleja *cómo ocurrió* –por qué, e incluso para qué de lo que sobre ellos se cuenta-, lo que equivale a una composición consistente y lógica de los

⁶⁹ IGARTUA SALAVERRIA, Juan (2008), “Algunas incidencias de los principios de *contradicción* e *inmediación* en el razonamiento probatoria, en obra colectiva *Oralidad y Proceso*, ob. cit. p. 54.

⁷⁰ RIVERA MORALES, Rodrigo (2006), “La relación de causalidad”, en Jornadas de Derecho Procesal, Barquisimeto: IJDEJ. “Esto supone, 1) la descripción y los hechos del fenómeno que ha de ser explicado (resultado) (en los casos de ley causal determinística, ésta debe explicar el resultado en su concreta configuración) “*Con el suministro de la sustancia “S” se produce una lesión de los vasos sanguíneos mayores y menores, que provoca edema pulmonar, esclerodermatosis, afecciones del sistema nervioso central y destrucción del periférico, atrofia del músculo esquelético, lesión de las vasos arteriales pulmonares y con ello la muerte*”, 2) la forma que puedan fundamentar una declaración de hechos probados dotada de la suficiente consistencia en cuanto a su motivación y de la suficiente estabilidad en cuanto a la vigencia temporal (se trata de determinar que fue la acción humana “A” la que puso en marcha el curso causal”.

⁷¹ MUÑOZ SABATÉ, Luis (2007), *Introducción a la probática*, Barcelona: Editorial J.M. Bosch, p. 12.

hechos elaborando un discurso interpretable en términos unívocos, que efectivamente cuente los hechos en acción.

La probática es el campo epistemológico factual del derecho a probar. Como toda ciencia, la probática implica tanto una actividad como un cuerpo de conocimientos. Como ciencia enseña a probar pero a la vez observa, describe, define y clasifica los hechos y fenómenos que maneja⁷².

Consideramos, sin pretender caer la rigidez metodológica, que en la enseñanza de postgrado debe hacerse hincapié en el derecho de probar desde el punto de vista epistemológico, lo que supone el estudio de la probática. Esto parte de la necesidad, en la administración de justicia, de establecer garantías epistemológicas para hacer que la declaración de hechos obtenida en el proceso se aproxime lo más posible a la verdad⁷³.

Entrar en el conocimiento y práctica de una nueva forma epistémica de la prueba supone la aspiración real de conocer los hechos efectivamente sucedidos –es el sentido objetivo del conocimiento-, planteando una estrategia de descubrimiento y, no ignorar que en el proceso se alcanza una verdad relativa, parcializada, que obtiene con limitaciones por la existencia de regulaciones procesales.

Es claro que en la estrategia investigativa de postgrado en Derecho Procesal, en específico, sobre el derecho de probar, tiene que desarrollarse sobre la indagación de los paradigmas epistemológicos relativos a la observación –entendiéndola no como la observación de los hechos en el caso concreto, sino en la multiplicidad de casos en los cuales estén presentes hechos del mismo tipo-, a la construcción de la realidad, a la verdad, obviamente, en cuanto a la contrastación y verificación de las afirmaciones factuales de las partes procesales. Evidentemente, en el marco del garantismo constitucional.

Se hace imprescindible que en la enseñanza del derecho a probar, cuestión que no es privativa de él, se afiance la concepción ética de la veracidad. De suerte, que el resultado de un análisis técnico-jurídico que vale la procedencia y conveniencia de introducir ciertas afirmaciones, promover ciertas fuentes y practicar ciertos medios probatorios, no sólo debe examinarse en función del resultado más favorable que se espera, sino además, que debe ser producto de una reflexión de las connotaciones y aspectos éticos involucrados⁷⁴.

En este sentido, en la profundización del derecho de probar hay que reforzar las consideraciones éticas relativas a la prueba, tal como el deber de decir la verdad sobre los hechos, ofertar fuentes ciertas y confiables, promover los medios probatorios idóneos y pertinentes, no fundamentarse en prueba ilícita, y no pedir práctica de medios de prueba inútiles y que obstaculicen o dilaten el normal desenvolvimiento del proceso.

⁷² IDEM.

⁷³ GASCÓN ABELLÁN, Marina (1999), *Los hechos en el derecho: Bases argumentales de la prueba*, ob. cit. p. 44.

⁷⁴ TAVOLARI OLIVEROS, Raúl (1998), "Enseñanza del Derecho Procesal", en *XVI Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*, Brasilia: Instituto de Directo Procesual, p. 202.

Finalmente, nuestra propuesta de promover en los estudios de postgrado la investigación acerca de la búsqueda de una teoría racional de la actividad probatoria, desde el descubrimiento hasta la justificación, desde la investigación y práctica hasta la valoración, deber estar inscrita en una nueva epistemología, en términos de progreso del conocimiento. Un poeta lo ha captado con audacia de sus imágenes: solo cuando Cristóbal Colón descubrió América, la tierra convencida que era redonda se puso por fin a dar vueltas. Entonces se detuvo la rotación de los cielos, las estrellas fijas se convirtieron –durante los cuatro siglos que esperaron a Einstein – en señales de un espacio absoluto. Era necesario que el hecho de la rotación de la tierra se convirtiera en un pensamiento racional, y se aplicase en otros terrenos, para que fueran destruidas todas las pruebas de la inmovilidad de la tierra encontradas en la experiencia común.

Lima, Octubre de 2008