

La Prueba como sustento de la Decisión Judicial



RODRIGO RIVERA MORALES

Abogado por la Universidad Católica Andrés Bello Extensión Táchira.
Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca.
Magíster en Planificación y Desarrollo Regional y Metropolitano.
USR-DEA-PIAPUR, Especialista en Derecho Procesal Universidad Libre de Colombia.
Especialista en Derecho Constitucional.
Especialista en Derecho Penal.
Profesor en la Universidad Católica del Táchira de pre y post-grado.
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.

Sumario:

- I. Ideas sobre fuente de prueba, medio de prueba y prueba:
 1. Medios de prueba.
 2. Fuentes de prueba.
 3. Prueba.
- II. Acerca del contenido de hecho y juicio sobre el hecho.
- III. Determinar el objeto de prueba.
- IV. Prueba y verdad. Verdad y Proceso: reglas procesales:
 1. Prueba, verdad y reglas procesales.
- V. La verdad como problema jurídico.
- VI. Las reglas procesales de la prueba: comunes y específicas.
- VII. La verdad de los hechos en el caso concreto.
- VIII. El razonamiento probatorio del juez: convicción y justificación.
- IX. La sentencia. Formación interna de la sentencia.
- X. La construcción de congruencia:
 1. Sistema de la sana crítica o persuasión racional.
- XI. Prueba y motivación de la sentencia.

"Costumbres intelectuales que fueron útiles y sanas pueden, a la larga entorpecer la investigación de la verdad".

BACHELARD, Gastón.

I. IDEAS SOBRE FUENTE DE PRUEBA, MEDIO DE PRUEBA Y PRUEBA

Ya BENTHAM habló del objeto fuente de la prueba y de la prueba que de su objeto resulta, y dijo que puede conservarse el objeto en su carácter natural y ordinario y perecer en su carácter de prueba. Pero la distinción, en rigor, la inicia CARNELUTTI y su desarrollo se debe a SENTÍS MELENDO. En América ha trabajado esto ARAZI, el maestro DÉVIS ECHANDÍA –siguiendo a Carnelutti y a Rocco– establece la distinción, pero hace énfasis en el concepto "probar". En España, varios autores tratan la distinción, entre ellos, GUASP, MONTERO AROCA, RAMOS MÉNDEZ, ORTELLS RAMOS. Proponemos los siguientes criterios.

Veamos algunos criterios. Para CARNELUTTI "testimonio, documento e indicio son los tres fuentes típicas de prueba", en cambio DEVIS ECHANDÍA dice que testimonio, documento e indicio son los tres medios típicos y SENTÍS MELENDO afirma que el testimonio y la declaración del testigo son medios, mientras que el testigo es la fuente. Por su lado GUASP, dice que fuentes son las operaciones mentales de donde el juez obtiene su propia convicción.

La confusión apuntada hace indispensable precisar qué se entiende por cada uno de estos conceptos.¹ Un poco por utilidad práctica.

En especial, para el proceso penal, pues en la etapa de investigación o preparatoria de juicio, se localizan fuentes de prueba, mas no se realizan pruebas, con excepción de la prueba anticipada.

1. Medios de prueba

Los medios de prueba son los caminos o instrumentos que se utilizan para conducir al proceso la reconstrucción de los hechos acontecidos en "la pequeña historia" que es pertinente al proceso que se ventila. Son aquellos que transportan los hechos al proceso. Son los instrumentos regulados por el derecho para la introducción en el proceso de las fuentes de prueba. Visto así son instrumentos de intermediación requeridos en el proceso para dejar constancia material de los datos de hechos. Es un concepto esencialmente jurídico.

Los medios son los instrumentos procesales que son susceptibles de proporcionar un dato demostrativo de la existencia de uno o más hechos, que nos sirven para reconstruir los acontecimientos y mediante los cuales se manifiestan las fuentes de prueba sobre el conocimiento o registro de los hechos. Son medios: la experticia, la documental, la testimonial, etc.

2. Fuentes de prueba

Dice MONTERO AROCA² que fuente es un concepto extrajurídico, que se corresponde forzosa-mente con una realidad anterior al proceso y extraña al mismo, pues existe independientemente de que llegue a realizarse o no un proceso. Si no entra al proceso no tiene consecuencias procesales, pero si puede tener efectos materiales. Las fuentes preexisten al proceso. En el proceso se discuten son hechos del pasado.

1 En los países que tienen habla inglesa –sistema anglosajón–, se disponen de términos distintos para designar estos diferentes conceptos, por ejemplo, el resultado probatorio (*proof*), la prueba disponible (*evidence*). Cfr. TARUFFO, Michele, *La prueba de los hechos*, Editorial Trotta, Madrid, 2002, pp. 438-452.

2 MONTERO A., J., *La prueba en el proceso civil*, 4ª Edición, Editorial Thompson-Civitas, Madrid, 1998, p. 137.

En este sentido se puede decir que fuente de prueba es el órgano, instrumento o circunstancia que conduce el hecho concreto al proceso porque en él está el hecho. Es el elemento en el cual ha quedado estampada o grabada la huella del hecho histórico que vamos a intentar reconstruir en el proceso.³ Puede verse que la fuente es material, ya no es en abstracto. Así no es la prueba testimonial como medio, sino la testigo Celeste que presencié los hechos; no es la prueba documental en abstracto sino el documento tal que contiene el contrato de arrendamiento entre Audrey y Gabriela; ya no es el vehículo como cosa en abstracto sino el vehículo placas tal sobre la cual recae la experticia. Vale decir que la fuente es de donde se extrae el conocimiento de los hechos en su sentido integral.

Así pues, que fuente de prueba; el hecho propiamente dicho y, las personas y cosas anteriores el proceso que registraron el hecho. En ocasiones el hecho fuente es el mismo que quiere probarse. Nótese que en la valoración uno de los aspectos es determinar la fiabilidad de las fuentes. Debe distinguirse entre la impugnación al medio probatorio y a la fuente.

3. Prueba

Es la concreción en el proceso de los hechos que en él se debaten que permite al juez formular la proposición "Está probado que(...)". En este sentido, es el resultado del acopio de la actividad probatoria en la realización de la fuente a través de los medios probatorios. Visto así la prueba como elemento procesal es el resultado de ese cúmulo de actividad probatoria. Es decir, el resultado que se extrae de las fuentes de prueba traídas en los distintos medios probatorios incorporados al proceso y que se han realizado.

II. ACERCA DEL CONTENIDO DE HECHO Y JUICIO SOBRE EL HECHO

Expone el maestro MUÑOZ SABATÉ⁴ "para que las instrumentas probatorias puedan llevar a cabo su función, deben hallarse naturalmente dotados de dos propiedades básicas: impresionabilidad y traslatividad". El primero se refiere al registro, al estampado del hecho histórico; el segundo, que pueda llevar al proceso el hecho, o sea, que sea apto para hacer la aportación al proceso.

Esto nos coloca en esta problemática: ¿Hay una fuente que estampe y traslade perfectamente –fielmente–, el hecho histórico? ¿El hecho jurídico es único o es atómico? Ello implica mirar desde un punto de vista epistémico el hecho –su contenido o esencia– y el juicio sobre el hecho.

La ciencia factual se dedica por definición a averiguar y entender hechos. La ciencia jurídica en muchos aspectos utiliza la palabra hecho, por ejemplo, la inspección judicial debe realizarse sobre hechos, para verificar hechos, en general la prueba es para verificar hechos relacionados con las alegaciones de las partes. No obstante, se observa que no hay una distinción entre hecho y juicio sobre el hecho. De suerte, que el derecho utiliza la palabra como la convicción lingüística que llama hecho a cualquier cosa que sea, o de que se trate, como, por ejemplo, todo aquello de lo que sepa o se suponga –con algún fundamento– que pertenece a la realidad.

En las ciencias fácticas un hecho es cualquier cosa que tiene lugar en el espacio-tiempo, se considera en algún respecto como una unidad, además cubre un lapso breve.⁵ Es obvio que en esa relación tiempo-espacio hay un complejo de atomicidad.

Por eso, en el hecho jurídico es preferible hablar de proceso, o sea, en el campo jurídico es

3 MUÑOZ SABATE, Luis, *Probatoria y Derecho Probatorio*. En: XXVII Congreso Colombiano de Derecho Procesal, 2006, p. 479.

4 MUÑOZ SABATE, Luis, *Técnica Probatoria*, Editorial Temis, Bogotá, 1997, pp. 157 y ss.

5 BUNGE, Mario, *La investigación científica*, Editorial Ariel, Barcelona, 1983, p. 718.

un hecho-proceso. De manera que sería una secuencia temporalmente ordenada de acaecimientos, tal que cada miembro de la secuencia toma parte en la determinación del miembro siguiente. De manera que la secuencia de llamadas que recibimos durante una semana no es un proceso propiamente dicho, al menos generalmente, pero sí lo es la secuencia de acaecimientos que empieza por una llamada como abogados y de allí se genera un estudio y un dictamen y termina con el pago de unos honorarios. O, cuando una persona llega a un sitio y está allí y de pronto saca un arma y dice esto es un asalto y se lleva un dinero. O, Diana le enseña a Mabel un apartamento y se ponen de acuerdo en el precio, y en la forma de pago. O, tal vez, María está casada con Carlos, y este tiene un seguro de vida fabuloso, cuya beneficiaria es María, ella adquiere un veneno y le va suministrando dosis hasta que se produce el deceso de Carlos.

Vemos en los ejemplos que lo que en el campo jurídico se califica como hecho: atraco a mano armada, compraventa a crédito, homicidio calificado, se compone de un conjunto de hechos simples, cada uno de los cuales puede ser núcleo de un nuevo hecho jurídico. Se trata de atomizar el hecho en una serie de hechos simples (*factio heuristica hipótesis*). Un hecho jurídico siempre se da en la intersección del mundo externo con un sujeto conocedor. Un hecho natural puede suceder sin el sujeto conocedor, el hecho jurídico no.

Ahora bien, un mismo hecho puede aparecer de modos diferentes a observadores diferentes, aunque estos se encuentren equipados con los mismos artificios de observación. También un hecho puede tener diversas formas de manifestación, pero su esencia es diferente a la forma de expresarse. Dentro de esta problemática, observamos que hay hechos observables y no observables.

Fijense que el objeto de la observación es un hecho del mundo interno o externo del observador. Sea interno o externo, el objeto tiene que ser perceptible para que podamos hablar de observación directa. Los sentimientos de otras personas es una observación indirecta: es una inferencia hipotética que se sirve de datos –hechos indicantes– de observación y de hipótesis.

Veamos el caso de envenenamiento. Un lego ve el cadáver de Carlos, pero no ve nada más. ¿Qué significa esto? Que una persona sin conocimientos adecuados puede fallar así: no llegar a ver lo que perciben los entrenados ojos del forense. Y, aunque vea el objeto o manifestaciones, puede no reconocerlo, porque el reconocimiento o interpretación preliminar es la inserción de algo en un marco preexistente. Por último, aun reconociendo correctamente el objeto, el lego puede ser incapaz de describirlo cuidadosa y adecuadamente.

En términos generales, para la ciencia jurídica, el contenido de hecho es la secuencia de acaecimientos interrelacionados unos con otros, de antecedente a consecuente, que tienen relevancia jurídica para aplicar la consecuencia jurídica contenida en una norma.⁶ Así pues, los hechos tienen una existencia material que pueden ser observados directa o indirectamente. Pueden recogerse o estamparse en diversos instrumentos, pero siempre aspectos del hecho. En conclusión, el hecho existe o no existe, u de otra manera ocurre o no ocurre. Sobre él no se puede establecer juicio de verdad o falsedad.

Un juicio en el sentido de la lógica es un pensamiento en el que se afirma o se niega algo de algo.⁷ Es claro que se distingue de la proposición, pues esta se enuncia mediante una oración con un significado en cuanto a relación que se establece entre los elementos que la integran.⁸ Un

6 TARUFFO, Michele, *La prueba de los hechos*, 2002, pp. 96-101.

7 GORSKI, D. R. y TAWANTS, O. V., *Lógica*, Editorial Grijalbo, México, 1974, p. 84.

8 COHEN, N. y NAGEL, E., *Introducción a la lógica y al método científico*, Segunda Edición, Editorial Amorrortu Editores, Tomo Primero, Buenos Aires, 1971, p. 41. Estos autores prefieren utilizar el término "proposición", expresan que la verdad o falsedad sólo puede predicarse respecto de su significado.

ejemplo aclara mejor la cuestión. *María es alta*, es un juicio. Pero, *María es la asesina de Carlos*, es una proposición. En la primera se enuncia una característica de algo; en la segunda se establece una relación. Es importante tener en cuenta esto para el análisis del hecho.

Vistas así las cosas, los hechos existen o no existen, ocurren o no ocurren. La forma como se trasladan al proceso puede ser: por medio de las afirmaciones de las partes o mediante los medios probatorios.

Recordemos que con relación a la prueba de los hechos en el proceso no es pacífica la idea de cuál es el objeto de la prueba, esto es, si este está constituido por los hechos o si, por el contrario, son las afirmaciones relativas a dichos hechos las que lo conforman. Que la prueba recaiga sobre las afirmaciones y no sobre los hechos no supone otra cosa que entender que en tanto aquellas son el vehículo imprescindible a través del cual los hechos se introducen en el proceso, la única forma de probar los hechos es a partir de la comprobación de la verdad de la afirmaciones vertidas en relación con ellos.⁹

Por ello, el hecho existe o no, por tanto no se puede predicar la verdad o falsedad de él. En cambio, de un juicio o de una proposición sí se puede predicar la verdad o falsedad, pues ellas estarán en función de la existencia o falsedad del hecho que se afirma. Se podrá predicar la verdad o falsedad de las afirmaciones de las partes, de las narraciones de los testigos, del contenido del documento, de una experticia.

Un testigo puede dar un juicio sobre un hecho o puede dar una proposición sobre el mismo. Si ese juicio no coincide con el hecho o las relacio-

nes que se establecen se puede decir que son falsos, mas no el hecho. Pueden ocurrir diversas hipótesis para estos casos, el testigo vio desde una perspectiva que le hizo ver la característica x, que no existe –un rayo de luz en un superficie en un momento puede dar la idea de un color determinado–, o una relación inexistente.

En este sentido, se sostiene que en el proceso hay dos vías de prueba que se complementan y condicionan. La prueba de la existencia o no del hecho; y la verdad o falsedad de las afirmaciones de las partes.

Discútase: ¿Toda descripción de un hecho es al mismo tiempo y en alguna medida una interpretación del mismo a la luz de algún cuerpo de conocimiento?

III. DETERMINACIÓN DEL OBJETO DE PRUEBA

En sentido abstracto el objeto de prueba es todo aquello que se pueda probar, en general sobre lo que puede recaer la prueba.¹⁰ Para algunos autores, el objeto de la prueba son los hechos; para otros, las afirmaciones de las partes sobre los hechos. CARNELUTTI¹¹ procuró conciliar ambas posiciones, destacando un objeto mediato (los hechos) y un objeto inmediato (las afirmaciones). Como se advirtió anteriormente, no es pacífica la idea de cuál es el objeto de la prueba en el proceso.

Se aprecia que la noción objetiva y abstracta del objeto de prueba puede ser tomada como un concepto general. Su formulación genérica permite tener como cierta la existencia de tal o cual suceso cuando coinciden los presupuestos que requiere su expresión en derecho. En con-

9 FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes, *Prueba y presunción de inocencia*, Editorial Iustel, Madrid, 2005, pp. 37-40.

10 PARRA QUIJANO, J., *Manual de Derecho probatorio*, 2001, p. 85. DEVIS ECHANDÍA, H., *Teoría General de la prueba Judicial*, Tomo I, 1993, p. 142. El ilustre maestro distingue entre objeto de la prueba y necesidad de la prueba.

11 CARNELUTTI, F., *Sistema de Derecho Procesal Civil*, Editorial LITEHA, Reimpresión, Tomo II, Buenos Aires, 1993, p. 450.

secuencia, como apunta PALACIO¹², pueden ser objeto de prueba tanto los hechos del mundo exterior (provengan de la naturaleza o de la acción humana), o de los estados de la vida interior del hombre (intención, conocimiento, voluntad, etc.). Esto no excluye que puedan probarse las normas.

En el campo jurídico, más en el proceso, se concreta la generalidad, porque la prueba se ocupa de hechos –de relevancia jurídica– y actos jurídicos que las partes afirman o niegan, y que han de ser verificados por ellas para fomentar la convicción del juez acerca de la razón que esgrime cada una de ellas en el conflicto.

Que la prueba recaiga sobre las afirmaciones y no sobre los hechos –postura que actualmente cuenta con mayor apoyo– no supone otra cosa que entender que en tanto aquéllas son el vehículo imprescindible a través del cual los hechos se introducen en el proceso, la única forma de probar los hechos es a partir de la comprobación de la verdad de las afirmaciones vertidas en relación con ellos. En nuestro criterio, el objeto de la prueba lo es tanto el hecho –pues él se afirma en el proceso– como la afirmación, puesto que la correlación u objeto de esta es precisamente un hecho.

Visto lo que puede ser objeto de prueba, que en términos generales es una noción abstracta (con relación al proceso) pero objetiva (en cuanto a que es materializable) debemos determinar ¿qué debe ser probado?, qué es propiamente el *thema probandum* o necesidad de prueba, la cual es objetiva (hechos que pueden ser materia de prueba) y concreta (con relación al caso o proceso concreto). Así que, es evidente que esto tiene que ver en relación con el proceso concreto. Como en el mismo se debe aplicar unas normas, es claro que el *thema probandum* son los elementos fácticos que sirven de

presupuesto a aquellas normas con base a las alegaciones de las partes.¹³

Así pues, el tema de prueba es lo que debe ser objeto de prueba en un determinado proceso, en función de cuáles sean los hechos introducidos por las partes. Es preciso tener evidente que la necesidad del (*thema probandum*) es una necesidad del proceso, que por un lado obliga a las partes a probar sus afirmaciones, pero por otro el juez requiere de ellas para su decisión y poder formular el juicio de “está probado que (...)”, o “existen elementos de convicción que (...)”, o que “no está probado que (...)”.

Así pues, el destinatario de la prueba, el juez, tendrá que llegar a cierta convicción con el objeto de dictar sentencia. Esto nos permite elaborar una pregunta ¿qué es lo que debe probarse? Siguiendo a TARUFFO¹⁴, debe entenderse que en el proceso se demuestran hechos no para satisfacer exigencias de conocimiento en estado puro, sino para resolver controversias jurídicas acerca de la existencia de derechos: esto es, no se pretende determinar el hecho en sí mismo sino en la medida en que este es el presupuesto para la aplicación de normas en el caso concreto.

Pero, aunque como regla general la prueba recaiga sobre los hechos, no hay que olvidar que algunos tipos de hechos no requieren ser probados por diversas razones. Entre ellos tenemos: a) los hechos notorios, b) las máximas de experiencia, c) los hechos no controvertidos, d) los hechos presumidos –debe probarse el antecedente o hecho base.

Discútase: Si hay una afirmación de una parte que no es rechazada por la otra –admitida tácitamente–, de aquella se puede aplicar una presunción, ¿podrá el juez hacerlo sin que esté acreditado el hecho base?

12. PALACIO, Lino E., *Derecho Procesal Civil*, Editorial Abeledo Perrot, tomo IV, Buenos Aires, 1975, p. 234.

13. MONELLI, Gian Antonio, *La carga de la prueba*, Editorial Temis, Bogotá, 2004, pp. 468-489.

14. TARUFFO, Michele, *Op. Cit.*, p. 90.

IV. PRUEBA Y VERDAD. VERDAD Y PROCESO: REGLAS PROCESALES

Lo primero que debemos aclarar es que la verdad es un proceso. La verdad objetiva no depende de la conciencia humana. Existe independiente de ella. Así, por ejemplo, un crimen existe aún cuando no se encuentre el cadáver, ni se conozca el autor. Tiene que seguirse un camino de investigación para alcanzar la coincidencia entre la verdad subjetiva y la objetiva, esto es, entre el conocimiento y el objeto. Es innegable que hay una interrelación entre verdad y demostración o entre prueba y verdad.

En el pensamiento humano, en especial en el camino del conocimiento, se presenta la relación prueba-verdad. No se discute, cuando se trata de las ciencias fácticas que esa relación es vital, pues, la condición primaria y necesaria para que una afirmación posea carácter científico es que este probada (demostrada). Por contrario, en las ciencias culturales se admiten diversos rangos: verosimilitud, probabilidad y certeza. No obstante, consideramos que en el proceso, instrumento para la realización de la justicia, debe plantearse la relación prueba-verdad, también como vital. En el proceso se va discutir si han ocurrido ciertos hechos y para ello debe utilizarse la prueba para dilucidar tal controversia.¹⁵

En la *relación prueba-verdad* en el campo jurídico podemos ver las dos formas más comunes, así: a) de carácter *conceptual*: un juicio o proposición está probada si es verdadero y hay elementos suficientes a su favor¹⁶; aquí la relación supone un resultado, pero puede ocurrir que una proposición esté probada y sea falsa; b) de carácter *teleológico*: la verdad es la finalidad de

la actividad probatoria, en este sentido la verdad no juega rol definitorio de la prueba. Esta tesis sostiene que la finalidad principal de la actividad probatoria es alcanzar el conocimiento de la verdad acerca de los hechos ocurridos y cuya descripción se convertirá en premisa del razonamiento decisorio.¹⁷

El problema de la prueba en la dimensión jurídica es que se ha visto signada por una visión sumamente estrecha. Hoy día, con el avance en diversas disciplinas científicas se presentan nuevas perspectivas como es en el campo de la lógica, la epistemología y la psicología.¹⁸ Bajo la visión de prueba legal se construyó un sistema probatorio cerrado, formalista, con un conjunto de reglas probatorias que abarcaban las actividades posibles de prueba de los hechos. No se pensó en un sistema dinámico, ni mucho menos apreciar la verdad y la prueba como un proceso dialéctico.

Esta problemática ha generado polémica erigiéndose tesis que niegan que en el proceso judicial pueda alcanzarse la verdad. Estas tesis, conforme a los estudios de TARUFFO¹⁹ y PARRA QUILIANO²⁰, se fundamentan en la imposibilidad teórica, imposibilidad ideológica, imposibilidad práctica e irrelevancia de la verdad en el proceso civil. *Contrario sensu* los que afirman la posibilidad de lograr la verdad asumen que si hay posibilidad teórica, ideológica y práctica.

Nos mostramos partidarios de la tesis que en el proceso es posible alcanzar la verdad. Es más, consideramos que si bien es cierto que el proceso es un instrumento para la solución de conflictos, no es su única finalidad, sino que ella está conexas con la justicia, la alteridad, la paz, la seguridad jurídica y la racionalidad humana.

15. *Ibid.*, p. 21.

16. BENTHAM, Jeremías, *Tratado de las pruebas judiciales*, Editorial EJEA, Buenos Aires, 1971.

17. FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón*, Tercera Edición, Editorial Trotta, Madrid, 2002, p. 551 y ss.

18. TARUFFO, Michele, *op. cit.*, p. 22.

19. *Ibid.*, pp. 27-56.

20. PARRA QUILIANO, Jairo, *op. cit.*, pp. 1 y ss.

Una cosa es la composición de intereses y otra la justicia y la verdad. Por otra parte, si bien existen limitaciones legales-procesales en el uso de los medios probatorios, no es menos cierto que existen mecanismos para que el juez aplique sus facultades probatorias y que en su apreciación aplique razonada y racionalmente la sana crítica. No tenemos reserva en expresar que en el proceso debe investigarse y descubrirse la verdad, dotando al juez de facultades probatorias, por supuesto, resguardando las garantías y derechos constitucionales del debido proceso, del derecho de defensa, del derecho a la prueba.

Como se puede apreciar, el fin de la prueba judicial será encontrar la verdad o la certeza de las alegaciones, a cuyo efecto el objeto de la prueba reposa en ella (afirmaciones o negaciones) y, aún así, será posible constatar que las mismas afirmaciones encubren casi siempre un juicio de valor que mediatiza el puro hecho.²¹

Precisamente, la verdad de las afirmaciones reside en la necesaria correspondencia que debe producirse entre ellas y su objeto, esto es, los hechos (de modo que podríamos decir que es el hecho el que hace verdaderas o falsas nuestras afirmaciones, pero estas funcionan jurídicamente con independencia de la existencia o no del hecho).

1. Prueba, verdad y reglas procesales

Es claro que la relación entre estos términos depende del sistema jurídico. No obstante, en mi criterio, debe revisarse desde el punto de vista epistemológico. Sin duda, la verdad como proceso dialéctico tiene una relación con la prueba y a su vez se van estableciendo principios reguladores para la contrastación y verificación. La verdad, en este sentido, es histórica. Pero no

debe descartarse que en el mundo de lo social y político se instituyan un conjunto de reglas de juego, a partir de las cuales nacen o se establecen ciertas formas de subjetividad.²² Quizá sea una forma de representarse la realidad, esto es, la ideología.²³ No cabe duda que vista la verdad como un proceso histórico la relación básica es entre el hombre y la verdad.

Recordemos que la limitación práctica y técnica del hombre hizo que su primera verdad fuese "revelada". Pero sobre esta base se empezó a construir un sistema ideal de verdad. Pero la práctica social condujo a que se establecieran contradicciones que alcanzaron las formas de poder lo que exigía, para la conservación y resguardo del mismo, ciertas formas de indagación. La indagación con reglas, para saber quien hizo qué cosa, en qué condiciones y en qué momento, apareció como forma de investigación en la Edad Media en el seno del orden jurídico. Desde ese momento, se fueron configurando reglas específicas de averiguamiento que se utilizaron desde la reflexión filosófica y práctica científica hasta los procesos judiciales.²⁴

Conforme al poder dominante se van estableciendo las reglas de indagación en el control social, por ello, en el ámbito jurídico se implantan un conjunto de reglas procesales que erigen límites a la posibilidad de determinación de la verdad de lo ocurrido a través de las pruebas.²⁵ En este sentido, es posible afirmar que la prueba debe ser pensada como el medio a través del cual el derecho pretende establecer la verdad de las proposiciones en el marco del proceso judicial.

Normalmente, las reglas procesales sobre la prueba se pueden agrupar así: a) reglas que se refieren a los medios probatorios (cuales son

21 RAMOS MÉNDEZ, F., *Derecho Procesal Civil*, Editorial J.M. Bosch, Barcelona, 1986, p. 531.

22 FOUCAULT, Michel, *La verdad y las formas jurídicas*, 4ª Edición, Editorial GEDISA, Barcelona, 1995, p. 17.

23 ALTHUSSER, Louis, *La revolución teórica de Marx*, Editorial Siglo XXI, México, 1968, pp 136 y ss.

24 FOUCAULT, Michel, *Op. Cit.*

25 FERRER BELTRÁN, Jordi, *Prueba y verdad en el derecho*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 38.

admisibles, cuáles no, los específicos para un procedimiento determinado, etc., b) reglas que manejan la actividad probatoria (inicio y final, formas de realización, la iniciativa, la carga, etc.), y c) reglas que se refieren al resultado probatorio, concretamente a su valoración. Un análisis serio nos permite ver que, al menos los dos primeros tipos de reglas no implican problema para el establecimiento de la verdad; pero las últimas sí son reglas de tarifa legal nos parece que si son limitativas a la verdad puesto que reduce el conocimiento a lo formal.²⁶

Entendemos que la libertad para indagar la verdad no está sometida a límites jurídicos. Las reglas, lo que configuran, es un marco prescriptivo, en qué campo se debe mover la actividad probatoria. Sin embargo, debe advertirse que la racionalidad y la lógica imponen al Juez unos límites para determinar los hechos probados, de suerte que una violación a esas reglas constituye una arbitrariedad, lo que significa que es una limitación jurídica de orden garantista constitucional.

Discútase: En la libertad de averiguar la verdad ¿Puede el juez proponer medios probatorios distintos a los propuestos por las partes, incluso aquellos que llevan implícita la posibilidad de incorporar hechos al proceso, hechos no alegados por las partes?

V. LA VERDAD COMO PROBLEMA JURÍDICO

Con relación al problema de la verdad se han elaborado innumerables tesis, especialmente desde el punto de vista filosófico. No obstante, debe revisarse que en el derecho se ha transitado bajo muchas concepciones de entender

la verdad. Incluso, históricamente son variadas las formas que se han practicado para obtener la verdad. Se han superado antiguas concepciones, las cuales fueron llevadas a la práctica judicial durante varios siglos, y que propiciaban la verdad a toda costa, incluso utilizando métodos aberrantes violentando la dignidad e integridad humana, era lícito utilizar tormentos para obtener confesiones, y a las que calificaban como "verdad" confesada.²⁷

En todo caso, el problema que se plantea es ¿Qué es la verdad? ¿Existe una verdad absoluta? ¿En derecho se puede hablar de una verdad con relación a una disputa de derechos? Definitivamente, este problema comporta diversos enfoques, básicamente de la filosofía del derecho y de la teoría general del derecho. Hemos decidido cambiar de criterio y asumir que la verdad procesal debe ser una reproducción o fiel reflejo de la verdad material. No es conveniente en el marco de este texto entrar en la bizantina discusión acerca de la oposición de la verdad material y de la verdad procesal. Debemos tener claridad, que tanto en el proceso civil como en el penal, en fin en cualquier clase de procesos debe perseguirse la verdad. Pensamos que el juez debe ejercer sus facultades para obtener un convencimiento que lo aproxime a la verdad y de certeza y seguridad a su decisión. Vale decir que rechazamos esa distinción entre verdad material y formal (procesal), tal como dice CARNELUTTI²⁸ refiriéndose a la noción de verdad formal:

"[...] no es más que una metáfora, sin lugar a dudas; en realidad, es fácil observar que la verdad no puede ser más que una, de forma que la verdad formal o jurídica o bien

²⁶ *Ibid.*, pp. 41-48.

²⁷ URBANO CASTRILLO, Eduardo de y TORRES MORATQ, ANGEL, *La prueba ilícita penal*, 3ª Edición, Editorial Thomson-Arandi, Navarra, 2003, p. 33. Dicen los autores que "En efecto, la experiencia histórica nos ha dado abundantes ejemplos de pavorosas aberraciones contra la dignidad y los derechos humanos que partían indefectiblemente, de criterios dogmáticos de verdad preestablecidos (la inquisición, los procesos de Moscú, la justicia helenoana...) y que nos han enseñado que la verdad material no puede ser conocida en todo caso y con cualquier medio" (Cf. Hassemmer, W. Fundamentos de derecho penal).

²⁸ CARNELUTTI, Francesco, *Sistema de Derecho procesal civil*, Volumen I, Editorial UTHEA, reimpresión, Buenos Aires, 1993, pp. 29-30.

coincide con la verdad material, y no es más que verdad, o diverge de ella, y no es más que una no-verdad”.

El problema de la verdad, como se expuso *ut supra* se vincula al problema probatorio: ¿cómo obtenerla?; por ello, se ha planteado como una finalidad de la realización de las pruebas. Por ello se pregunta ¿Para qué se prueba en el proceso? ¿Qué finalidad se busca al presentar la prueba en un juicio? Se ha dicho que la finalidad de la prueba es establecer la verdad, otros que se trata de convencer al juez de los hechos para que este tenga la certeza que fundamente su decisión, y otros que se trata de fijar los hechos. Desde un punto de vista pragmático se prueban los hechos, se trata de reconstruir los hechos para que el juez de una solución al conflicto de derechos o pretensiones. Pero consideramos que es insuficiente en un Estado de derecho y de justicia. Sin entrar a hacer consideraciones acerca de la temática de la verdad, se puede indicar que la forma como está elaborado el sistema probatorio conduce a establecer una verdad histórica, es decir, a una reconstrucción de los hechos para apreciar a través de ellos a quien corresponde el derecho. Se trata pues, de fijar la existencia de los hechos, lo que sería la verdad histórica, o sea, el convencimiento de la existencia de un hecho. Sin dudas que allí estamos en presencia de la convicción, que de suyo es subjetividad. Tal como lo expresa HUERTAS MARTÍN²⁹, resulta meridiano que, si ya en el campo global de la existencia humana la verdad es un concepto difuso, si ni siquiera el campo de la filosofía ha dado una respuesta consensuada a qué es la verdad, no puede pretenderse en la esfera procesal sentar las bases de la verdad material como la verdad absoluta de los hechos; necesariamente debemos indicar que la verdad que se alcanza en el proceso es una verdad re-

lativa, particular del propio proceso, pero que por exigencias del sistema procesal y el orden jurídico ese pronunciamiento jurisdiccional se considera como verdad “procesal”. El juez llega a la convicción que esa es la verdad procesal.

En el uso común la convicción significa una creencia que tiene suficiente base objetiva para ser admitida por cualquiera. KANT³⁰ la define como “creencia que para ser válida debe estar dotada de razón”. Nótese que están sumamente ligados los conceptos de credibilidad, certeza y convicción. Algunos pensadores partiendo del pensamiento cartesiano identifican lo verdadero con lo cierto. Surge el problema ¿Qué es lo cierto? Los científicos asumen que lo cierto es lo objetivo y demostrable, que puede ser percibido por los sentidos y en el entendimiento. En el caso de las ciencias sociales es más complicado, pues la verdad aquí no se presenta en forma absoluta sino en forma relativa. En el proceso lo que vamos a encontrar son verdades empíricas, esto es, hechos, o sea, la verdad histórica.

Tenemos que, lo que es objetivamente considerado, se llama verdad histórica, desde un punto de vista subjetivo es certeza. Probar los hechos, demostrando su existencia o no, es una forma de tener una verdad que es histórica. Con razón decía el maestro COUTURE³¹ “probar es demostrar de algún modo la certeza de un hecho o la verdad de una afirmación”. El juez fórmula el juicio “Está probado que P” con los elementos de convicción que obran en el proceso, es decir, tiene elementos de juicio suficientes a favor de su proposición. Así tenemos, siguiendo a TARUFFO³² que:

“La hipótesis de fondo es que la decisión judicial puede y (...) debe basarse en una

29 HUERTAS MARTÍN, María Isabel, *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, Editorial J.M.Bosch, Barcelona, 1999, p. 279.

30 Tomado de YDONES J., Simón, *Credibilidad y certeza de la prueba judicial*, Editorial Leyer, Bogotá, 2000, p. 34.

31 COUTURE, Eduardo, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1978, p. 215.

32 TARUFFO, Michele, *Op. Cit.*, p. 84.

reconstrucción verdadera de los hechos de la causa. Así identificado el objetivo de la determinación de los hechos, resulta evidente que el término "prueba" se identifica sintéticamente el conjunto de elementos, de los procedimientos y de los razonamientos mediante los cuales se elabora, verifica y confirma como "verdadera" aquella reconstrucción.

Esto nada dice acerca de las condiciones de aceptabilidad, lo cierto es que la convicción tiene menor exigencia que la verdad. Lamentablemente, con el sistema judicial actual sucede que en muchos casos lo que se considera probado acerca de los hechos no corresponden con la verdad. De tal manera que puede ocurrir fabilidad en la decisión judicial respecto a los hechos probados, lo cual puede suceder por dos formas distintas: a) por falta de concordancia entre los hechos probados y los hechos que se declaran (ej. falso supuesto), y b) por quebrantamiento de las reglas procesales y valorativas que regulan su adopción o su contenido (ej. sana crítica, máximas de experiencia).

Mirando de cerca el proceso es viable acompañar la tesis que el Juez juzga, en el proceso civil, son los hechos objeto de prueba, que no son otros que los formulados por las partes, de tal forma que la convicción o certeza del juez discurrirá sobre la verdad de los enunciados que han fijado las partes. Que el juez intente buscar otros hechos distintos a los alegados se sale de sus atribuciones e incurriría en arbitrariedad. En el proceso tendrán que probarse los enunciados sobre los hechos declarados por las partes.³³ En este sentido, el éxito de la intervención de las

partes en la fase probatoria, se verá si logran convencer al juez de que su "narración" o "descripción" de los hechos (su pequeña historia) es verdadera.³⁴

Esto no excluye que con base de los hechos alegados y narrados por las partes el juez pueda profundizar en el conocimiento de ellos y encontrar la verdad en esa pequeña historia. Por supuesto, el juez, en la búsqueda de la verdad, debe actuar imparcialmente, con idoneidad y transparencia, permitiendo a las partes el ejercicio de sus derechos y garantías procesales.

VI. LAS REGLAS PROCESALES DE LA PRUEBA: COMUNES Y ESPECÍFICAS

En el mundo de la ciencia fáctica existe la libertad ideal probatoria, no hay reglas que limiten en el tiempo ni en la actividad, salvo las cuestiones éticas y económicas. Pero en el mundo del proceso si hay un límite de tiempo y de actividad.

Si bien es cierto que en nuestros sistemas se consagra la libertad de medios probatorios, no puede predicarse una aplicación absoluta, dado que deben preservarse otros valores y principios, en caso de conflicto deben ponderarse.³⁵ Así, por ejemplo, frente a la libertad probatoria se erige la regla de exclusión de la prueba ilícita, o la regla que prohíbe al juez hacer uso de su conocimiento privado del hecho. Además, pueden existir otras normas que tratan de privilegiar otros valores, distintos a la problemática de la racionalidad de los hechos, como es la seguridad del Estado.

33. SERRA DOMÍNGUEZ, M, *Contribución al estudio de la prueba*. En: *Revista Jurídica de Cataluña; Estudios de Derecho procesal*, Editorial Ariel, Barcelona, 1969, p. 359; SENTÍS MELENDO, Santiago, *La prueba*, Editorial EJEA, Buenos Aires, 1979, p. 158.

34. MUÑOZ SABATE, Luis, *Técnica probatoria: estudio sobre las dificultades de la prueba en el proceso*, Editorial Praxis, Barcelona, 1967, p. 59. Dice que: para determinar el concepto de prueba en el proceso civil hay que tener en cuenta el papel enmarcador o fijador que en él juegan las afirmaciones de las partes. No pertenece a la prueba, enseña CARNELUCCI, el procedimiento mediante el cual se demuestra o se halla una verdad afirmada. De ahí su empleo del término *verificación de un juicio*, o de ahí también que se hable de *confrontación* de la versión de cada parte con los elementos o medios producidos para abonarlas, o de *comparación* de las afirmaciones iniciales de las partes con las afirmaciones instrumentales ya depuradas, o de *comprobación*, *contrastación*, *corroboración*, etc.

35. TARUFFO, Michele, *Op. Cit.*, p. 358.

El procedimiento probatorio está sometido a los principios que gobiernan al proceso, pues es el eje central del mismo. Debemos recordar que la Constitución tiene normas directamente referidas al tema probatorio. De suerte que la organización del procedimiento de pruebas debe garantizar el debido proceso y todos los derechos que él involucra. Por ello, es una necesidad la regulación legal del sistema probatorio. Esta regulación implica una ordenación en cuanto a tiempo, lugar y modo de la aportación y producción de las pruebas. Para mantener el equilibrio procesal entre las partes y satisfacer la las exigencias constitucionales de proceso justo, tutela efectiva, simplificación y uniformidad, se deben estipular lapsos procesales y requisitos para la validez de los actos, no se trata de formalismos inocuos sino de formas que inciden en la plenitud del acto y que constituyen garantía para las partes de la transparencia judicial.

Se considera una condición del debido proceso que haya una regulación del sistema probatorio, en cuanto a tiempo, lugar y modo de aportación y producción de las pruebas. Formas que regulen el aporte y control de las pruebas formadas en procedimientos no regulados por la ley, por ejemplo, una huella, una marca. Esto no contradice de ninguna manera el principio de la libertad probatoria, en el sentido de no limitarse los medios probatorios; ni tampoco va contra la libre apreciación de la prueba. La regulación se refiere a los aspectos (modo, lugar y tiempo) que se han señalado, esto es: la forma que debe revestir la prueba que se aporte o produzca, en la cual deben estar involucrados los principios generales que gobiernan a la prueba (contradicción, publicidad, lealtad, etc.); lo relativo a la competencia y los requisitos para su tramitación; finalmente, lo que comprende los lapsos para la incorporación al proceso.

Concretamente la pregunta del caso sería ¿Cómo se prueba? Como probar está en la esencia del proceso, es su columna vertebral, pero ello mismo es proceso, por lo que puede verse como sucesión de actos, regulados por la ley, con la secuencia y precedencia allí establecida. Las fuentes de prueba se incorporan al proceso, con la finalidad de darle certeza a las afirmaciones de hechos dadas por las partes, mediante actos procesales previamente regulados, los cuales conforman una estructura y nexos entre ellos, entre los sujetos y en general con el proceso y el sistema de justicia.

El procedimiento probatorio no es, por tanto, la exigencia de unos requisitos meramente formalistas, representa el ejercicio de las partes del derecho fundamental de probar, del cumplimiento del debido proceso y de la manera como se obtiene la certeza para la realización de la justicia.³⁶ Tiene que quedar claro que hay normas procesales que regulan el procedimiento probatorio para hacer efectiva, precisamente, la tutela. No obstante, debe prevenirse que la prueba no siempre es necesaria –puede ocurrir que las partes convengan en los hechos y estén en desacuerdo en el derecho, por lo que el trámite será de mero derecho.

El régimen probatorio varía según impere uno u otro tipo sistema procesal. En uno u otro tipo la forma de promoción u oferta varían, así como la aportación o evacuación. Así tenemos que en el proceso oral se da en algunos casos la promoción en la demanda y la concentración del debate probatorio en la audiencia oral; en el proceso escrito está determinado el período, aunque este sistema tiene variantes, por ejemplo, en Colombia se exige que las partes presenten o pidan las pruebas en la demanda y en la contestación.³⁷

36 MONTERO AROCA, J. *Op. Cit.*, p. 172.

37 Artículos 75, ord. 10: 77, 78 y 79. En el proyecto de Código Procesal tipo iberoamericano se formula en el artículo 111, que debe acompañarse a la demanda toda la prueba documental que se intente hacer valer (ord.111.1) y también la solicitud de rendición de la prueba testimonial y cualquier otro medio de prueba (111.2) y dispone el artículo 121 que en la contestación el demandado deberá acompañar y pedir las pruebas.

Otro aspecto común es lo relacionado con la carga de la prueba. Esto nos lleva a plantearnos diversos interrogantes: ¿A cuál de las partes le atañe probar un determinado hecho? ¿Cuál de las partes resulta afectada por no aparecer probado ese determinado hecho? ¿Es legítima una sentencia que afecta a una parte que no pudo probar un hecho real, que hubiera variado la decisión de haberse probado, porque le resultaba muy difícil? ¿Qué sucede con la tendencia moderna del derecho a que el proceso deba estar encaminado a buscar la verdad? ¿Cómo se puede explicar que renunciemos al conocimiento de un hecho por los medios permitidos por la ley y lo sustituyamos por el famoso slogan de la "carga de la prueba", para dictar una sentencia que sea injusta y no corresponda con la verdad? Finalmente, ¿cómo queda el criterio clásico de carga de la prueba con la aplicación de las facultades probatorias del juez?

Algunos doctrinarios han criticado el concepto de carga de la prueba, porque se ha vinculado un poco a la idea de obligación, lo que contradice un poco la búsqueda de la justicia, pues, la obligación en principio puede ser exigida coercitivamente o se aplica en sustitución una sanción, lo que significaría que la parte que no pueda probar por ser difícil y costosa, sería sancionada por no probar su derecho mediante una sentencia que le priva su auténtico derecho, ¡Vaya contradicción! Pero también hay que evaluar que si el proceso tiene como norte la verdad, ¿cómo puede estar sometida al criterio de carga de la prueba como regla de valoración?

De todo lo expuesto se pueden inferir dos aspectos básicos que se deben tener en cuenta con relación al problema de la carga de la prueba, que son: a) Probar es esencial para el resultado del proceso, actividad que compete primariamente a las partes –*onus probandi*³⁸ (de nada

sirve el derecho si no se prueba, cuestión que se manifiesta en muchas máximas romanas: *actore non probante reus absolvitur* –si el demandante no prueba se absuelve al demandado–, *onus probandi incumbit actori* –la prueba incumbe al actor–, *non ius deficit, sed probatio* –no falla el derecho, sino la prueba–, *reus in exceptione fit actor* (cuando el demandado propone excepciones debe probar), cuestión que se matiza en nuestro proceso porque el juez tiene facultades en razón de hallar la verdad; b) La finalidad del proceso es la realización de la justicia como garantía de los derechos de la persona; debe verse, entonces, el proceso como la tutela judicial efectiva de los derechos de las personas. Tiene que compatibilizarse el interés privado con el interés público; la imparcialidad con el deber de buscar la verdad; la igualdad ante la ley con la desigualdad social y económica.³⁹

En el Anteproyecto del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica en el artículo 129 se combina el principio dispositivo con facultades de iniciativa probatoria del juez, la norma dice:

"Corresponde probar, a quien pretende algo, los hechos constitutivos de su pretensión; quien contradiga la pretensión de su adversario tendrá la carga de probar los hechos modificativos, impeditivos o extintivos de aquella pretensión. La distribución de la carga de la prueba no obstará a la iniciativa probatoria del Tribunal ni a su apreciación, conforme con las reglas de la sana crítica, de las omisiones o deficiencias en la producción de la prueba".

Es claro que el proceso moderno implica dos nociones básicas, a saber: por un lado, la de derecho subjetivo procesal cuyos titulares son las partes, por tanto pueden ser o no ejercitados por las mismas; por el otro, la de carga procesal,

38 *Onus, oneris*, sustantivo latino que significa carga o peso. *Onus probandi* es un fragmento de una norma atribuida en mayor enunciado al jurista Celsio Juvencio.

39 Es claro que el sistema debe propiciar a través de los mecanismos legislativo y judicial el equilibrio social material, una de estas formas es precisamente suplir, dentro del marco de las garantías, esa debilidad, otorgando ciertas facultades al juez para que en el proceso pueda existir un equilibrio.

que es como la otra cara de la moneda, o sea del no ejercicio del derecho subjetivo con lo cual se puede generar una consecuencia negativa o perjuicio. Con el ejercicio se obtiene una ventaja en el sentido jurídico, pero si no se ejercita puede ocurrir un perjuicio.

Finalmente, consideramos que el criterio clásico de carga de la prueba tiene que ceder ante los valores de justicia y paz social. Compartiendo el criterio del profesor PARRA QUIJANO⁴⁰ afirmamos que en la distribución de la carga de la prueba deben aplicarse, valorándolos con prudencia y sentido de justicia, los principios de la igualdad de las partes, la lealtad probatoria y agregamos los de comunidad de la prueba y del interés público de la prueba.

Como regla de juicio funciona cuando hay falta de prueba, pero en todo caso el juez debe mirar la comunidad de la prueba y la adquisición procesal de la misma; la pretensión y los alegatos aducidos, la posibilidad de ejercer sus facultades probatorias, los deberes de lealtad y probidad probatoria, porque puede ocurrir que una parte obstaculice y no colabore en la prueba teniendo mayor facilidad para aportarla.

Como hemos indicado, en la doctrina imperante en el proceso moderno la teoría de la carga de la prueba se ha resuelto de modo directo en una regla de juicio para el juez, regla que le fija como debe decidir cuando un hecho no ha sido probado, y de modo solo indirecto en una regla de conducta para las partes.

Esta regla es aplicada al final del proceso, cuando llega la hora de dictar sentencia, el juzgador puede considerar que, respecto de él y de su certeza, cada uno de los hechos afirmados por las partes se encuentra en una de estas posibles situaciones⁴¹:

El hecho afirmado por la parte existió, dado que ha sido probado y generado certeza, por lo cual

el Juez dará la fórmula "está probado que (...)"; pudiendo ser en sentido constitutivo, descriptivo o normativo, y declarar la consecuencia jurídica prevista en la norma de la que el hecho es supuesto fáctico.

1. El hecho afirmado por la parte no existió, dado que ha sido probado y generado certeza, por lo cual el Juez dará la fórmula "está probado que no (...)"; y declarará que no ha lugar a la consecuencia jurídica prevista en la norma de la que el hecho es supuesto fáctico.
2. El hecho afirmado no ha llegado a ser probada su existencia o inexistencia, por tanto, no se ha producido la certeza sobre el mismo ni positiva ni negativamente. El juez tiene que dictar sentencia sobre el fondo del litigio, estimando o desestimando la demanda, sin que sea posible el *non liquet*.

El problema surge en el tercer supuesto, pues, el Juez tiene el deber inexcusable de sentenciar. Como el derecho le impone el deber de sentenciar es lógico que el derecho le diga cómo solucionar el problema que se le presenta cuando hay falta de prueba sobre un hecho. Allí aparece la doctrina de la carga de la prueba como regla de juicio para el juez, pues las normas fijan las consecuencias de la falta de prueba de los hechos (carga de la prueba en sentido material). Así, cuando hay falta de prueba, el juez ha de preguntarse a cuál de las partes perjudicará está circunstancia y cuál debió probarla, de manera que el juez ante un hecho no probado –independientemente de a quien le correspondía la carga formal de probarlo– debe decidir a cuál de las partes debe sufrir las consecuencias de esa falta de prueba.

Sobre esta teoría tenemos algunas observaciones. En primer orden, conforme a nuestras normas procesales, los jueces tienen iniciativas

40 PARRA QUIJANO, J., *Op. Cit.*, pp. 154–156.

41 MONTERO AROCA, J., *Op. Cit.*, p. 112.

o facultades probatorias (facultad-deber), realizables cuando haya duda u oscuridad, por lo que el fundamento de la teoría de la carga de prueba como regla de juicio para el juez por insuficiencia o falta probatoria salta endeble por los aires, pues, si ocurre la duda o la falta de prueba que llene de convicción, se debe a la negligencia o ignorancia del juez incumplir con esa facultad-deber; a menos que, sea por los límites sociales del conocimiento, esto es, que no haya elementos científicos para demostrar una relación –esto en cuanto el problema probatorio sea para establecer una relación causal de tipo determinístico, podríamos citar como ejemplo, una responsabilidad por producto, como consecuencias dañosas por abono foliar–.

En segundo orden, si dicha regla de juicio para el juez le orienta en cuanto a la conducta de las partes en materia probatoria de sus afirmaciones de hecho, podemos hacernos un par de preguntas: ¿Qué sucede cuando el Juez no cumple su deber-facultad, dejando solo a las partes la actividad probatoria? Es claro que el juez no puede suplir defensas de las partes, ni en sus actividades; pero, si tiene el deber de verdad y de justicia. Cuando hay duda, es decir, no se está en los supuestos 1º (*está probado que el hecho existió*) y 2º de la tesis (*no está probada la existencia del hecho*), el juez tiene que ejercer su facultad-poder y no puede eludir esa obligación. No se trata de suplir la negligencia de algunas de las partes, si no que partiendo de que la comunidad procesal tiene la obligación de la realización de la justicia. La segunda pregunta que podemos formularnos es ¿qué sucede cuando no hay suficiente conocimiento científico para establecer una relación de causalidad determinística? ¿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 un factor (acción humana) y de una consecuencia (resultado lesivo), siempre que no sea posible hallar otra explicación más convincente para dicha consecuencia? 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 criterio, en tesis que sostengo –lo trataré más

adelante–, es posible en estos casos sentenciar clarificando en la decisión que hay insuficiencia de prueba, para que en caso de aparecer nueva prueba y con potencialidad para variar el criterio puede replantearse la demanda, lo que significaría que no se formaría cosa juzgada material contra la prueba nueva.

En todo caso se tiene que precisar que si bien en el proceso penal se produce una distribución de la carga (dinámica) de la prueba, por supuesto con particularidades propias y que difieren de la distribución en materia civil. Tales especialidades se derivan a la presunción de inocencia, no sólo por lo que respecta a su carácter de regla según la cual es el ministerio fiscal –acusación– la que en todo caso asume la iniciativa probatoria, sino también respecto del grado de prueba que se exige a cada una de las partes para que un determinado hecho pueda considerarse probado.

De acuerdo con ello, la presunción de inocencia como regla de distribución de la carga de la prueba implica que, mientras la acusación no acredite los hechos determinantes de la culpabilidad, el imputado no asume carga de la prueba alguna, sino que simplemente tiene la posibilidad de ejercitar un derecho a la prueba de descargo, pero sin correr riesgo alguno de ser condenado si no la ejercita.

Así que cuando la acusación ha aportado prueba de cargo contra el imputado, de tal manera que pueda desvirtuar la presunción de inocencia, es el acusado a quien le corresponde desvirtuar esa prueba de cargo. Hay que recordar que la insuficiencia de prueba que produzca duda razonable, la misma debe favorecer al reo.

Finalmente, están las reglas particulares de regulación de cada medio probatorio. Estas regulan desde la formación, la forma del aporte y su práctica en el proceso. Por supuesto, presentan algunas particularidades con relación al tipo de proceso y de procedimiento.

Discútase: ¿Puede aplicarse la regla de la inversión de la carga de la prueba en el proceso penal?

VII. LA VERDAD DE LOS HECHOS EN EL CASO CONCRETO

Se ha señalado que los hechos en el caso concreto llegan al proceso: por la afirmación o resistencia de las partes o por medio de las fuentes de prueba. En estos últimos hay que distinguir entre aquellos medios que traen los hechos al proceso, por ejemplo, los testigos, declaración de parte, etc., que incluso llevan la posibilidad implícita de incorporar hechos al proceso; y, aquellos medios que sirven a la mejor valoración de los hechos que han sido aportados al proceso, por ejemplo, la experticia, la inspección judicial.

Cuando se habla de la verdad de los hechos tenemos dos sentidos: 1) Los hechos ocurrieron o no. En este caso el problema es de demostrar la existencia o no de ellos –aquí sería la imposibilidad de la ocurrencia–; 2) Los juicios y/o proposiciones que hacemos sobre los hechos, bien como afirmaciones, o bien como narraciones o descripciones de los hechos. Aquí se trata de demostrar la verdad o falsedad del juicio o la proposición. Que en todo caso se trata de establecer si hay identidad entre lo expuesto y las cosas objeto de ello. Lo que significa que necesariamente se tiene que buscar el hecho.

Ya hemos señalado que en el proceso se trata de reconstruir la pequeña historia que ha desembocado en una controversia jurisdiccional. Se comentó que el hecho jurídico –que es un hecho histórico– es atómico, cuya realización implica un progresivo y regresivo desencadenamiento de hechos simples, que se relacionan y condicionan, que van dejando huella en su decurso, como tales e incluso desde ángulos y perspectivas diferentes.⁴² Esto significa que en la reconstrucción histórica del hecho controver-

tido tenga que mirarse su entorno, su dinámica, en fin ver todas sus piezas.

Para alcanzar este cometido tenemos que disponer de medios probatorios que contengan las propiedades de impresionabilidad y traslatividad. Debe tenerse presente que una u otra propiedad puede ser fuerte o débil, ser imperfecta o extinguirse. Por ejemplo, un testigo con dificultades auditivas no registra perfectamente la impresión del hecho, o que muera. Además, está el problema de la recepción del hecho, lo cual se da en un proceso complejo de captación y comprensión. Esto es predicable incluso de los medios mecánicos, por ejemplo, una fotografía capta un ángulo o perspectiva, sin movimiento ni voces; una filmación capta el enfoque del filmador; un documento registra un contenido escrito, pero no las circunstancias internas de las voluntades que se expresan en el acto.

Por otro lado, desde el punto de vista del contenido del hecho, hay problemas con la impresionabilidad y la traslatividad cuando se trata de hechos con un curso causal complejo. Parece ser conveniente que se defina el concepto *curso causal complejo*, diremos que es aquel en donde 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 determinada fundamentalmente: 1) por tratarse de cadenas causales escasamente conocidas en cuanto a sus detalles, aun cuando se conozca el inicio y la consecuencia (ej. 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

42. MUÑOZ SABATE, Luis, Op. Cit., p. 143. En su escrito *Probática y Derecho Probatorio*, en XXVII Congreso Colombiano de Derecho Procesal, Universidad Libre de Colombia-Instituto Colombiano de Derecho Procesal, p. 489, el profesor Muñoz introduce el criterio del espectro factual hipotético (EFH). Sostiene que ese H debe verse siempre desde una visión molar; porque la vida demuestra que cada hecho jurídico se puede descomponer, a su vez, en un serido de hechos moleculares, cuya relación con el probandum puede presentar una apariencia de accesoria o de irrelevancia suficiente para desoñarlos, cuando en realidad ningún ladrillo carece de importancia para sostener una estructura.

uno u otro resultado, por la complejidad de los sistemas sobre los que le factor externo actúa (ejemplo: el polvo de carbón y el fumador).

Así pues, que en este contexto de enjuiciar conforme a criterios de razonamiento práctico lo que se pretende no es únicamente comprobar que, conforme a las leyes causales aceptadas, se ha producido una relación de causalidad en el caso concreto, sino más bien, el principal punto de interés en el proceso de construcción decisoria es la identificación del factor o factores concretos –humanos– que pusieron en marcha la cadena causal. O en otras palabras, en la adscripción de un curso causal a una acción (tomamos la idea de Kinahauser de acción en el sentido que existe de hecho para el sujeto otra opción de intervención en el curso fáctico controlada por su voluntad, a manera de ejemplo, de un mismo curso causal –un movimiento de las cuerdas vocales– pueden derivarse acciones totalmente diferentes: una oración, una blasfemia, una injuria, un mentira, un elogio), generalmente humana como punto de partida del mismo. Se trata, como condición necesaria, el de conectar –adscribir– el inicio y configuración del curso causal a una acción humana (introducir por ejemplo el elemento tóxico, omitir un procedimiento de apesía de materia primas, etc.), para ello, en caso de productos deberá hacerse un análisis completo de las acciones básicas. Desde este enfoque, en última instancia, se trata de determinar si se dan esas conexiones causales entre los resultados de las acciones básicas realizadas y el resultado final jurídicamente relevante (puede ocurrir que se introduzca con conocimiento una sustancia tóxica, pero tolerable en cierta cantidad y el consumidor se exceda, pese a advertencia en la ingesta). Por lo visto, podemos hacer una primera aproximación que el juez tiene que determinar si existe relación de causalidad en el caso concreto, y no el de establecer un concepto genérico de la misma y utilizarlo como máxima

de experiencia, lo que significaría una violación al derecho de presunción de inocencia.

En mi criterio, con base a la evolución de la ciencia, los conceptos tradicionales de relación de causalidad como “conexión conforme a las leyes de la naturaleza” o que “causa es una parte necesaria de una condición mínima suficiente”, no son bastantes o no proporcionan base capaz para determinar en qué casos se da tal conexión.

Otra dificultad surge por la presencia de las regulaciones probatorias. Conforme a las normas procesales lo que debe ser probado en juicio depende de los supuestos de hecho a los que las normas jurídicas atribuyen consecuencias jurídicas. Esto supone probar la afirmación de la ocurrencia del hecho. Recuérdese que los supuestos de hecho son definidos en formas distintas, entre ellas se pueden distinguir entre los hechos definidos descriptivamente y los hechos definidos valorativamente.⁴³ En las primeras, la identificación se realiza a través de hechos o datos empíricos; en las segundas, se emplean términos indeterminados y valorativos, por ejemplo, daño grave, como un buen padre de familia, etc. El problema es cómo identificar elementos cognoscitivos para determinar un valor o indeterminación como probado. Hay que expresar que en estos casos de hechos definidos valorativamente lo que recae sobre el hecho es un juicio de valor el cual no puede ser estimado como falso o verdadero. Imaginemos que hay una acusación en la cual se imputa “actos de exhibición obscena”. ¿Cuáles son los parámetros para calificar una acción determinada como exhibición obscena?

Debe concluirse que la determinación de la verdad de los hechos en el proceso es sumamente compleja, más no imposible, ni que no sea deseable o ideal.⁴⁴ En este orden de idea se comparte la tesis que es necesario situar la

43. FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prueba y verdad en el derecho*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 49.

44. TARUFFO, Michele, *Op. Cit.*, p. 167.

determinación verdadera de los hechos entre los objetivos institucionales del proceso, dado que sin esta hipótesis es casi imposible explicar racionalmente en qué consiste la justicia de la decisión.⁴⁵

VIII. LA SENTENCIA. FORMACIÓN INTERNA DE LA SENTENCIA

Se ha dicho que la sentencia es "el acto decisorio de un proceso de cognición".⁴⁶ Eso significa que la misma se ha formado en un proceso complejo de conocimiento. La formación de la sentencia puede considerarse en su aspecto externo y en su aspecto interno. En el primer caso, se refiere al conjunto de actos que debe realizar el juzgador para elaborar la sentencia. En todo caso depende si es unipersonal, colegiado o mixto. En el segundo aspecto, se entiende el fenómeno psicológico que se desarrolla en la mente de los jueces para realizar esa expresión de pensamiento y de voluntad en que la sentencia consiste. Este proceso lógico pasa por confrontar los hechos expuestos en la demanda con los que el derecho establece para su aplicación. Allí hay la formulación de muchos juicios y proposiciones.

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 complejo.⁴⁷

Es indudable que el aspecto externo de la sentencia no revista mayor inconveniente, pero el estudio de la formación interna sí reviste gran dificultad.⁴⁸ 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 sí.⁴⁹

Estos enlaces que se van construyendo constituyen proposiciones en el sentido lógico, lo cual conforma la argumentación. Debe examinarse que en la sentencia también confluye la interpretación, la cual se da, por una parte, sobre los hechos y, por otra, sobre el contenido y alcance

45 *Ibidem*, p. 168. Cfr. PARRA QUJANO, Jaime, *Racionalidad e ideología en los Pueblos*, Editorial Temis, Bogotá, 2004, pp. 12-13.

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

47 GOZÁÑI, Osvaldo A., *Teoría General del Derecho Procesal*, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1999, p. 242.

48 ORTELLS RAMOS, Manuel, *Derecho Procesal Civil*, 6ª Edición, Editorial Aranzadi, Navarra, 2005, p. 426.

49 GUASP D., J y ARAGONESES, P., *Derecho Procesal Civil*, Quinta Edición, Tomo I, Editorial Civitas, Madrid, 2002, pp. 502-503.

de las normas, que en principio deben ser interpretadas conforme a los principios y valores constitucionales.⁵⁰ Hay que expresar que estos son expresión de los valores, creencias y convicciones de un pueblo. Ello significa que deben ser concebidos en una dinámica.

ROBERT ALEXY⁵¹ 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 solo 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 commento* 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 solo 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.

Sin embargo, siguiendo la doctrina española⁵², sin pretensiones de solución, más que todo a fines didácticos, podría usarse el siguiente esquema:

1.- Verificar si el ordenamiento contiene normas (aunque no hayan sido alegadas por las partes:

iura novit curia) que atribuyen a los hechos alegados las consecuencias jurídicas que las partes han pedido. Así, tras el conocimiento de los hechos alegados y de las consecuencias jurídicas perseguidas, el juzgador debe examinar la existencia, vigencia, validez y significación de las normas jurídicas que sean atinentes al supuesto fáctico planteado. Para realizar esta labor se debe acudir al sistema de fuentes, partiendo de la ordenación constitucional como fuente de fuentes. Si realizada esta labor, el litigio puede terminar aquí si el juzgador llega a las siguientes conclusiones: a) Que el ordenamiento no concede la consecuencia jurídica pretendida o la niega en absoluto, por ejemplo, que se pida que la persona sea condenada a contraer matrimonio sobre la base de una promesa matrimonial; b) Que el ordenamiento no concede la consecuencia jurídica pretendida con base de los hechos alegados. Por ejemplo, que el actor pretenda que se declare la nulidad del contrato alegando la incapacidad del menor (artículo 1145 Código Civil venezolano- 1745 Código Civil colombiano). Es claro que el juicio continúa si los hechos alegados pueden dar lugar a la consecuencia jurídica perseguida, si ellos se establecen en el litigio como ciertos.

2.- La segunda etapa del enjuiciamiento se orienta a la fijación de los hechos de los que ha de partirse para resolver en concreto la cuestión jurídica.

Debe separar de los hechos alegados, los que hayan sido admitidos, los que sean notorios y los evidentes, pues estos no ameritan prueba. Quedarán solo los hechos controvertidos y para los cuales habrá de examinarse conforme al resultado de la prueba. Obviamente, hará examen de la pertinencia de los hechos con relación a la pretensión.

Para determinar el resultado el juez debe realizar una doble operación, a saber: a) la interpretación

50 ESCOBAR LEÓN, Ramón, *La motivación de la sentencia y su relación con la argumentación jurídica*, Edita Academia de Ciencias Sociales y Jurídicas, Caracas, 2001, pp. 46-49.

51 ALEXY, Robert, *Teoría del discurso y derechos humanos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1995.

52 ORTELLS RAMOS, Manuel, *Derecho Procesal Civil*, 6ª Edición, Editorial Aranzadi, Navarra, 2005, p. 426.

de la prueba, es decir, determinación del significado de lo declarado por la parte, por el testigo, o por la pericia o por el texto del documento; b) la valoración de la prueba, para determinar si los datos revelados a través de la práctica de los diversos medios de prueba han de considerarse o no como ciertos, conforme al método de la sana crítica o reglas legales de valoración si hay tasación. De aquí pueden surgir hechos firmes relevantes y hechos débiles no relevantes, pero pueden llegar a servir de base para establecer otros hechos o presunciones.

3.- Con base en las operaciones anteriores se habrá obtenido un conjunto de afirmaciones de hechos verificadas o tenidas por ciertas. Aquí debe establecerse las relaciones que regula el derecho. Es decir, además de resolver la cuestión de la existencia de los hechos, el juez ha de apreciar también su esencia, su entidad o significación jurídica. Debe tenerse en cuenta que la interpretación del acto o negocio jurídico no es una cuestión de hecho, sino de significado y alcance.

4.- Se establece la subsunción de ese conjunto de hechos jurídicamente calificado en el supuesto fáctico de la norma o normas. Advertimos que la premisa mayor la elabora el juez. No tiene vinculación a las normas alegadas por las partes. Su vinculación es con los hechos alegados y probados.

5.- Realizada la subsunción el juez, en el supuesto más simple, solo tiene que ordenar que se produzca en el caso concreto la consecuencia jurídica.

Este es, más o menos, el esquema de formación de la sentencia. No obstante, debe manifestarse que en la práctica judicial hay los llamados casos fáciles, para los cuales es muy útil el silogismo; pero también hay los llamados casos

difíciles, para los cuales no es muy útil y fácil la aplicación del silogismo, especialmente para aquellos denominados "casos trágicos", según ATIENZA⁵³, que frente a ellos no es posible tomar una decisión que no vulnere algún principio o valor fundamental del sistema. En algunos casos el juez se encuentra ante la disyuntiva de si hace justicia o si aplica la norma. No está ante una alternativa de normas, sino ante sacrificar principios o valores imperantes socialmente, en finalidad de dar solución al conflicto.

IX. LA CONSTRUCCIÓN DE CONGRUENCIA

La sentencia como acto procesal está sujeta a una serie de requisitos (artículos 12 y 243 Código Procesal Civil venezolano, artículos 304 y 305 Código Procesal Civil colombiano). El de mayor relevancia con relación a lo probado y alegado es lo relativo a la congruencia.

Por congruencia debe entenderse como la conformidad que debe existir entre la sentencia y la pretensión o pretensiones que constituyen el objeto del proceso, más la oposición u oposiciones en cuanto delimitan ese objeto.⁵⁴ En la definición de congruencia encontramos dos términos: a) la actividad procesal de las partes, que se integra por la pretensión procesal, las alegaciones de hecho y derecho, tanto de la demanda como de la resistencia, b) la sentencia del juez conforme al primer término. En materia penal, en el sistema acusatorio se habla como principio de dicho sistema la congruencia entre acusación y sentencia; no obstante, se advierte que no debe atribuirse el mismo contenido que en el proceso civil.⁵⁵

Esto indica que para construir la congruencia el juez debe hacer un examen exhaustivo. En primer término, examinar en la actividad de las partes, cuanto han alegado –demanda y resistencia– oportunamente conforme a las

53 ATIENZA, Manuel, *Tres de justicia*, Editorial Ariel, Barcelona, 1995, p. 177.

54 GUASP D., J y ARAGONESSES, P., *Derecho Procesal Civil*, Quinta Edición, Tomo I, Editorial Civitas, Madrid, 2002, p. 509.

55 GONZÁLEZ NAVARRO, Alicia, *Acusación de defensa en el proceso penal*, Editorial Bosch, Barcelona, 2004, pp. 132-133.

reglas procesales. Se examina la demanda, la contestación, la reconvencción y los actos de renuncia, admisión o allanamiento, transacción o desistimiento. En segundo término, determinación clara de las partes en el proceso, lo que implica análisis de las partes actualizadas, los originales y agregados, si hay sustitución procesal, si hubo pérdida de esa condición –muerte, etc.–. En tercer término, examinar la pretensión procesal, de forma integral, tanto el objeto inmediato –específica actuación jurisdiccional–, como mediato –el bien jurídico específico que se requiere, debe ceñirse a los límites cualitativos y cuantitativos de dicho objeto–. En cuarto lugar, si hay cumplimiento de los presupuestos procesales para dictar sentencia de fondo –por ejemplo, si hay litisconsorcio necesario y no acudieron todos–, de las alegaciones de terceros, de alegaciones de las partes influyentes en la admisibilidad.

Se infringe la congruencia, si no se resuelve sobre todo lo que se debió resolver y por exceso, si se resuelve sobre lo que no es objeto de resolución.

Si no se resuelve sobre todo y se omite pronunciamiento se tendrá incongruencia negativa. Debe examinarse todo lo pedido, incluso lo pedido fuera de los actos de demanda y contestación, como confesión ficta, perención, etc., pues si los ignora y no los considera en el fallo, se produciría vicio de omisión de pronunciamiento o incongruencia.⁵⁶ La doctrina en los casos que no hay pronunciamiento sobre todo lo alegado y pedido lo califica como incongruencia negativa. El juez debe resolver en forma expresa, positiva y precisa todos los alegatos que sustentan la pretensión y todas las defensas y excepciones interpuestas por el demandado.

Se infringe la congruencia si se toman en consideración hechos constitutivos no alegados por el actor. También si resuelve sobre la pretensión

procesal en atención a hechos impeditivos o extintivos no alegados por ninguna de las partes, salvo que excepcionalmente el juez deba tomarlos en cuenta de oficio. O si se resuelve en atención a hechos excluyentes que el demandado no hubiese hecho valer.

Realizado este examen debe hacerse la congruencia exhaustiva entre lo alegado y lo probado. No basta hacer afirmaciones o alegaciones, deben exponerse los hechos que la fundamentan y estos deben ser probados. En él su congruencia se pronunciará sobre lo que fue probado y lo que no fue probado, si la prueba fue suficiente o no, si se aplica alguna regla, por ejemplo, de la carga de la prueba, etc.

X. EL RAZONAMIENTO PROBATORIO DEL JUEZ: CONVICCIÓN Y JUSTIFICACIÓN

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 MORELLO⁵⁷, *"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 MORELLO⁵⁸ que *"la decisión de fondo constituirá una aplicación eficazmente válida de la ley cuando objetivamente se encuentre acertada la verdad de los hechos"*.

56 ABREU BURELL Alkio y MEJÍA ARNAL, Luis A, *la casación civil*, Editorial Homero, Caracas 2005, pp. 369-370. Cita jurisprudencia del TSJ en sentencias de 25-5-2000 y 27-3-2003.

57 MORELLO, Augusto, *La prueba: tendencias modernas*, Segunda Edición, Editorial Librería Editora Platense, Buenos Aires, 2001, p. 40.

58 *Ibidem*.

Los autores, respecto a los sistemas de valoración y apreciación de las pruebas, han tratado de clasificar los que se han aplicado en diversas etapas históricas y legislaciones. No hay un criterio único, por ejemplo, ROCHA ALVIRA⁵⁹ "reducidos a su más simple expresión, no son sino tres: el de tarifa legal; el del íntimo convencimiento que por ciertos respectos podría llamarse "de conciencia"; y el de persuasión racional. La doctrina europea distingue las llamadas *pruebas legales* y las llamadas *pruebas libres*".⁶⁰ Otros autores nos hablan del sistema de libre apreciación, del sistema de tarifa legal, del sistema de la sana crítica y de un sistema mixto. El ilustre SENTIS MELENDO⁶¹ expresaba que habían los sistemas extremos: "en la que la libertad falta en absoluto o en los que la libertad es absoluta", por lo que puede haber sistema intermedio, el cual era la sana crítica. Sistema que no es resultado de una combinación de los extremos. Así pues, el razonamiento probatorio del juez se realiza conforme al sistema-método que tenga que aplicar.

1. Sistema de la sana crítica o persuasión racional

Este sistema proviene del modelo de la ley española de 1855, el cual fue tomado por diversos países en sus codificaciones. Este concepto configura una categoría intermedia entre la tarifa legal y la libre apreciación. Se ha pretendido superar la excesiva rigidez de la primera y la excesiva incertidumbre de la segunda.

Dice SENTIS MELENDO⁶² refiriéndose al concepto sana crítica, "el concepto y la expresión nos pertenecen; son netamente hispánicos. Fuera de nuestros países, la sana crítica, como sistema de valoración de la prueba, o mejor como expresión de esa valoración, no se encuentra". Este sistema, pues, proviene del derecho español⁶³, si se quiere es la conjunción de las reglas de experiencia con el método lógico de la ciencia, lo que significa que el juez y, en general los abogados, deben manejar el arte de la argumentación como corolario de la aplicación de métodos lógicos para la elaboración de los juicios (proposiciones).⁶⁴

Ahora bien, ¿qué es la sana crítica, además de una expresión idiomática? Nadie nos lo ha podido decir; ni las leyes, ni la jurisprudencia, ni la doctrina. SENTIS MELENDO⁶⁵ expresa lo siguiente:

"Se identifica por algunos con la lógica; por otros con el buen sentido, extrayendo las reglas de la lógica, basándose en la ciencia, en la experiencia y en la observación; otras veces es la lógica crítica aplicada al proceso; el buen sentido; coincide con las reglas del correcto entendimiento humano; con la crítica o el criterio racional; se confía a la prudencia, rectitud y sabiduría de los jueces; debiendo en cada caso examinar las circunstancias que lo rodean".

El profesor COUTURE⁶⁶ dice "las reglas de la sana crítica son, ante todo, las reglas del correcto enten-

59 ROCHA ALVIRA, Antonio, *De la prueba en Derecho*, Ediciones DIKE, Medellín, Colombia, 1990, p. 97.

60 COUTURE, Eduardo, *Op. Cit.*, p. 258.

61 SENTIS MELENDO, Santiago, *La prueba*, Editorial EJEA, Buenos Aires, 1990, pp. 239 y ss.

62 SENTIS MELENDO, S., *La prueba*, *Op. Cit.*, p. 48.

63 La sana crítica se encuentra en la ley española de enjuiciamiento civil de 1855, concretamente en el artículo 317 se preveía: "Los jueces y tribunales apreciarán, según las reglas de la sana crítica, la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos". En América fue acogida desde hace tiempo por Argentina.

64 CSJ, Sentencia 18-12-90: "Se infringe la sana crítica cuando la sentencia se limita a describir los elementos de autos sin analizarlo en absoluto en su virtualidad probatoria o cuando su valoración de las pruebas está en franca contradicción con las pautas lógicas que rigen la investigación de la verdad, o cuando se hacen aseveraciones apodícticas para el establecimiento de los hechos, de forma que revela una prematura o irreflexiva formación de la convicción del juez". PIERRE TAPIA, O., *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia*, *Op. Cit.*, Año 1990, No. 12, p. 290.

65 SENTIS MELENDO, S., *Op. Cit.*, p. 52.

66 COUTURE, E., *Op. Cit.*, p. 270.

dimiento humana". En ella interfieren las reglas de la lógica, con las reglas de la experiencia del juez. Por ello, se dice que las reglas de la sana crítica consisten en su sentido formal en una operación lógica. No obstante debe saberse que la simple aplicación del silogismo jurídico no es suficiente para convalidar una sentencia. Debe, entonces, confrontarse el análisis lógico con la correcta apreciación de las máximas de experiencia. Agregaba con mucha claridad:

"Las reglas de la sana crítica son, ante todo, las reglas del correcto entendimiento humano. En ellas interfieren las reglas de la lógica, con las reglas de la experiencia del juez. Unas y otras contribuyen de igual manera a que el magistrado pueda analizar la prueba (ya sea de testigos, de peritos, de inspección judicial, de confesión en los casos en que no es lisa y llana) con arreglo a la sana razón y a un conocimiento experimental de los casos".

Por su parte, PARRA QUIJANO⁶⁷ dice que son pautas que elaboramos (para juzgar), utilizando como materiales el ambiente creado por el proceso en cuestión (pequeña historia del proceso), las máximas de experiencia y si es el caso las reglas técnicas, científicas o artísticas (prueba pericial).

EXPONE FABREGA⁶⁸ que la sana crítica implica:

- 1) Las pruebas deben obrar válidamente, en el proceso, esto es, haberse practicado con arreglo a las disposiciones legales.
- 2) La apreciación debe tener puntos objetivos de referencia y dejarse constancia de ello en el fallo.
- 3) Examen integral de cada medio de prueba, entrelazado con los distintos medios que obran en el expediente. El examen en conjunto requiere, obviamente, análisis

del valor probatorio de cada medio en sus particularidades.

- 4) La apreciación del juez está sujeta a control del superior.

2. El razonamiento probatorio

Se asume la tesis que la prueba tiene una función cognoscitiva. En este sentido no se comparte la tesis que la prueba tiene finalidad argumentativa-persuasiva. Obsérvese, como lo expone TARUFFO⁶⁹, una prueba falsa puede ser persuasiva, como también puede serlo una argumentación radicalmente viciada desde el punto de vista lógico, o absolutamente irracional.

Cuando se trata de fijar el razonamiento probatorio se parte de examinar la eficacia de la prueba. En los sistemas en donde se aplica la técnica de la prueba legal existen reglas predefinidas, que en forma general y abstracta, que indican el valor que debe atribuirse a cada medio de prueba. En cambio, en los sistemas de prueba libre o libre convicción no hay estas reglas y se deja a la discrecionalidad en cada caso, basándose en los presupuestos de la razón.

No obstante, se debe expresar que un método racional de valoración de la prueba supone un conjunto de instrumentos que confieren validez al conocimiento científico. Por ello, se considera que el sistema de sana crítica es aquel que permite una dialéctica en el razonamiento con la realidad concreta y con el sistema en general.

Del sistema de la sana crítica para la valoración de la prueba, se predicen los siguientes elementos:

- a) El juez debe examinar la prueba racionalmente, con arreglo a las normas de la lógica y de la experiencia.

67 PARRA QUIJANO, J. Op. Cit., p. 71.

68 FABREGA, Jorge, Op. Cit., p. 336.

69 TARUFFO, Michele, *La prueba de los hechos*, 2002, pp. 96-101.

- b) La prueba debe haber sido practicada y aportada al proceso de acuerdo a las formalidades legales.
- c) Examen integral de cada medio de prueba, entrelazado con los otros y examen en conjunto.
- d) Para que sean apreciadas las pruebas, se requiere que revista los elementos esenciales y que sean incorporados válidamente al proceso.

Ahora vamos a tratar el examen que hace el juez de la prueba para proferir sentencia, el cual se conoce como apreciación de la prueba. En realidad, el juez realiza un doble raciocinio sobre los medios existentes en la causa: valorarlos y apreciarlos. Advertimos que, ya lo hicimos con anterioridad, con relación a la prueba, apreciar y valorar no son términos equivalentes. Apreciar es un concepto más amplio, mientras que valorar es más específico.⁷⁰

En el proceso de apreciación se dan dos subprocesos de conocimiento y que se presentan en sucesión. En primer lugar, el juez hace un examen individual de cada medio en cuanto a su resultado, que no es más que hacer una interpretación del contenido practicado de la prueba, por ejemplo, qué dijo el testigo, qué establece el documento, etc. En segundo lugar, hace una valoración, que no es más que establecer juicios acerca de la autenticidad y eficacia probatoria de los resultados de cada uno de los medios, esto es, determinar el valor concreto que debe atribuirse a los mismos. Es el proceso de establecer juicios al valor del medio y su resultado, por ejemplo, el documento es auténtico y no fueron desvirtuados sus elementos constitutivos por lo que representa correctamente los

hechos. Debe tenerse en cuenta que son dos momentos (interpretación-valoración) de un mismo proceso que es el de apreciación.

Ya, pues, en la etapa de la decisión final, el juez debe procurar con la mayor exactitud posible determinar, cómo afecta y qué influencia ejercen los diversos instrumentos probatorios sobre la decisión que debe tomar. Ya en el proceso de apreciación, que es el conjunto de interpretación-valoración, el juez adoptará las fórmulas propias de: "Está probado por... J que" o "no está probado que... J", obviamente, que eso significa un análisis de concordancia y convergencia con los resultados de los diversos medios. Hay que tener en cuenta que este proceso va a estar sometido a los regímenes impuestos por las legislaciones nacionales, pues allí se acogerán a un sistema u otro, tanto en la aportación como en la valoración y apreciación de los medios probatorios. En especial la tasación se configura sobre la valoración.

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 relevante para una causa judicial no disponga de elementos de juicio suficientes a su favor o bien que sí disponga de ellos.⁷¹

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. Pién-

70 Esta es una conclusión que llegamos y expusimos hace unos años. Tesis que no coincide con DEVIS ECHANDÍA, H., *Teoría general de la prueba judicial*, Op. Cit., pp. 273 y ss.; PARRA GUJANO, J., *Manual de Derecho probatorio*, Op. Cit., pp. 147 y ss. En el mismo sentido de considerar la apreciación y valoración como conceptos distintos MONTERO AROCA, J., *La prueba en el proceso civil*, Op. Cit., p. 543. Advertido que la distinción entre interpretación y valoración proviene de CALAMANDREI, Piero, *Estudios sobre el proceso civil*, Editorial EJEA, Buenos Aires, 1965, pp. 339 y ss.

71 FERRER BELTRÁN, Jordi, Op. Cit., p. 36.

sese, por ejemplo, cuando el juez cree que hay elementos suficientes para fijar que el hecho está probado o no está probado. A su vez, cómo justificar una y otra situación.

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 distinto.⁷²

Así las cosas, debe decirse que el juez tiene cierto grado de libertad o discrecionalidad frente al conjunto de pruebas para arribar a un estado de conocimientos acerca de los sucesos que se debaten. Por ello, es fundamental que el juez tenga en consideración los errores más frecuentes para no incurrir en ellos.⁷³

Los doctrinantes en general admiten que, con relación a la valoración y apreciación de prueba, pueden incurrirse en violación indirecta de la ley sustancial⁷⁴, cometiéndose errores de derecho y errores de hecho.

Los errores de derecho se dan en el proceso de formación de la convicción o certeza, por ello, se señalan dos hipótesis: a) *falso juicio de convicción*, cuando se hace una indebida estimación de los elementos de juicio, así: a) le asigna tarifa a un medio sin estarlo, 2) toma como no tarifado un medio, cuando efectivamente lo está, y, 3) cuando se requiere un medio especial de prueba no lo acata; b) *falso juicio de regularidad*, aquí se está violando las formas procesales de producción del medio probatorio, dándose cuando: 1) se niega eficacia a una prueba legalmente producida, y, 2) se le da eficacia a una prueba que fue producida y allegada al proceso sin cumplir las formalidades legales.

Los errores de hecho ocurren fundamentalmente en el proceso de fijación de los hechos como resultado de la actividad probatoria, pueden ser: a) *falso juicio de existencia*: 1) ignora el medio de prueba –silencio de prueba–, 2) supone la existencia de un medio de prueba y atribuye que probó un hecho determinado. Hay una falseación de la comunidad probatoria; b) *falso juicio de identidad*, puede darse bajo las modalidades de: 1) agregar contenidos fácticos o expresiones fácticas al medio probatorio, 2) mutila o suprime contenido fáctico o expresiones, y 3) tergiversa el contenido probatorio o fáctico, hay propiamente un error de interpretación del contenido

72 FLORIAN, Eugenio, *De las pruebas penales*, Editorial Temis, Bogotá, 1995, pp. 357 y ss.

73 JURISPRUDENCIA. CSJ-SCC, sentencia del 5 de marzo de 1992. TSJ-SCC, Sentencia No. 322, de 22 de julio de 2002. Cfr. SCC, sentencia No. 108, de 3 de marzo de 2003. Vid. Doctrina de la Sala de Casación Civil No. 4, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2003. En la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo de Justicia se ha interpretado que los posibles casos, conforme al artículo 320 CPC, que se examinaría los hechos son: 1) Cuando se trate de un error de derecho por la infracción de una norma jurídica que regule: a) el establecimiento de los hechos, esto es, disposiciones que determinen un medio de prueba preciso para demostrar un hecho; b) la valoración de los hechos, o sea, preceptos que otorguen una determinada calificación jurídica a un conjunto de hechos; c) el establecimiento de las pruebas, es decir, normas que establecen formalidades procesales para la promoción y evacuación de las mismas; y, d) la valoración de las pruebas, vale decir, aquellas disposiciones que determinan el valor probatorio de un medio de prueba e indican como el juez debe valorar la prueba. 2) Cuando se trate de un error de hecho por la ocurrencia de algunas de las tres (3) hipótesis de suposición falsa, con violación por falsa aplicación de una norma, debido a la subsunción de un hecho falso o inexacto en el supuesto de la misma. Los casos de falsa suposición son: a) Que se atribuya a algún instrumento o acta del expediente menciones que no contiene; b) que se demuestran hechos con pruebas que no estén en los autos; y, c) que la inexactitud del hecho resulte de los instrumentos o actas del expediente mismo.

74 FERRO MÉNDEZ, Heliodoro, *La prueba como violación indirecta de la ley en el proceso penal*, Editorial Leyes, Bogotá, 2000, pp. 30 y ss.

del medio probatorio, y c) violación de la sana crítica, cuando en el análisis se quebrantan las máximas de experiencia y las reglas de la lógica, bien en la interpretación de los hechos, o bien en la conexión de los mismos para emitir las fórmulas de "está probado que(...)" o "no está probado que(...)". Vale señalar que, precisamente, la valuación de los posibles errores y la posibilidad de ser corregidos por instancias superiores, descansa básicamente en la necesidad de seguridad jurídica y en la aceptación de la razón.⁷⁵

XI. PRUEBA Y MOTIVACIÓN DE LA SENTENCIA

La sentencia es el acto procesal por el cual el juez emite un pronunciamiento definitivo, estableciendo el derecho que debe aplicarse en la relación jurídica que presentaron las partes, y definiendo el alcance que tiene dicha resolución. En ella se vuelca el juicio del juzgador sobre la conformidad o disconformidad de la pretensión procesal con el derecho y, en consecuencia, decide estimarla o rechazarla, poniendo fin al proceso.⁷⁶ En la sentencia tiene que resolverse el problema planteado como objeto del proceso y las cuestiones que inciden en el sentido de la resolución sobre él, o también cuestiones de naturaleza procesal, que impiden un pronunciamiento sobre el fondo.

De suerte que en tal oportunidad, el juzgador hará un estudio exhaustivo de los hechos puestos a su conocimiento, valorará con las reglas procesales y la sana crítica la prueba producida por las partes y aplicará el derecho que considere pertinente.⁷⁷ En casi todos los códigos procesales las normas que regulan la sentencia exigen que en la motivación se realice un examen crítico de las pruebas.

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. Tiene derecho a conocer que se da o se tiene por probado en su contra.

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 CUENCA⁷⁸ 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. Ahora bien, también se trata de que el juez deba indicar, exhaustivamente, que pruebas no son suficientes para probar algún alegato, y si se desecha alguna prueba las razones de su desestimación.

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 qué hechos están probados y cuáles no. Deberá expresar en ese sentido la

75 PARRA QUIJANO, J., *La prueba penal*, en obra colectiva *La prueba*, en homenaje a Davis Echandía, Op. Cit., p. 677.

76 ORTELLS RAMOS, M., Op. Cit., p. 422.

77 GÓZAINI, Osvaldo, Op. Cit., p. 378.

78 CUENCA, Humberto, *Curso de Casación Civil*, Edita Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1980, p. 132.

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. Comenta MONTERO AROCA⁷⁹ que sin poner de manifiesto esa relación coexiste verdadera razonabilidad en la sentencia y, por tanto, esta no es producto de la razón sino de la voluntad.

El juez debe hacer un *discurso o argumentación fáctica probatoria*, cuando valora la prueba, es decir, debe explicar las reglas de experiencia que aplica.⁸⁰ Cuando se está con el sistema de sana crítica, y que no exista una regla legal de valo-

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

Finalmente, debe señalarse que el análisis de prueba debe ser exhaustivo, debe comprender todas las pruebas. Si se dejase de examinar alguna prueba se incurriría en el vicio de silencio u omisión de prueba. Este vicio puede considerarse como un vicio de inmotivación –doctrina tradicional–, pero se ha ido cambiando de criterio para considerarlo como un error de juzgamiento.

79 MONTERO A., J., *Op.Cit.*, p. 570.

80 PARRA QUILIANO, J., *Op. Cit.*, p. 644.