

DISQUISICIONES TEÓRICAS ACERCA DE LOS HECHOS Y LA VERDAD EN EL PROCESO

Andrés Cruz Mejía



I. INTRODUCCIÓN

Parece indiscutible que la función del proceso es averiguar la verdad de los hechos controvertidos a efecto de pronunciar una sentencia que decida a cuál de los contendientes corresponde el derecho o los derechos cuestionados, logrando así los fines de la justicia y la pacificación de las relaciones sociales descompuestas. Sin embargo, ha sido una preocupación constante, el precisar si a través del proceso o con ayuda del mismo es posible acceder o no a la verdad de los hechos por quien tiene a su cargo emitir la decisión; sobre todo, tratándose de hechos pasados sobre los que el juzgador solo tiene información a través de los enunciados formulados por las partes que casi siempre los expresan, conforme a sus intereses.

Particular relevancia tienen, en este aspecto, las pruebas que sobre los hechos discutidos aporten las partes o a las que el juzgador pueda acceder conforme al sistema jurídico normativo que corresponda; aunque, la prueba de los hechos, no siempre ha tenido un tratamiento que persiga la obtención de la verdad sobre aquellos que han dado lugar a la contienda y tampoco es, ni ha sido, definitivo que a través de ella se llegue a la verdad.

El florecimiento de la doctrina sobre la prueba en el ámbito jurídico, surge en la época que Acalá Zamora y Castillo¹ identifica como del *procedimentalismo*, posterior al *período primitivo* y al de *la influencia de los prácticos*.

Comenta el autor, que, si bien existen remotos estudios sobre la prueba, entre los que señala las referencias que hace Aristóteles en su *Retórica*, Cice-

¹ ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, *Evolución de la doctrina procesal*, en Estudios de Teoría General e Historia del Proceso, t. II Números 12-30, UNAM-III, México 1992, pp. 293 a 325.

rón en sus *Discursos* o Quintiliano en sus *Instituciones oratorias* y muchos otros en la edad media, en escritos de glosadores y prácticos, el desarrollo teórico del tema inicia a consecuencia del cambio en el pensamiento jurídico que provocan, la revolución francesa y la codificación napoleónica.

El advenimiento del procedimiento ofrece, a nuestro entender a una casusa política, la Revolución francesa, y a otra jurídica, la codificación napoleónica, la primera con honda repercusión sobre el enjuiciamiento criminal y la doctrina de la prueba. En efecto: durante la revolución francesa se forja el proceso penal mixto (por la combinación de materiales que realiza) o anglofrancés (por la procedencia de los mismos), como consecuencia del movimiento filosófico que la prepara y que a espíritus como Voltaire y Montesquieu hizo volver la vista hacia las instituciones judiciales inglesas, donde se mantenía el sistema acusatorio, que en los demás países había sido sustituido, de derecho o de hecho, por el sistema inquisitivo. Ese factor, y la resonancia alcanzada por el célebre opúsculo de Beccaria, determinaron que el proceso penal inglés fuese adoptado y adaptado en Francia durante el período comprendido entre 1789 y 1808, y combinado con instituciones existentes en ella, conduce al referido sistema mixto, que esencialmente se distingue por su división en dos grandes etapas: una de instrucción, de tipo inquisitivo, y otra de juzgamiento, de índole acusatoria, así como por la intervención de un acusador oficial, el ministerio público. Un cambio tan radical en las instituciones, hubo de provocar una renovación forzosa en la literatura, porque la anterior quedó inservible o, por lo menos anticuada. Súmese, siempre en el cuadro del proceso penal, el reemplazo de la prueba legal o tasada, aneja al sistema inquisitivo, por la libre o de conciencia. Entonces, al arrinconarse un método, en términos generales absurdo, pero que reducía el esfuerzo intelectual del juez a una tarea, en gran parte mecánica, de comprobación y contabilidad de requisitos prefijados por la ley, se hacía necesario suministrar al juzgador la preparación indispensable para enfrentarse directamente con la apreciación de la prueba. Ello explica el florecimiento de la literatura probatoria a partir de la citada época, así como también el hecho de que a diferencia de otras zonas, donde la aportación de los procesalistas civiles es incomparablemente superior a la de los procesalistas penales, en materia de prueba contemos con una valiosísima contribución de los segundos.²

Es así que la literatura probatoria alcanza a partir de la primera mitad del siglo XIX un volumen impresionante y origina verdaderos tratados, que con frecuencia rebasan el cuadro del derecho procesal e incluso, más ampliamente, el del derecho, para penetrar en dominios técnicos y experimentales.

² ALCALÁ ZAMORA, *op. cit.*, pp. 303 y 304.

En relación con la verdad de los hechos controvertidos, veremos algunas de las teorías más representativas del florecimiento de la doctrina sobre el derecho probatorio y en seguida algunas consideraciones de la doctrina emanada de autores contemporáneos en relación con estos temas tan preocupantes.

II. TEORÍAS TRADICIONALES

A. LOS HECHOS Y LA VERDAD EN LA TEORÍA DE BENTHAM

Entre el enorme volumen de literatura jurídica que refiere el tema de los hechos y de la verdad en el proceso resulta ineludible la obra de Jeremy Bentham.³

Su “Tratado de las pruebas judiciales” es fundamental para la comprensión del tema. El autor realiza por primer vez un estudio metódico acerca de las pruebas judiciales, desarrolla un capítulo con nociones generales sobre el tema, organiza el estudio acerca de las seguridades y garantías del testimonio, así como de su obtención, hace un estudio interesante acerca de las pruebas pre-constituidas, precisa el concepto de las pruebas inferiores admitidas a falta de otras mejores, expone las causas de exclusión de la prueba, hace un estudio para distinguir lo improbable de lo imposible y concluye con una búsqueda de la producción y de la conservación de las pruebas.

1. CLASIFICACIÓN DE LOS HECHOS

Al referirse a los hechos en el proceso, Bentham procede a clasificarlos empleando para ello una diversa cantidad de criterios, que, al tiempo, requieren de alguna precisión.

Considerando el fin que se persigue, distingue el hecho principal del hecho probatorio. Es principal aquel cuya existencia o inexistencia se pretende probar y es probatorio el que se emplea para la afirmación o negativa del hecho principal.

En verdad sólo lo que él considera como principal tiene la naturaleza de hecho, esto es el acontecimiento fáctico ocurrido en el mundo de la naturaleza o del proceder humano, pues lo que identifica como hecho probatorio se refiere a los medios que pueden emplearse para acreditar la existencia o no del fenómeno fáctico materia de la prueba.

³ BENTHAM, Jeremy, *Tratado de las pruebas judiciales*. Clásicos del derecho probatorio Editorial Jurídica Universitaria, México 2001, pp. 8 a 11.

Distingue también el hecho afirmativo del hecho negativo, sosteniendo que tal clasificación responde al sentido de la proposición.

Es claro que esta distinción no aplica al fenómeno fáctico, sino propiamente a su enunciado y así, el enunciado del hecho será afirmativo cuando se sostenga la realización de un hecho objetivo, y será enunciado negativo aquel que desconoce o niega la realización del hecho.

Atendiendo a un criterio de información, distingue los hechos internos de los hechos externos señalando que los primeros son aquellos que se sólo se obtienen por el espíritu y que serán externos todos los demás.

Esta formulación nos llevaría a asumir una separación entre el sujeto cognoscente y el objeto por conocer, eliminando la relación que existe entre ambos.

Con base en un criterio de percepción distingue los que llama hechos de experiencia de los que denomina hechos de observación diciendo que los primeros son aquellos que el sujeto percibe en sí y los segundos los que percibe fuera de sí, distinción que responde más bien a la idea de hechos propios y hechos ajenos.

Distingue también el hecho físico, como el que se manifiesta a los sentidos externos y el hecho psicológico, señalando que éste sólo se produce en el espíritu. Coincide con la distinción que adelante veremos entre hechos externos y hechos internos o psicológicos.

Hechos que producen prueba en forma directa y hechos que la generan de manera indirecta. Es claro que estos serán únicamente, los que el mismo autor designa como hechos probatorios, excluyendo los que denomina hechos principales.

Por su relación de cercanía con el hecho materia de la prueba, distingue los hechos que pueden servir como prueba en forma directa (aquellos que se encuentran inmediatamente ligados al hecho por probar) de los que pueden generarla en forma indirecta (aquellos que se encuentra más alejado). Se refiere en verdad a medios probatorios y no al hecho mismo que sería materia de la prueba, los cuales, atendiendo a los conceptos: mediato e inmediato, responden a la distinción entre prueba directa y prueba indirecta.

También distingue los hechos simples de los hechos complejos, señalando que los primeros son hechos únicos o los referidos a un solo evento y los segundos se constituyen de manera plural, son un agregado de hechos.

Lo que es complejo no es el hecho, sino en todo caso el enunciado normativo o supuesto hipotético que se construye con diversos componentes y que sólo con la concurrencia de todos ellos se produce la consecuencia jurídica.

Separa los hechos incriminativos de los hechos disculpativos, explicando que son incriminativos aquellos hechos que constituyen cargos en contra

del acusado y justificativos o discolpativos a los van en su descargo, con lo que se refiere más bien a medios probatorios y no al hecho que es materia de la acreditación.

Distingue finalmente, los hechos colativos (que sirven para establecer un derecho) de los ablativos (que implican la cesación de un derecho) con lo que debemos entender que ciertos hechos funcionan como fuentes de derechos y otros como causa de extinción.

2. LA VERDAD EN EL TESTIMONIO

El autor hace referencia al problema de la verdad, analizando las causas psicológicas de la veracidad o falsedad del testimonio, en un estudio que denomina "*visión anatómica del espíritu humano*".

Considera que son las facultades intelectuales y la disposición moral del testigo, las que sirven para identificar si su declaración es verdadera o falsa.

Son bases primordiales de la disposición moral: la veracidad y la atención; lo contrario sería: la mendacidad, la temeridad y la negligencia.

Atribuye la voluntad de mentir a la existencia de un motivo (interés del testigo) y a un hábito que predispone al testigo a ceder a ese interés (falta de probidad).

Entre las facultades intelectuales incluye: la percepción, el juicio, la memoria y la imaginación.

1. *Percepción*: Sostiene que ciertos defectos en la percepción que el testigo haya tenido de los hechos controvertidos, como el no escuchar o no ver bien, el haber sido sujeto pasivo de un engaño, no conocer el idioma, o una escucha poco clara o de frases cortadas y otras condiciones como el lugar y la postura del testigo respecto de los hechos observados, pueden generar graves errores en la declaración.

2. *Juicio*: que el autor identifica como un raciocinio (un nexo entre el sentir y el juzgar), formulado por el testigo ante la percepción de los hechos, puede viciarse por precipitación, ignorancia o falsas opiniones, y advierte el autor que el nexo entre el sentir y el juzgar es tan estrecho que a veces resulta imperceptible, esto es, que la percepción se conforma también por el juzgamiento que en muchas ocasiones impide la objetividad en la percepción. *El error es un atributo del juicio y no de la sensación.*

3. *Memoria*: Aclara que la memoria no admite gradaciones (se tiene o no se tiene el recuerdo); sin embargo, sostiene que la naturaleza del hecho a recordar puede permitir mayor o menor claridad en recuerdo dependiendo de la *vivacidad del hecho* y ésta responde a la importancia del hecho. Los sucesos de poca importancia pasan desapercibidos, sin dejar rastro alguno

en la memoria; en cambio los de gran importancia para el sujeto son imposibles de olvidar.

Por supuesto estas afirmaciones eran válidas cuando la psicología forense no había logrado los avances de hoy en día en cuanto al funcionamiento de la memoria y de la declaración.

Como defectos de la memoria, el autor señala el olvido y los recuerdos erróneos.

4. *Expresión*: Sostiene que la representación del hecho en la memoria del sujeto puede ser fiel, pero la expresión que éste haga de ella errónea. *La incapacidad de expresión puede convertir la memoria del hecho en una aberración.*

5. *Imaginación*: Nos dice que cuando la imaginación ocupa el lugar del recuerdo, los hechos que llegan a la memoria son contrarios a la verdad, es decir son hechos no ocurridos, sino creados por la imaginación y por tanto hechos falsos. *Los novelistas, cuentistas o poetas (story tellers) emplean su imaginación para presentar como reales sus imaginaciones (pueden provocar la creencia en espectros, aparecidos, posesos, vampiros, demonios, etc.)*

También en relación con la veracidad de la declaración, el autor señala cuales son, a su entender, las sanciones por no decir la verdad y estas son, a su entender, de carácter social, moral, religioso o legal, pero ya no entraremos a ellas para no desviarnos del tema.

Sin negar la importancia de esta construcción intelectual para la valoración del testimonio no se aportan los mecanismos o los instrumentos para que el juzgador pueda detectar los vicios que impidan conceder valor probatorio al testimonio o las virtudes que lo justifiquen. No realiza un análisis conceptual de la verdad, sino tan sólo refiere algunas condiciones intelectuales o morales del declarante para considerar que su dicho sea fidedigno o no.

B. LOS HECHOS EN EL PENSAMIENTO DE CARNELUTTI

El genio del profesor italiano no requiere presentación, al decir de Alcalá Zamora⁴ constituye junto con Redenti y Calamandrei un triunvirato de los máximos procesalistas italianos.

En relación con los hechos objeto del debate, Carnelutti califica al hecho como *un trozo del pasado que se separa para hacer su propia historia*. El hecho está ligado al tiempo, nos dice, *es el participio pasado del verbo hacer*.

⁴ ALCALÁ ZAMORA, *op. cit.*, p. 316.

Sabemos que el primer cometido para juzgar es el de reconstruir el hecho; no podría el juez proceder a la comparación del hecho con la hipótesis antes de haberlo reconstruido.

Ahora ha llegado el momento para tratar de entendernos sobre esta palabra, hecho, que es de uso tan común y que tantas veces ha sido escrita ya en éstas páginas, sin aclaraciones, con la absoluta confianza en la intuición de quien la lee y de quien escucha.

El concepto del hecho está ligado al del tiempo; hecho (participio pasivo del verbo hacer) es lo que se hace considerado precisamente como pasado; lo que ocurre, después de haber ocurrido; visto, en suma a posteriori. Por eso el hecho pertenece al pasado. Por eso está también ligado a la historia, precisamente, es reconstruir el pasado. Por eso, el cometido del juez, del cual ahora se habla, es precisamente el de hacer la historia; pequeña historia en comparación con la grande historia, historia de individuos en lugar de historia de pueblos, pero siempre historia en la que el juez y el historiador hacen un tramo de caminos juntos; se valen de los mismos medios y tienden al mismo fin. El hecho es un trozo que se separa o se trata de separar del pasado para hacer su historia. Está implícito en el concepto del hecho el límite: el hecho tiene un principio y un fin. Hecho y cosa son dos aspectos del dato, según la historia o según la naturaleza; esto es, el dato considerado en el tiempo o fuera del tiempo.

Ahora bien, tanto el pasado como la historia son conceptos esencialmente relativos; mejor quizá se diría personales. Cada uno tiene, el propio pasado y la propia historia; el pasado de una criatura y el pasado de un viejo no tienen las mismas dimensiones. El pasado es aquello que se ha visto, oído, aprendido, gozado, sufrido, vivido. De ahí la conexión entre la historia y la vida; contar la propia historia o la propia vida son modos de decir equivalentes; la biografía es una forma de historia. Cada uno tiene su pasado o su historia; pero el pasado de uno puede convertirse en el pasado de los otros a través de la palabra. Se aumenta así el pasado de cada uno; forma un pasado común; la historia de cada uno deviene, poco a poco la historia de todos.⁵

1. DE MIHI FACTUM, DEBO TIBI IUS

Deben las partes decir los hechos al juez. Esta es la única forma en que el juez puede enterarse de los sucesos fácticos respecto a los cuales deberá realizar la operación de subsunción en el supuesto normativo para determinar la producción o no de los efectos previstos por la norma.

El método de subsunción para la aplicación del derecho consiste en un silogismo cuya premisa mayor es la hipótesis normativa, la premisa menor el

⁵ CARNELUTTI, Francesco, *Derecho Procesal Civil y Penal*, Editorial Harla (Biblioteca Clásicos del Derecho), t. 4., México, 1997, p. 64.

fenómeno fáctico ocurrido en la realidad y la conclusión la aplicación de los efectos previstos en la norma, al caso concreto del que deriva la premisa menor.

P. M. hipótesis normativa
p. m. acontecer empírico
C. aplicación de los efectos normativos

El *iter* del proceso, nos dice Carnelutti, radica en un intercambio entre el *factum* y el *ius*. La parte debe dar los hechos al juez, quien los recibe como materia sin elaborar para transformarla en derecho y restituirla manufacturada. *El dar expresa la idea de algo que pasa de uno a otro y el trámite que sirve de medio de transporte es la palabra.*

Así comienza a iluminarse el valor que la palabra tiene en el proceso y para el proceso. Después de todo, si el proceso se quiere asemejar a un mecanismo, como he señalado varias veces, éste mecanismo está hecho de palabras. No hay, quizá, otro aspecto de la vida en el cual y para el cual la palabra tenga tanta importancia. No se exagera al afirmar que en gran parte el problema del proceso es el problema de la palabra. Hablar y escuchar es lo que, antes que nada, el juez y la parte deben hacer.

Si la parte no habla ¿Cómo haría el juez para enterarse del hecho? Aquí aprender es la palabra apropiada, en el sentido de aprehender, de hacer propio; y el medio para aprehender es, antes que nada, escuchar. El hecho, a fin de que lo reconstruya, debe llegar a ser suyo. Es necesario un trasvasamiento de la parte al juez. Aquello que el juez tiene necesidad, solamente la parte se lo puede dar. Aquellos que la parte le cuenta son los hechos suyos; podrán ser contados también por otros, que los han sabido; pero antes los debe contar la parte, que los ha vivido.⁶

2. IMPORTANCIA DE LA PRUEBA

Advierte el autor que es posible que al contar los hechos al juez, la parte no diga la verdad, en tanto que, la memoria tiene límites y defectos; *además está de por medios el interés, que le hace echar agua a su molino. La palabra, desgraciadamente, a menudo degenera; hecha para la verdad, sirve también para la mentira. Ahora el contenido del historiado culmina, precisamente, en separar, distinguir, la verdad de la mentira.*

Aquí se destaca la importancia de la prueba, a la que Carnelutti califica como el medio ideal para separar la verdad de la mentira, *como piedra de toque para distinguir el oro del estaño.*⁷

⁶ CARNELUTTI, Francesco, *idem*.

⁷ *Ibidem*, p. 65.

3. LA VERDAD EN LA SENTENCIA

El valor de la sentencia con que concluye el proceso civil de cognición constituye una relación entre las partes y el todo, *puesto que todo es el ser, valor de un quid es la cantidad de ser que en él y por él se manifiesta; y puesto que todavía ser y verdad son todo uno, el valor del fallo está dado por su verdad.*

Verdad es lo que a través del procedimiento, el juez debería conseguir. No lo que las partes piden, puesto que no es tanto la verdad lo que a ellas les interesa en cuanto a su provecho; sino lo que el juez les debe dar. El proceso propende al descubrimiento de la verdad ¿quién lo podría negar? Pueden surgir, y surgen, equívocos de tanto en tanto; pero basta para aclararlos evitar la confusión entre fin y resultado del proceso; el valor del fallo (de la cosa juzgada) consiste, sobre todo, en el grado de aproximación de éste a aquel.

Verdad y justicia son dos aspectos del ser. Se resuelven la una en la otra, in apicibus. En la vida humana se manifiestan, a través del juicio. La verdad se refiere al juicio de existencia; la justicia al juicio de valor. Pero podemos considerar fungibles los dos conceptos.⁸

A pesar de ello, Carnelutti es escéptico. Considera que la más banal de las reflexiones es suficiente para advertir que el fin del proceso de cognición (la verdad) es inalcanzable, pero sostiene que no obstante esta imposibilidad el proceso sirve, *si no tanto para poner orden entre los contendientes, al menos para frenar el desorden* y ello, considera es suficiente para justificar el proceso. (Carnelutti 1997:163):

...sin embargo, a pesar de la banalidad, los hombres no se dan cuenta de ello, aún cuando pertenezcan a las regiones de la cultura. Los filósofos saben, hasta cierto punto, que cosa es el juicio; pero cuánto vale es un problema que dejan muy a gusto de lado. La verdad es que amasados, como estamos, de soberbia, cada uno de nosotros cree saber juzgar; esta ingenua y pecaminosa presunción forma el subfondo incluso de las más acreditadas teorías. En cambio la profundización del saber en cuanto al proceso y, por lo demás, en general, en cuanto al derecho, exige la conciencia de que no tanto el juez puede equivocarse cuanto que no puede dejar de equivocarse. No debemos creer que el fin del proceso puede no ser alcanzado, sino que debemos creer que no puede ser alcanzado nunca. Existen equivocaciones macroscópicas y equivocaciones microscópicas; esto sí, pero juicios verdaderos en el cien por ciento son tanto improbables como imposibles.

⁸ CARNELUTTI, Francesco, *op. cit.*, p. 163.

Ciertamente, a medida que el ordenamiento del derecho y del proceso se afina, el margen entre lo que el fallo es y lo que debe ser, se reduce; pero nunca podrá ser cubierto del todo; los juristas, los primeros entre todos, deben tener conciencia de ello; uno de los peligros más graves es que atribuyan al derecho y al proceso una perfección que no pueden alcanzar. Deben para guardarse de ello, en primer lugar recordar la admonición evangélica; pero también reflexionar en torno a ello, a fin de descubrir las razones de la inmanente falacia del juicio humano.

Sin embargo, aunque si no puede alcanzar la verdad cuanto no la puede alcanzar nunca hasta el fondo, el fallo (la cosa juzgada) sirve, si no propiamente para poner orden entre los contendientes, al menos para frenar el desorden; si no fuese así, el proceso civil no habría surgido nunca y tanto menos habría tenido el enorme desarrollo que tiene hoy en el terreno del derecho; por eso al fallo (la cosa juzgada) no se le puede dejar de reconocer el valor práctico de un instrumento imperfecto pero indispensable para la convivencia. Por otra parte, a fin de comprender este valor debemos de profundizar la investigación con respecto a la *neccessitas*, esto es, a su insuficiencia lógica y ontológica, puesto que tal insuficiencia es el presupuesto del valor que él atribuye al derecho.⁹

C. IMPEDIMENTO DEL JUEZ PARA CONOCER LOS HECHOS POR EXPERIENCIA PROPIA

Al estudiar el valor lógico de la sentencia, (premisa del valor jurídico del fallo), Carnelutti distingue las causas genéricas que producen el valor jurídico del fallo (el error que puede ocurrir en cualquier juicio) de las causas específicas (que son las que dependen del ordenamiento del proceso) y entre las causas específicas, destaca la circunstancia de que con base en el principio de imparcialidad, se impide que el juez pueda tener un conocimiento inmediato de los hechos sobre los cuales va a juzgar, de tal suerte que el conocimiento de los hechos por el juez sólo es mediato, solo puede conocer de ellos a través de lo que las partes le comunican (sabemos los enunciados que formulan las partes respecto de los hechos de los que deriva la contienda casi siempre están prejuiciados por los intereses de cada parte y que su manifestación no siempre coincide con el o los acontecimiento reales) o de las pruebas que las mismas le aportan o a las que puede acceder, dependiendo de lo que el ordenamiento legal establezca al respecto. De manera que al juez le está prohibido acceder al conocimiento de los hechos a través de la experiencia inmediata y personal.

⁹ CARNELUTTI, Francesco, *op. cit.*, pp. 163 y 164.

Ahora bien, entre las causas específicas campea aquella que se refiere a la imparcialidad del juez. También la imparcialidad del juez como todas las cosas de este mundo, es un arma de dos filos. El costo de la imparcialidad consisten en que el juez no debe tener del hecho sobre el cual debe juzgar, ningún conocimiento inmediato; hemos visto que si lo tuviere (por ejemplo en cuanto haya sido testigo del mismo) lo debería olvidar. Su conocimiento debe ser exclusivamente mediato a través de las partes y de las pruebas. Y sabemos que este es un principio que tiende no solo a garantizar la imparcialidad del juicio, sino además a facilitar el control de las partes y de las pruebas. Y sabemos que éste es un principio que tiende no solo a garantizar la imparcialidad del juicio, sino además a facilitar el control de las partes en cuanto a su formación. Desafortunadamente el lado pasivo del mecanismo consiste en lo que al juez le falta, hasta el punto de estarle prohibida aquella fuente de conocimiento que consiste en la experiencia inmediata y personal del hecho a conocer en haberlo visto, oído, tocado. Se habla, en este caso, de evidencia; y es una justa palabra para significar, mediante el *ex* (*ex videre*), que la experiencia sirve para el conocimiento, pero no es el conocimiento; y no debe confundirse, en particular, con la intuición, la cual puede tenerse también de un hecho que haya caído fuera del ámbito de la (propia) experiencia; pero realmente la experiencia proporciona a la intuición la base más segura, aunque en todos los casos tenga necesidad de ser examinada.

Esta privación impuesta al juez, de la experiencia personal del hecho a conocer, la cual puede sufrir una excepción en el proceso penal en cuanto a los delitos cometidos en audiencia (arts. 435 y sigtes.), pero es constante en el proceso civil, resulta, pues, no sólo un costo del principio de la imparcialidad, sino además un alto costo; en suma, le quita al juez una base del conocimiento, la cual, si no es infalible, es, sin embargo, la base más común y segura. ¡Cuántas veces la decisión, no obstante la diligencia, la inteligencia y la buena voluntad del juez, falsifica la historia!¹⁰

D. PARADOJA: DE LO ANTERIOR RESULTA QUE LA GARANTÍA DE IMPARCIALIDAD CONSISTE EN PROPORCIONAR AL JUEZ UNA INFORMACIÓN PARCIAL SOBRE LOS HECHOS

La parcialidad de las partes es correcta o, al menos, inevitable, y por ello la labor del proceso teóricamente consiste en depurar esa información para encontrar una solución justa e imparcial a través de la búsqueda de la verdad de los hechos que se someten a su consideración. El remedio contra la eventual falacia de la información de las partes está en las pruebas.

¹⁰ CARNELUTTI, Francesco, *op. cit.*, pp. 164 y 165.

1. LOS HECHOS EN LA DOCTRINA DEL DERECHO CIVIL

Es la doctrina civil la que ha aportado los estudios más profundos sobre los hechos como fenómenos o acontecimiento generadores de consecuencias jurídicas. Castán Tobeñas¹¹ atribuye a Savigny la elaboración inicial de la doctrina general de los hechos jurídicos.

Define este autor al hecho jurídico como:

todo suceso o fenómeno acaecido en la realidad. Si ese fenómeno lleva aparejada como consecuencia la producción de un efecto jurídico la calificamos de hecho jurídico. Podemos definirlo como todo suceso al que el ordenamiento atribuye la virtud de producir, por sí o en unión de otros, un efecto jurídico, es decir, la adquisición, la pérdida o la modificación de un derecho.¹²

Distingue este autor español el concepto de *hecho jurídico* de lo que la doctrina moderna identifica como *elemento de hecho o supuesto de hecho*. Este último, nos dice, se refiere a *un conjunto de circunstancias necesarias para que una norma jurídica sea aplicable, o, en otros términos, el conjunto de requisitos o circunstancias a las que el ordenamiento condiciona el efecto jurídico, o sea; el nacimiento, la extinción o la modificación de una relación jurídica*.

Estos requisitos o circunstancias en que se descompone el supuesto de hecho (factores singulares del mismo) son variadísimos «No siempre —indica Ennecerus— son hechos, sino que también pueden ser derechos, por ejemplo, la propiedad del transmitente como un elemento del supuesto de hecho de la transmisión» (1); si bien en estos casos, en realidad el elemento que se tiene en cuenta es la existencia del derecho. Algunos de dichos factores, sin integrar el supuesto básico, son mera condición del efecto. Otros son verdadero fundamento jurídico. Estos últimos, o sea los que constituyen elemento principal del supuesto de hecho, son los hechos jurídicos. Así, la sucesión testamentaria está condicionada por diversas circunstancias, tales como la edad y capacidad del testador, la muerte del mismo, etc.; pero el fundamento de dicha sucesión es el testamento. Sólo éste propiamente el hecho jurídico (aunque pertenezca en concreto a la categoría de los actos y de los negocios jurídicos de que después nos ocuparemos).¹³

¹¹ CASTÁN TOBEÑAS, José., *Derecho Civil Español, Civil y Foral*, t. I, Vol. 2, Introducción y Parte General, 14a. ed. revisada y puesta al día por José Luis de los Mozos, editorial Reus, Madrid 1987, pp. 662 y ss.

¹² *Idem*, p. 664.

¹³ *Op. cit.*, p. 665.

Galindo Garfias¹⁴ explica que toda que toda vez que el contenido del enunciado normativo es abstracto (no se refiere a un caso específico, sino a una generalidad), para que dicho enunciado sea aplicable a los casos particulares y concretos se requiere que los sucesos que hayan ocurrido en la realidad, sean exactamente los que se encuentren previstos en la norma jurídica.

La estructura de la norma jurídica se compone de dos elementos lógicamente diferentes, aunque íntimamente vinculados: una hipótesis o supuesto y una disposición o consecuencia normativa.

Quando se realiza aquella situación previstas como hipótesis en la norma, tiene lugar la aplicación del segundo elemento de ella o sea la parte dispositiva; aquello que la norma dispone, como la consecuencia de la realización del hecho o acontecimiento previsto de una manera abstracta. Esquemáticamente, el enunciado de toda norma jurídica, sería el siguiente: si tiene lugar el hecho A), debe producirse la consecuencia jurídica B) (si es A debe ser B).¹⁵

Aclara el autor que el efecto de derecho no forma parte de las propiedades intrínsecas del acontecimiento que se produce sino que ese efecto o consecuencia, *procede de la norma jurídica*, y, que ese efecto, se produce por vía de selección de una variada serie de hechos, de los cuales sólo algunos producen las consecuencias previstas en la norma, permaneciendo indiferentes los demás.

En seguida distingue los hechos, de los actos jurídicos:

Hechos jurídicos y actos jurídicos.— Los acontecimientos que bajo el rubro general de hechos jurídicos, son susceptibles de producir efectos de derecho, se dividen en dos grandes categorías: aquellos fenómenos de la naturaleza, que producen efectos de derecho, independientemente de la voluntad del sujeto son hechos jurídicos en sentido estricto (por ejemplo el nacimiento de una persona). También son hechos jurídicos aquellos en que interviene la conducta humana, pero los efectos se producen independientemente y a veces contra la voluntad del sujeto (por ejemplo, las lesiones causadas a una persona por un automovilista en una colisión de vehículos).

Existe otra gama muy importante de acontecimientos que producen efectos jurídicos, en los que interviene la voluntad del hombre dirigida expresa y deliberadamente a producir los efectos previstos en la norma jurídica, son los actos jurídicos en los cuales juega un papel muy decisivo la voluntad del sujeto. Para

¹⁴ GALINDO GARFIAS, Ignacio, *Derecho Civil*, 14a. ed., Porrúa, México, 1995, pp. 204 y ss.

¹⁵ *Idem*.

la validez de ese acto de voluntad y aún para la existencia del mismo, es necesario que concurren ciertos requisitos, en ausencia de los cuales aquél es inválido, ineficaz.¹⁶

Como se señaló anteriormente la doctrina civilista ha logrado construir una teoría general de los hechos y de los actos jurídicos e incluso parte de la doctrina hace una distinción tripartita distinguiendo los hechos de los actos y de los negocios jurídicos.

En la realización del supuesto hipotético normativo, distingue aquellos casos en que la producción de los efectos deriva de la realización de acontecimientos de la naturaleza sin la intervención del hombre de aquellos otros en que el hombre interviene en la realización del hecho, pero la consecuencia se produce al margen de su voluntad y de aquellos otros en que la consecuencia sólo se producirá si la voluntad del sujeto se produce de manera libre, discernida e intencionada para la producción del efecto querido.

En fin, se desarrollan profundos estudios acerca de las características que debe revestir la voluntad negocial para la producción de las consecuencias, se distinguen elementos ineludibles para la producción de los efectos jurídicos, de otros complementarios cuya inobservancia puede generar la celebración de actos imperfectos que eventualmente pueden provocar la insuficiencia de la voluntad defectuosa para que se generen o se mantengan los efectos previstos por la norma.

Sin embargo, no entraré al estudio de esta teoría porque finalmente, no se ocupa de problemas ontológicos relativos a la verdad, ni a la asequibilidad de la misma por medio del proceso.

III. TEORÍAS CONTEMPORÁNEAS

A. VERDAD Y ARGUMENTACIÓN JURÍDICA EN EL PENSAMIENTO DE RIBEIRO TORAL¹⁷

A partir de la consideración de que el fin de la argumentación jurídica es proporcionar una verdad al auditorio a efecto de convencerlo, persuadirlo o proponer un diálogo para construir una verdad comunitaria, Ribeiro Toral se pregunta si existe una respuesta unívoca a la pregunta ¿qué es la

¹⁶ GALINDO GARFIAS, Ignacio, *op. cit.*, p. 210.

¹⁷ RIBEIRO TORAL, Gerardo, *Verdad y Argumentación Jurídica*, Porrúa, México, 2009, pp. 17 a 39.

verdad? Y contesta que no hay respuesta posible, en tanto la pregunta se realiza desde la esencia y que ello implicaría una respuesta metafísica.

El concepto de verdad nos dice, está en relación directa con el concepto de cosa, es decir, de la realidad y por tanto a efecto de atender a la inquietud planteada, re-direcciona la pregunta en dos sentidos:

¿Cómo se presenta ante nosotros la verdad en relación con el concepto de naturaleza (realidad)?

¿Cómo se presenta históricamente la verdad en el proceso judicial?

Lo anterior para concluir argumentando su idea de construcción de la verdad opuesto a la idea de descubrimiento de la verdad.

Respecto al primer cuestionamiento, el autor sostiene que la pregunta sobre la existencia de la naturaleza lleva a la idea de la verdad. *Donde se coloque la construcción de la verdad o la idea de la verdad, se encontrará el sentido de la naturaleza o de la realidad, así como las condiciones que hacen posible su conocimiento.*¹⁸

Refiere a Aristóteles para quien, dice, la naturaleza es “la substancia bruta, inerte y sin acción sobre sí misma de que se compone y se forma un ser físico”, así como los elementos “fuego, tierra, aire y agua, así como “la mezcla y separación de las cosas mezcladas”, esto último siguiendo a Empédocles.

Para Kant, nos dice, “la cosa en sí”, es decir, el sustrato metafísico subyacente en todos los resultados de la percepción y del conocimiento es, como tal, incognoscible “*ya que se nos aparece siempre revestido de las formas de nuestra facultad de percepción y de conocimiento y todas las categorías de que nos servimos en nuestras conclusiones, o constituyen parte de estas formas o se desprenden de ella, por lo que no es imposible retrotraernos al ser radical de las cosas*”.¹⁹

Las formas de percepción y de conocimiento, son los *a priori kantianos*, espacio, tiempo, etcétera.

Refiere la distinción de Kant entre fenómenos y noumenos considerando que fenómeno *se nos aparece mediado por las condiciones a priori de la intuición sensible y que, el noumeno, por el contrario, no es nada positivo, ni un conocimiento determinado de alguna cosa sino que significa tan solo el pensamiento de algo en general, en cual hago abstracción de toda forma de la intuición sensible*

El conocimiento de lo real solo será posible, entonces, por la relación (y en relación) entre el fenómeno y el noumeno, es decir, entre lo que se me

¹⁸ *Idem*, p. 21.

¹⁹ *Ibidem*, p. 20.

aparece por la intuición sensible y la idea de la cosa en sí. Lo exterior, por lo tanto, existe fuera de mí, pero su conocimiento solo es posible con relación al sujeto y en relación de los objetos entre ellos. El nóumeno es el límite radical del conocimiento.

1. NATURALEZA COMO IDEA EN LA FORMA DE SER OTRO

Con referencia a Hegel, sostiene que para este autor, la naturaleza “ha sido determinada como la idea en la forma de ser otro. *Como la idea es, de este modo, la negación de sí misma y exterior sólo relativamente respecto a la idea (y respecto a la existencia subjetiva de la idea, el Espíritu) sino que la exterioridad constituye la determinación, en la cual ella es como la naturaleza. Por tanto la naturaleza es la negación de la idea dado que ella es “la forma de ser otro” y su característica de exterioridad, como cualidad inherente a ella, “constituye la determinación en la cual ella es como naturaleza”.*²⁰

2. LA NATURALEZA ES LO EXTERNO

En relación con las diversas corrientes epistemológicas del derecho, el autor sostiene que para el pensamiento positivista y neopositivista la naturaleza es lo exterior y “*cuya existencia y modo de ser son independientes de nuestra voluntad y de nuestra acción*”.²¹

3. NATURALEZA ES LO QUE DEBE SER COMPRENDIDO PARA SER DOMINADO

La tradición cartesiana, nos sigue diciendo es la base de la argumentación científicista: soy una cosa que piensa, el resto, lo exterior es lo objetual, lo natural que debe ser comprendido para ser dominado.

4. EL MUNDO EXTERNO COMO UNA CONSTRUCCIÓN DE NUESTRA MENTE

El idealismo radical, encarnado por Berkeley, nos dice, *afirma que toda la percepción que tenemos del mundo externo no es más que una construcción de nuestro mundo interno que se encuentra en nuestra mente en los datos sensoriales. El mundo es una construcción mental.*

El realismo, nos dice, *postula la existencia del mundo externo objetivo e independiente de la observación, generador de los datos sensoriales. Dicho*

²⁰ RIBEIRO TORAL, *op. cit.*, p. 21.

²¹ *Idem*, p. 18.

postulado explica las correlaciones entre los datos sensoriales de diferentes individuos.

Los neopositivistas del Círculo de Viena *el sentido de toda frase lo determina exclusivamente su carácter de ser verificable, ya sea empíricamente, por los datos sensoriales, o como deducción lógica a partir de éstas.*²²

5. LA VERDAD EN EL OBJETO

Resumiendo, según el autor, para ciertas concepciones, la verdad (o el conocimiento deberíamos decir, como algo análogo) se encuentra en el objeto mismo. La verdad está en las cosas y por tanto todo el esfuerzo debe encaminarse a descubrirla.²³

6. LA VERDAD EN EL SUJETO

Para otros, la posibilidad de encontrar la verdad está en mí, en el sujeto cognoscente, en mi propio discurso, en mi propia argumentación, dado que la cosa no existe sino por los datos sensoriales. La cosa no tiene verdad porque no existe.

7. LA VERDAD ENTRE EL SUJETO Y EL OBJETO

Si la verdad no está en la cosa, ni está en mí, la posibilidad de encontrarla, descubrirla o construirla está en medio de la cosa y yo, *es el puro espacio común de la confluencia de dos discursos, es la confluencia de la construcción. Es el encuentro entre dos miradas.*²⁴

B. LOS HECHOS Y EL DERECHO EN MARINA GASCÓN ABELLÁN²⁵

Marina Gascón Abellán sostiene que la certeza de que los hechos materia de aplicación del derecho hayan acaecido efectivamente, no siempre ha sido condición inexcusable para la aplicación del derecho, ni la seguridad en el conocimiento empírico de los mismos ha estado presente en todos los modelos judiciales, pues durante mucho tiempo la certeza o la seguridad de que hubiesen ocurrido se apoyó en procedimientos mágicos o cuasi-litúrgicos. En las etapas más primitivas, no dice, el Derecho se consideró como un

²² *Ibidem*, p. 19.

²³ RIBEIRO TORAL, *op. cit.*, p. 21.

²⁴ *Idem*.

²⁵ GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los Hechos en el Derecho*, editorial Marcial Ponce, Madrid, 2004.

trasunto de fuerzas ocultas, el fruto de resortes misteriosos o la exteriorización de una voluntad divina no accesible a la razón humana.

Este pensamiento que pervive hasta la Alta Edad Media justifica el duelo, las ordalías y los juicios de Dios, por ello se considera como un gran paso el pensamiento que consideró necesaria la observación de los hechos para su determinación y a ésta como paso previo para la decisión judicial.

Que la premisa menor del razonamiento jurídico haya de estar formada precisamente por hechos, por una realidad factual que a menos e supone tan comprobable como cualquier otro fenómeno histórico o natural, y no por misteriosos designios divinos o de la fortuna, sin duda hubo de representar una transformación importante, aunque paulatina: de la ordalía al sistema de prueba tasada y de éste al modelo de la libre convicción, que se asienta en una concepción probabilística del conocimiento, se aprecia en algunos aspectos un proceso de continuidad en el que cada nuevo período conserva residuos del anterior. Sea como fuere, una vez asentado que la constatación de ciertos hechos constituye el fundamento de la aplicación de la norma, el problema surge a la hora de determinar las posibilidades o límites de su conocimiento, o sea, lo que pudiéramos llamar epistemología judicial de los hechos. Y, a este respecto, no parece que esa epistemología “particular” que subyace al conocimiento judicial de los hechos haya resultado en todo momento coherente con la epistemología general, pues todo indica que mientras los juristas por lo común han abordado la cuestión de modo algo acritico, confiando en un esquema de conocimientos infalibles, el conocimiento empírico, en cambio, ha tenido que sortear numerosas dificultades para encontrar un hueco en el ámbito de la racionalidad...²⁶

Hechos externos, hechos internos y juicios de valor.

Las realidades con que se configura el supuesto legal pueden ser de tres tipos: hechos externos, hechos internos o psicológicos y conceptos que han de ser llenados por el juez mediante juicios de valor.

1. LOS HECHOS EXTERNOS

Son externos aquellos acontecimientos que se producen en la realidad sensible, con intervención o sin intervención humana.

2. LOS HECHOS INTERNOS

Los hechos internos o *psicológicos* denotan los motivos, intenciones o finalidad de una conducta, o el conocimiento de un hecho por parte de alguien.

²⁶ GASCÓN ABELLÁN, *op. cit.*, p. 13.

3. LOS JUICIOS DE VALOR

Son hechos cuya constatación presupone un *juicio de valor* sobre una conducta o de un estado de cosas.

Por lo común, los hechos relevantes jurídicamente (los que definen las notas distintivas del supuesto de hecho y que constituyen el objeto de la prueba) son “hechos externos”, alteraciones producidas en el mundo de la realidad sensible; por ejemplo, “el que matare a otro”, “si la cosa queda destruida”, etc. Y desde luego si todos los hechos relevantes para la fijación de la premisa menor tuviesen un claro referente empírico, entonces no habría dificultad en afirmar el carácter descriptivo de la misma —salvo, naturalmente, que se adoptaran posiciones epistemológicas relativistas, como las mantenidas por el positivismo —y todos los problemas relativos a la fijación o prueba de los hechos se resumiría en dificultades de determinación de la verdad de los enunciados fácticos mediante juicios empíricos. Lo cual vale también para los hechos “jurídicamente condicionados” (por ejemplo, “estar casado”), que remiten a una comprobación de hechos externos descritos en otra norma.

Sin embargo, junto a estos hechos externos, el supuesto fáctico legal otorga a veces relevancia a otro género de hechos cuya comprobación ha de hacerse mediante una serie de —más o menos inseguras— pautas de interpretación de la conducta humana: se trata de los que suelen denominarse “hechos internos o psicológicos”, esto es, los que cualifican la voluntad de un individuo (si tuvo intención de realizar una conducta, si hubo ánimo de lucro, ánimo de engañar, etc.) o determinan su conocimiento acerca de un hecho (por ejemplo si conocía el origen ilícito de los objetos en el delito de receptación). La presencia de hechos psicológicos es particularmente cierta en la sentencia penal, pues, dado que no existe delito sin culpa o dolo, resulta que esta dimensión interna o subjetiva ha de ser siempre constatada como “hecho probado” para que la conducta enjuiciada pueda ser subsumida en el tipo penal. Pero la existencia de hechos psicológicos plantea una duda en el marco de un modelo cognoscitivista: la de si puede seguir manteniéndose el carácter meramente descriptivo de los enunciados sobre estos hechos.

La condición no-observable de los hechos psicológicos (intenciones, deseos, querer, conocimientos) ha llevado a considerarlos en la práctica forense como “juicios de valor” y no como auténticos hechos, siendo por ello revisables en casación como una forma de error “iuris”, es más, parece que la pretensión de esta asimilación ha sido precisamente “conducir” el juicio sobre estos hechos al ámbito de la casación, que de otro modo quedaría vedada al mismo. Esta forma de concebir la naturaleza de los hechos psicológicos resulta, sin embargo, mistificadora.

Que los hechos psicológicos sean internos o no-observables no significa que no sean auténticos hechos, y, por tanto, comprobables mediante juicios des-

criptivos. Significa, tan sólo que, a diferencia de los hechos externos, que al menos en el momento en que se producen son directamente constatables, los hechos psicológicos son de más difícil averiguación, pues por definición, requieren siempre ser descubiertos (o inferidos) a partir de otros hechos externos. Así, es razonable probar la voluntad negocial de un sujeto a partir de lo que el propio sujeto ha declarado o ha aceptado en las estipulaciones del contrato. Es razonable pensar que A provocó la muerte de B “intencionadamente” porque le asestó varias puñaladas en el corazón. Como también habría razones para pensar que su acción fue dolosa si lo mató después de haberlo amenazado de muerte en repetidas ocasiones y de haber preparado metódicamente un plan. Igualmente, en un delito de receptación, habría razones para pensar que el acusado conoció el origen ilícito de la mercancía que compraba si resulta probado que preguntó al vendedor si no sería robada y éste le contestó que lo mejor era que no supiera nada sobre su procedencia.²⁷

Tomando en cuenta la naturaleza de los hechos, la autora formula como exigencia para el Derecho sustantivo el evitar, en la medida de lo posible, la presencia de juicios de valor en el supuesto de hecho de las normas, procurando que las notas que lo configuran tengan un referente empírico claro. Lo cual puede expresarse a través de la siguiente regla epistemológica:

En la formulación legal de hecho sólo deben admitirse enunciados fácticos empíricamente contrastables, esto es, enunciados de los que quepa comprobar su verdad (en el sentido de correspondencia con la realidad) mediante contrastación empírica (directa o indirectamente).

Con todo, como esto no es siempre así, hay que admitir que cuando entran en juego juicios de valor el juez ejerce una función valorativa o discrecional importante en la fijación de la premisa menor. Por ello, en estos casos —pero también en la fijación de hechos psicológicos, aunque aquí por su especial dificultad de conocimiento— se impone con más fuerza que en otros una esmerada motivación que explice y justifique las decisiones valorativas adoptadas.²⁸

C. EL PENSAMIENTO DE JORDI FERRER BELTRÁN²⁹

1. LA DESATENCIÓN AL PROBLEMA DE LA PRUEBA DE LOS HECHOS

Destaca la insuficiente atención que se ha dedicado a los problemas de la prueba de los hechos, no obstante que esta situación ya se había vislum-

²⁷ GASCÓN ABELLÁN, *op. cit.*, pp. 76 y 77.

²⁸ *Idem*, p. 82.

²⁹ FERRER BELTRÁN, Jordi, *Prueba y Verdad en el Derecho*, 2a. ed., Marcial Pons, Madrid, 2005.

brado por Jerome Frank en su obra *Law and the Modern Mind*, desde hace más de setenta años y acusa de esa desatención a los teóricos del derecho en general, quienes preocupados más por las decisiones judiciales han dejado de lado los problemas de la selección de las premisas fácticas.

Atribuye las razones de la despreocupación por el tema a una cerrada concepción de la prueba caracterizada por tres factores:

a) considerar que todo el fenómeno está comprendido y recluido en las normas jurídicas que se ocupan del mismo, de forma que sólo vale la pena examinar y sistematizar esas normas; b) sostener que sólo son pruebas las que están previstas y reguladas en normas jurídicas específicas, excluyendo la admisibilidad de las denominadas pruebas atípicas, y c) asumir la tendencia a considerar que la regulación jurídica de la prueba constituye un contexto autosuficiente y autónomo respecto de cualquier otro sector de la experiencia.³⁰

2. INTEGRACIÓN DE LOS SUPUESTOS DE HECHO EN LOS ENUNCIADOS NORMATIVOS

En relación con los hechos con que se integran los enunciados normativos, distingue los descriptivos de los valorativos (los primeros contienen datos exclusivamente empíricos, en cambio los segundos emplean términos valorativos para definir el supuesto de hecho al que se vincula la consecuencia jurídica) y analiza la problemática que se presenta en relación con los que refieren juicios de valor.

No presenta problema para la concepción que se ha defendido en este capítulo el primer tipo de supuestos de hecho. En cambio cuando el supuesto de hecho al que el derecho vincula una consecuencia jurídica está definido total o parcialmente mediante términos valorativos, se presentan problemas importantes. En efecto, si se interpretan los enunciados del tipo “Está probado que p” en el sentido de “Hay elementos de juicio suficientes a favor de p” en el caso de los supuestos de hecho determinados valorativamente impone la necesidad de algún comentario. En este tipo de enunciados, p es el nombre de una proposición que afirma la ocurrencia de un hecho. A su vez los elementos de juicio a favor de p son elementos congnotivos, lo que permite adjudicar valores de verdad tanto a p como al enunciado metalingüístico que afirma la existencia en el expediente judicial de elementos de juicio suficientes a su favor. Ahora bien, si el supuesto de hecho genérico definido por la norma jurídica está definido valorativamente, entonces lo que el juez deberá determinar para proceder a la

³⁰ FERRER BELTRÁN, *op. cit.*, p. 16.

aplicación de la consecuencia jurídica prevista es la ocurrencia de un hecho merecedor de la valoración prevista por la norma (Gascón, 1999: 78). Así por ejemplo, en el supuesto típico del artículo 1.255 del Código Civil que condiciona la validez de las cláusulas contractuales a que estas no sean contrarias a la moral, el juez deberá determinar que se da un caso de cláusula de contenido inmoral para poder aplicar la consecuencia de la invalidez. Así, p será, por ejemplo, “La cláusula c es contraria a la moral”. Esta proposición incluye dos aspectos: en primer lugar hace referencia a la existencia de una cláusula (en un determinado contrato), lo que podrá ser objeto de prueba sin el mayor inconveniente. Por otra parte califica valorativamente esa cláusula como contraria a la moral. Esto último hace que para muchos autores no sea posible atribuir valores de verdad a p y que tampoco puedan aportarse elementos de juicio cognoscitivos a favor de la misma, sino únicamente argumentos de tipo valorativo o prescriptivo (Bobbio, 1955: 284; Ferrajoli, 1989: 94 ss. Y Taruffo, 1992: 107). En consecuencia tampoco “Está probado que p” sería susceptible, en esos casos de verdad o falsedad y, en realidad, resultaría impropio hablar en ese contexto de “prueba” (al menos en el sentido que aquí se ha defendido).³¹

Al respecto, el autor formula dos matizaciones: la primera en el sentido de que cuando el supuesto se integra con enunciados valorativos, no supone que los hechos que deban probarse queden indeterminados, más bien, sostiene, se produce una definición del supuesto de hecho en dos partes: la primera identifica un hecho genérico y la segunda restringe la aplicación de la consecuencia jurídica a aquellos hechos subsumibles en el hecho jurídico que merezcan una determinada valoración (definida mediante términos valorativos). En todo caso, agrega, deberá probarse la ocurrencia de un hecho que merezca la valoración en cuestión.

Y la segunda es respecto a la consideración de que los enunciados que incluyen términos valorativos no son susceptibles de verdad o falsedad, pues sostiene que tales enunciados han de ser interpretados considerando que si quien formula el enunciado participa de la valoración realizada, esto es, usa el término valorativo para valorar un hecho, es claro que se enunciado no es susceptible de verdad o falsedad, pero, agrega, es posible una segunda interpretación, que supone que quien formula el enunciado califica el hecho mediante un término valorativo *en la forma en que éste es habitualmente usado* lo que no supone en ningún caso que comparta esa valoración.

Con más precisión, distingue los conceptos valorativos ligeros de los conceptos valorativos densos, señalando que los concepto valorativos ligeros, son aquellos que se agotan en el elemento prescriptivo, como los con-

³¹ FERRER BELTRÁN, *op. cit.*, pp. 49 y 50.

ceptos de “bueno”, “malo” o “correcto” que, por supuesto no son susceptibles de verdad o falsedad, pero los densos que refieren una valoración no prescriptiva, como “honesto”, “valiente”, “obsceno” incluyen una parte informativa que los distingue de los anteriores y que posibilita que el juez utilice en su determinación de los hechos probados términos valorativos incluidos por la norma jurídica aplicable en su definición del supuesto de hecho, sin que ello suponga la atribución de fuerza prescriptiva o normativa del enunciado probatorio.

Cita como ejemplo el artículo 185 del Código Penal Español que esta redactado en los siguientes términos: “El que ejecutare o hiciere ejecutar a otros actos de exhibición obscena ante menores de edad o incapaces será castigado con la pena de multa de tres a diez meses”, y luego analiza:

...En primer lugar, vale la pena destacar que la valoración de “obscena” se aplica a una determinada acción que puede identificarse descriptivamente (exhibición ante menores de edad...). Ahora bien. ¿es posible para un juez determinar que una acción es subsumible en el supuesto de hecho de la norma expresada por el artículo 185 CP, sin compartir por ello la valoración a la que ésta hace referencia? ¿es posible formular un enunciado descriptivo que califique como obscena una determinada acción a los efectos de la aplicación de la norma en cuestión?. Si atendemos a lo dicho anteriormente respecto de los conceptos valorativos densos, creo que esto es perfectamente posible (vid. Moreso 2001). En palabras de Williams (1995:563), «parece difícil negar que pueda haber conocimiento en el ámbito de los conceptos morales densos»

Ahora bien, ese conocimiento es necesariamente relativo a la comunidad lingüística, cultural y moral en la que la calificación se formula (Damaska, 1986:28; Íd., 1997:25ss.; Williams, 1995: 564). Por ello, el uso descriptivo de los conceptos valorativos densos hace referencia, en mi opinión, a la moral social imperante (Alchourrón y Bulygin, 1989: 315-316). Un juez podrá, por tanto, declarar probada la ocurrencia de un acto de exhibición ante menores de edad y calificarlo de obsceno de acuerdo con el uso común de ese término en el momento de emitir su decisión o en el momento en que el legislador dictó la norma aplicable. Y, en ese caso, declarar probado que se ha producido un acto de exhibición obscena no supone que el juez haya emitido juicio de valor alguno, no supone que él mismo valore positiva o negativamente la acción en cuestión.

En esos casos, la remisión a la moral social no es distinta de la remisión al uso social de cualquier otro término para determinar su significado. Por supuesto, como ha señalado Moreso (2001: 531), los conceptos valorativos usados en la identificación de los supuestos de hecho sufren a menudo un alto grado de vaguedad, de modo que en ocasiones resultará dudoso si una determinada acción merece una valoración (si una acción es o no calificable como obscena, por ejemplo). De todos modos, que los conceptos valorativos densos tengan

contenido informativo presupone que, de acuerdo con el uso común del término, existan algunos casos paradigmáticos. Cuando el juez se encuentre frente a un caso de este tipo, podrá formular enunciados probatorios con fuerza descriptiva y será aplicable el análisis realizado en éste capítulo. Cuando el juez se encuentre ante un caso dudoso, en cambio, cabrá únicamente que resuelva la indeterminación del uso social del término mediante la aplicación de su propia concepción valorativa y en ese supuesto, claro está, formulará un genuino juicio de valor (un enunciado con fuerza normativa).³²

D. MICHELLE TARUFFO. EL RETORNO A LA VERDAD

Sostiene Taruffo³³ que, el pensamiento posmoderno generó una especie de euforia de escepticismo, bajo los argumentos de inaccesibilidad del hombre al conocimiento de la verdad, y por tanto a la verdad misma (ya lo anunciaba Carnelutti en relación con el proceso), de manera que parecía que el concepto de verdad quedaría proscrito del discurso filosófico y de cualquier otro discurso.

La ciencia y los conocimientos científicos quedaría de lado al dar paso a la sociología científica en tanto que los resultados de las investigaciones científicas son meras construcciones mentales de los científicos, sin conexión alguna con los fenómenos empíricos a los hacían referencia.

La teoría coherentista de la verdad, así como los argumentos relativos a los signos lingüísticos permitieron la afirmación de que el conocimiento, la realidad y la verdad son exclusivamente productos del lenguaje, negando la existencia de cualquier realidad fuera de éste.

...la proscripción de la verdad en el discurso filosófico y en cualquier discurso fue sostenida con máxima decisión por Richard Rorty, según quien hablar de verdad sería un sinsentido, dado que la verdad no sería otra cosa que aquello sobre lo que un grupo de razonables amigos dialogantes está de acuerdo. La idea de verdad, como ocurrió con muchas otras ideas, fue deconstruida hasta volverla inservible para cualquier uso: en el postmodernismo terminó por dominar una actitud cínica hacia la verdad, como hacia la objetividad y el conocimiento.³⁴

1. HACIA UN NUEVO REALISMO CRÍTICO

Sin embargo, sostiene Taruffo, que los efectos de lo que califica como embriaguez por el escepticismo, se han atenuado, pues si bien no puede

³² FERRER BELTRÁN, *op. cit.*, 52 y 53.

³³ TARUFFO, Michele, *Simplemente la verdad*, Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 89 y ss.

³⁴ *Idem*, p. 89.

afirmarse un pleno retorno al pensamiento anterior al planteamiento de las complicadas relaciones entre lenguaje y realidad, o la vuelta a la aceptación de la existencia de verdades absolutas que solo quedan como *privilegio de fanáticos*, se perfila nuevas formas de un realismo crítico que, con algunas variantes convergen, cuando menos en los siguientes:

2. PUNTOS DE CONVERGENCIA

El primero de ellos es que *tiene sentido asumir que el mundo externo existe* en tanto se trata de un presupuesto indispensable para sostener opiniones en torno a la realidad (aun las que consideran que la realidad no existe).

Un segundo punto de convergencia es que, cualquier enunciado relativo a acontecimientos del mundo real, es verdadero o falso en función de la existencia de esos acontecimientos en el mundo real, es decir, *es la realidad la que determina la verdad o falsedad de las narraciones que la describen*. La realidad es un baremo de medida, es el criterio de referencia para determinar la verdad o falsedad de los enunciados que se ocupan de ella.

Un tercer punto de concordancia es la posibilidad que existe de que la verdad objetiva pueda ser objeto de un conocimiento fiable, lo que vale, tanto para aquellas verdades que parecen evidentes en la vida cotidiana, como para el sentido de postular que la verdad es cognoscible y que constituye un valor en sí.

Sin embargo, es necesario subrayar que la opción realista a la que se ha hecho referencia no representa una condición necesaria para que se pueda volver a hablar sensatamente de la verdad, escapando de la espiral solipsística típica del escepticismo pre y pos moderno. En efecto, incluso sin compartir tesis ontológicamente realistas es posible suponer la existencia de una verdad racionalmente cognoscible y demostrable.³⁵

Sostiene el autor que no obstante las dificultades teóricas y la variedad de teorías al respecto, la verdad es objetiva, es buena, es un objeto digno de investigación y digno de ser cultivado.

3. DISTINCIONES INÚTILES

Considera el autor que la distinción entre verdades absolutas y verdades relativas es inútil, porque aun cuando se admitiera que la verdad absoluta

³⁵ TARUFFO, Michele, *op. cit.*, p. 95.

no pertenece al mundo de las cosas humanas y por tanto no pertenece al mundo de la justicia y del proceso en el que solo podemos pretender verdades relativas, no significa en ningún caso menosprecio de la verdad, pues lo que ha de considerarse relativo no es la verdad (que es única), sino más bien lo relativo es el conocimiento que de ella podemos lograr. Es una cuestión relativa al método empleado para la investigación y la calidad de las informaciones de que se disponga.

En el contexto del proceso es apropiado hablar de verdad relativa y objetiva. La verdad de la determinación de los hechos es relativa —en el sentido de que es relativo su conocimiento— porque se funda en las pruebas que justifican la decisión del juez y que constituyen la base cognoscitiva en la que encuentra justificación el convencimiento de que un cierto enunciado corresponde a la realidad de los hechos del caso. Esa misma verdad es objetiva, en la medida en que no es el fruto de las preferencias subjetivas e individuales del juez, o de otros sujetos, sino que se funda en razones objetivas que justifican el convencimiento del juez y que derivan de los datos cognoscitivos que resultan de las pruebas.³⁶

También es inútil la distinción entre verdad formal o procesal y verdad material o real, pues es una falacia considerar que existen varias especies de verdad (unas que se encuentren dentro del proceso y otras que existan fuera de él), en tanto que es incuestionable, que la verdad de los enunciados sobre los hechos depende de la correspondencia de esos enunciados con la realidad de los hechos. De manera que no es válido pensar que fuera del proceso existan verdades absolutas y que estas no se puedan conocer en el proceso, pues si bien las reglas de oferta, admisión y valoración de las pruebas pueden limitar el conocimiento de la verdad, ello no implica que pueda en el proceso encontrarse una verdad diferente de la que se podría descubrir fuera del proceso. Las limitaciones de la regulación normativa de la prueba pueden ser impedimento para el conocimiento de la verdad, pero nunca servirán para crear una verdad diferente de la única verdad que es la ocurrida fuera del proceso.

Y, tampoco la llamada verdad legal o cosa juzgada produce ontológicamente una verdad diferente de la que se puede determinar fuera del proceso.

Por una parte nada excluye que la cosa juzgada se produzca respecto de una decisión que ha determinado la verdad de los hechos; esto es, en efecto precisamente lo que debiera ocurrir en la normalidad de los casos. Si la verdad ha sido

³⁶ *Idem*, p. 100.

descubierta, es claro que la cosa juzgada no impide ningún límite a su búsqueda. Por otra parte, se debe recordar que los efectos de la cosa juzgada, no se refieren a la determinación de los hechos: en el caso del Código de Procedimiento Civil italiano, la “determinación” (accertamento) a la que se refiere el artículo 2.909, al definir el objeto de la cosa juzgada, no corresponden a la reconstrucción de los hechos del caso, sino a la decisión sobre la existencia de la situación jurídica deducida en juicio. Por tanto, la cosa juzgada no impide que se vuelva a discutir sobre los mismos hechos en otra sede ni que pueda existir respecto de ellos una decisión diferente.³⁷

4. VERDAD Y JUSTICIA

Los argumentos anteriores, nos dice Taruffo (p. 114) explican una situación sociopolítica en que la verdad constituye un valor básico y un estándar al que, tanto el Estado como los ciudadanos debieran conformarse, y sin que esto pueda considerarse como un simple deseo o una nota de optimismo pues es racional considerar que lo deseable es vivir en un entorno que inspire en la medida de lo posible los valores de verdad, de sinceridad y de corrección.

En el contexto ético político que de esta forma se bosqueja tiene sentido preguntarse por el valor de la verdad en el ámbito de la administración de justicia. Prima facie se podría decir que ese valor existe y que es relevante. Por un lado, la administración de justicia constituye un sector importantísimo de la vida social y de la actividad del estado, de modo que en ella debieran reencontrarse los mismos valores de verdad que representan —como acabamos de verlo— los criterios constitutivos del correcto funcionamiento del sistema sociopolítico. Sería, por decir lo menos, paradójico que en un sistema democrático, inspirado en el valor de la verdad, la administración de justicia no se inspirara, sin embargo, en ese valor, o más aún, se fundara sistemáticamente en el error, en la mentira y en la distorsión de la verdad. Por otro lado, el binomio «verdad y justicia» es recurrente en el lenguaje común —y se podría decir— en el inconsciente colectivo, que asume que los dos términos están estrechamente conectados. Así por ejemplo, se supone que los testigos deben decir la verdad, que los derechos existen sí y cuando son verdaderos los hechos en que se fundan, que se es culpable sólo cuando es verdad que se ha cometido un delito, etcétera...³⁸

³⁷ TARUFFO, Michele, *op. cit.*, p. 101.

³⁸ TARUFFO, Michele, *op. cit.*, pp. 114 y 115.