

LA EPISTEMOLOGÍA Y LA ENSEÑANZA DEL DERECHO A PROBAR

Rodrigo Rivera Morales*

En el mundo moderno estamos enfrentados a nuevas realidades tecnológicas, de mercado y de conocimiento, que se tornan más complejas por el proceso de globalización. Por otra parte, indudablemente los avances científicos y tecnológicos abren nuevas perspectivas para el derecho. No obstante, el derecho permanece ajeno a los planteamientos epistemológicos, en especial, en el campo de la prueba. El proceso es en sí un proceso de conocimiento que necesita la prueba como instrumento para verificar y contrastar las hipótesis que se plantean entre las partes. El problema radica en que en una sociedad compleja pueden suceder hechos lesivos con una alta dificultad para identificar a los autores y cómplices. Esta plantea la necesidad de estudiar la prueba bajo criterios de conocimiento, lo cual permitirá establecer la verdad relativa en el proceso cuando se determine o declare acerca de los hechos probados. No hay duda que en la actividad y razonamiento probatorio es imprescindible la aplicación de reglas generales de epistemología

Palabras Clave: Hechos, prueba, hechos probados, verdad, conocimiento.

ABSTRACT:

In the modern world we are confronted with new technological realities, and market knowledge, which become more complex by the globalization process. Moreover, undoubtedly scientific and technological advances open new prospects for the right. However, the law remains outside the epistemological approaches, particularly in the field of proof. The process itself is a process that requires knowledge of the test as a tool to verify and contrasting scenarios that arise between the parties. The problem is that in a complex society can happen damaging facts with a high difficulty in identifying the perpetrators and accomplices. This raises the need to study the criteria under test of knowledge, which will establish the truth concerning the process where it is determined or declared about the facts. There is no doubt that in the activity and evidential reasoning is indispensable the application of general rules of epistemology.

Key words: Facts, evidence, epistemology, truth, knowledge.

Consideraciones Generales

La población de la Tierra crece a un ritmo vertiginoso: de alrededor de dos mil millones de habitantes en los años cincuenta, se ha pasado ahora los seis mil. De seguir al ritmo actual se estima que para el 2015 alcancemos los siete mil, y que en 2050, la cifra sea entre 9000 y 10.000 millones de habitantes. Ya hoy los recursos alimenticios e hídricos, sea como consecuencia de su distribución natural o por razones políticas y técnicas, son insuficientes, con la consiguiente elevadísima mortalidad (once millones de niños cada año). Se estima que en el 2025 dos mil millones de individuos no dispondrán de agua potable (Informe de FAO-Naciones Unidas, 2001).

El informe de la ONU del año 2004 sobre la situación socio-económica de la población, con relación a la pobreza presenta un cuadro estremecedor: mil millones de personas sobreviven en condiciones infrahumanas, en situación de pobreza crítica: el 60 por ciento en Asia, el 20 por ciento en África y el 14 por ciento en Sudamérica, que de acuerdo a análisis en series históricas enseña un tendencia creciente, por lo que es previsible su incremento, dado que en esos segmentos de población hay una alta tasa de natalidad; mil doscientos millones de personas padecen serias limitaciones en la satisfacción de sus necesidades vitales, cuyos ingresos *per cápita* son menores a los 100 dólares, habitando las zonas más pobres y deprimidas.

* Abogado egresado 1968 Universidad Católica Andrés Bello-Táchira. Doctor en Derecho, Universidad de Salamanca. Magíster en Planificación y Desarrollo Regional y Metropolitano. Especialista en Derecho Procesal Universidad Libre de Colombia. Especialista en Derecho Constitucional. Especialista en Derecho Penal. Diplomado en Derecho Constitucional Comparado. Diplomado en Derecho Procesal Civil. Diplomado en Instituciones Procesales Laborales. Profesor Universitario de pre y post-grado, Nacionales: Universidad Católica del Táchira, Universidad Central de Venezuela, e invitado de Extranjeras: Universidad de Medellín, Universidad Libre de Colombia y Universidad de Salamanca. Autor de varias obras jurídicas. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Presidente del Instituto de Derecho Procesal Colombo-Venezolano. Capítulo del Instituto Colombiano de Derecho Procesal.

A diario, la prensa informa de episodios de tortura, incluso en países que tenemos por altamente civilizados, sobre personas detenidas en el contexto de la lucha contra el terrorismo internacional. Es así significativo el caso de los prisioneros de la base americana de Guantánamo, que no son considerados por los EEUU como prisioneros de guerra (que, como es sabido, se encuentran tutelados por la Convención de Ginebra), ni tampoco como ciudadanos comunes (también tutelados por las Convenciones internacionales e incluso por las propias leyes federales americanas). Amnistía Internacional ha denunciado asimismo que se recurre sistemáticamente a la tortura en Cuba, Irán, Egipto, en los territorios ocupados por Israel, en Albania, Chechenia y en Sudáfrica (*Amnesty International, 2003*).

Por su parte, el Parlamento europeo ha denunciado recientemente las brutalidades cometidas por funcionarios de policía en Europa sobre personas detenidas (con consecuencias mortales en diez casos entre los meses febrero a mayo), así como el deterioro de la situación de los detenidos en algunos países de la Unión Europea -entre ellos Italia- como consecuencia, principalmente, del hacinamiento carcelario (*Parlamento europeo, 2003*).

Súmese a esto el problema de crecimiento asimétrico que ha generado la embestida del neoliberalismo y el proceso de globalización; en ese proceso han surgido nuevos poderes transnacionales de carácter privado que imponen reglas y se escapan de las legislaciones nacionales, provocando desprotección entre los sectores más débiles, en especial en los trabajadores de los países pobres y en el aparato productivo de la pequeña y mediana empresa.

Ese cuadro dramático plantea muchos interrogantes. En primer lugar, ¿Puede manejarse dentro de la teoría constitucional los instrumentos y mecanismos para enfrentar tales problemas? En segundo lugar, ¿existen instrumentos procesales o pueden adecuarse ante la nueva realidad para no dejar desprotegida a grandes masas de seres humanos o considerados individualmente frente a estos problemas que en su mayoría son de índole o efectos colectivos?

Muchos opinan que existe una crisis en la forma de administrar justicia y pareciera que el hombre se sintiera desprotegido frente a la multiplicidad de efectos que se dan en un mundo complejamente interrelacionado (Cascajo, 2003, p. 87). Ya no se trata de simples relaciones comunitarias o nacionales, sino que hay entramado real y virtual de relaciones, aunado a la aparición de nuevas formas de poder y la muerte de viejos paradigmas. Vivimos una época de cambios acelerados, la velocidad microelectrónica de la vida ha borrado los límites entre el allí y el aquí. Cada innovación, también las tecnologías, produce nuevos intereses y, por lo mismo, nuevos conflictos o desórdenes. Frente a esto, por un lado la teoría constitucional muestra incapacidad para integrar los diferentes *ámbitos y prácticas sociales*, amén que permanece muy dudativa frente a los problemas de masas o actores colectivos; por otro lado, el derecho, en general, luce ausente de solidaridad social, lo cual se traduce en factor discriminador y afectador de la igualdad real, contribuyendo a profundizar la desigualdad, en contra de su tan cacareada bandera de igualdad.

En la sociedad ha surgido un sentimiento que expresa que la justicia, la igualdad y la libertad requieren un acompañamiento de la efectividad del derecho. Esa efectividad debe manifestarse en el acomodamiento e inclusión de las nuevas realidades sociales en la interpretación hermenéutica de la materialidad normativa y en la aplicación a los casos concretos en sede jurisdiccional. FIX ZAMUDIO (2003) sobre este último aspecto, nos dice "que la verdadera *garantía* de los derechos de la persona humana consiste precisamente en su protección procesal, para lo cual es preciso distinguir entre los derechos del hombre y las garantías de tales derechos, que no son otras que los medios procesales por conducto de los cuales es posible su realización y eficacia".

En la sociedad de masas, a pesar de la des-identificación del ser humano-individual, han surgido intereses colectivos e indeterminados que exigen herramientas idóneas para su protección. La complejidad social y el apareamiento de nuevas relaciones hacen germinar nuevos conflictos que expresan diferentes intereses. Estos intereses provienen, bien de grupos o comunidades determinadas, bien de masas indeterminadas, de allí surgen los denominados derechos colectivos e intereses difusos. Son intereses naturales y culturales, de alguna manera, prioritarios en las sociedades modernas y que deben ser tutelados, temáticas que ha ido escalando atención y presencia en las Constituciones y Tratados, pero, también, en la conciencia de la gente por su importancia esencial-vital. En la actualidad observamos una preponderante participación del individuo en grupos, bien por su vinculación a cuestiones laborales, profesionales, culturales, etc., o bien por su membresía a la masa social como consumidor o usuario.

Por otra parte, en revisión del crecimiento industrial puede observarse que en los últimos años ha habido un incremento de las industrias “blandas”, aquellas que no requieren una gran planta fija: por ejemplo, creación de software, diseño de chips, diseño de juegos electrónicos, programación de video discos, creación de material para la industria de enseñanza electrónica (Mires, 1996, p. 15). En la fuerza de trabajo de los países avanzados el porcentaje de obreros decae constantemente, en tanto que aumenta el de los empleados, muchos de los cuales son altamente móviles a causa de la infraestructura de telecomunicaciones. Eso plantea que estamos frente a un nuevo modo de producción cuyo motor principal es la inteligencia, que se expresa en las formas electrónicas y la inteligencia artificial. Todo esto conduce a un cambio de paradigmas.

Es obvio, que tenemos que dar respuesta a ese movimiento y a esas nuevas formas de articulaciones. De allí surgen nuevos paradigmas, nuevas formas de relaciones y por supuesto la necesidad de nuevas regulaciones. Es cierto que podremos irnos derecho al infierno, o elevarnos hasta al cielo. Lo más probable es que permaneceremos en la tierra, enfrentados con nuevos problemas que buscaremos solucionar creando otros problemas. Para el derecho es un reto.

Acontece que la tecnificación en los últimos tiempos le ha prestado grandes servicios a la administración de justicia agilizando sus procedimientos y posibilitando un acceso más expedito a las leyes, a la doctrina y a la jurisprudencia. Desde luego, la administración de la Justicia no puede dar la espalda a la realidad tecnológica y a las ventajas que de ella se desprenden. Es palpable que los nuevos avances técnicos pueden utilizarse para simplificar y facilitar determinadas actuaciones similares a las que puede realizar cualquier particular. Nos estamos refiriendo a la elaboración de escritos y a su archivo, a los actos de comunicación o a la documentación de los mismos. La gestión de los juzgados se apoya cada vez más en la informática. Pero, a su vez, el progreso ha traído consigo nuevos problemas sobre todo en lo referente a la validez y valoración de las pruebas soportadas en medios informáticos, sobre las nuevas formas de contratación *on line*, a la internacionalización del mercado y la inteligencia, a los riesgos en el consumo, etc. Cuestiones que plantea respuestas del derecho, en especial en el campo procesal.

En este sentido consideramos imprescindible que frente a estas realidades, la academia tiene que plantearse nuevas formas para la formación del jurista. Específicamente, en el área del derecho procesal tiene que asumirse el problema de una sociedad de masas globalizada e informatizada.

Sobre este campo, hemos creído que las universidades tienen que variar su forma de enseñanza-aprendizaje, o de comunicación de códigos sistematizados. Un área que consideramos debe ser mejorada es la probatoria. Tradicionalmente se ha enseñado el manejo instrumental, pero no a probar. En la problemática actual se la sociedad de riesgo son muchos los problemas que deben ser resueltos desde el punto de vista probatorio, uno de ellos, a manera de ejemplo, es la una gran

variedad de productos en el mercado que están destinados al consumo humano y que son capaces de interactuar con el organismo ocasionando alteraciones en la salud. La forma en que se produce el contacto entre el producto de consumo y el consumidor es diversa, puede ser directa e inmediata y la relación causal se suele establecer con facilidad, pero en la mayoría de casos es compleja y de difícil determinación. ¿Cómo probar la causa del hecho lesivo por actos de consumo? Otro problema, sería la prueba del negocio en la red, o de autoría por la comisión de hecho punible por medios electrónicos.

Derecho procesal y derecho sustancial

No compartimos esta separación, pero a fines de exposición los usaremos como conceptos autónomos. Hoy día sostenemos que el derecho procesal con su constitucionalización se ha sustancializado, de manera, que él forma parte del derecho sustancial, independientemente de las formas que revista. Hecha esta salvedad señalaremos algunos aspectos, a saber:

El derecho procesal es un instrumento de realización de la justicia, que tiene un contenido sustancial. Define el derecho procesal los instrumentos de su propia realización, pero en función de alcanzar su finalidad que es de conseguir la justicia y la convivencia social. Obviamente, alrededor de esa finalidad hay valores muy concretos, en especial, la verdad.

Por su parte, el derecho sustancial que tradicionalmente se ha venido haciendo equivalente de los derechos protegidos jurídicamente, pero dentro de una visión privatista, creemos que debe ser visto como los relativos a la dignidad humana y al desarrollo de su personalidad en el marco de la paz y la convivencia social. Es claro, que aquí hay unos que son fundamentales y otros que son producto del momento histórico y del consenso social -p.ej. propiedad, posesión, prestación de trabajo, etc.-. Unos tienen una protección especial, reforzada desde el punto de vista legislativo y judicial; otros, su protección es ordinaria. En caso de conflicto las partes plantean el debate judicial sobre: o bien de titularidad, o bien que se hayan quebrantado las formas de protección y goce del derecho. Nótese, que en uno u otro caso el problema es determinar los hechos de la titularidad –hechos constitutivos- o de los hechos quebrantadores de la protección y del goce del derecho –hechos constitutivos de la pretensión-.

No obstante, el fundamento fáctico que sustenta la pretensión procesal y que autoriza acudir al órgano jurisdiccional para ejercer el derecho de acción no es cualquier hecho. El hecho en el proceso debe estar previamente definido por el legislador. Pues, el proceso es “un contexto jurídico, regulado por normas,....” En él “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 éste es el presupuesto para la aplicación de normas en el caso concreto” (Taruffo, 2002, p.90).

No hay duda que los hechos que se afirman por la partes y que son controvertidos y sobre los cuales se vierte la actividad probatoria en el proceso para establecer la verdad sobre aquellas, son identificados sobre la base de criterios jurídicos, representado por las normas aplicables para decidir la controversia (Taruffo, 2002, p. 91). Así que, el “hecho”, por tanto, no está dado por sí mismo y autónomamente antes de que asuma relevancia jurídica. En el proceso es “hecho” lo que se define como tal en función de la norma aplicable para decidir la controversia.

Vale decir, que uno de los aspectos fundamentales en el estudio del derecho procesal es la fijación factual y las metodologías descriptivas de los supuestos de hecho o hipótesis fácticas contenidas en el derecho sustantivo. Tanto desde el punto de vista de la pretensión individual como colectiva. Pero, en todo caso, bajo esta perspectiva estamos en los espacios propios de la

ciencia jurídica como tal. Por esta vía no se llega en propiedad al conocimiento del hecho o hechos del conflicto, lo que es específico de la epistemología.

Sostenemos la tesis que el jurista debe conocer adecuadamente los límites y alcances del supuesto fáctico normativo, pero debe también manejar las reglas epistemológicas o de la racionalidad que permita hallar la coincidencia o similitud entre la afirmación de hecho –de las partes- y el hecho particular concreto que se debate en el proceso.

Epistemología y prueba

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

Pero, llama la atención, que siendo tan incuestionable esa realidad los juristas han dedicado pocos esfuerzos a investigar sobre ellas. Se preocuparon más aspectos valorativos o de significación trascendental, que por el estudio del “rol de la verdad y la prueba en el derecho” (Ferrer, 2007, p. 16).

En un examen de lo que denominamos la ciencia del derecho, es preciso definirla como “ciencia”. Si atendemos a la definición de ciencia en general podemos partir de dos sentidos importantes, el primero referido a lo que representa como tal, es decir, ella es un conjunto conformado por conocimientos, posee método, una metodología, hace uso de técnicas, es sistemática, posee un lenguaje universal, es demostrable, busca la verdad, entre otras características no menos importantes. En segundo término el de resolver problemas que produce ese conocimiento científico. Creo que hay dos aspectos fundamentales de dilucidar en esta manifestación: la verdad y la de resolver problemas de conocimiento. En este último lo hacemos en sentido general, sin calificarlo, pues, en la aplicación del proceso se conoce pero no con validez universal sino sobre el caso concreto, aun cuando se utilicen, necesariamente, métodos e instrumentos de la ciencia. No obstante, esto es de forma abstracta. En la práctica, que es la aplicación del derecho en caso de incumplimiento, las actividades de la búsqueda de la verdad y la generación de pruebas han estado olvidadas. En este sentido, el derecho no ha sido consecuente con su caracterización de ciencia, pues los problemas relativos a las bases epistemológicas y los métodos de investigación han sido secundarios en la fundamentación de la teoría del proceso. En todo caso, el derecho tiene que determinar en forma se resuelve el conocimiento y la verdad de los hechos en el proceso (Hevia, 2008).

Realmente, es indudable que el Derecho como ciencia presenta una naturaleza tridimensional sustentada en las **normas, hechos y valores**, y ello le da un carácter de alta complejidad. Esta conexión de normas que definen hechos, hechos que sean relevantes y que dependen de valores, plantea que “el problema de la determinación de la verdad de los hechos en el proceso sea complejo” (Taruffo, 2002, p. 167).

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

creación cultural, y será el mismo Derecho quien decidirá como se conoce y se determina la verdad en el proceso.

Si seguimos a CASTÁN TOBEÑAS (1987, p. 18) :“*El Derecho asciende de los hechos y casos de la vida a la norma, para descender después de la norma a los hechos y casos concretos, a través de muchas fases intermedias en las cuales adquiere los matices que le prestan, ora la conciencia individual, ora la conciencia social*”. Puede verse que resulta esencial el proceso de conocimiento de los hechos para la determinación de la verdad en la solución del litigio concreto. Como dice FERRAJOLI (1995, p. 61), la sentencia debe fundamentarse en “argumentos cognoscitivos de hecho y re-cognoscitivos de derecho, de cuya aceptación como *verdaderos* depende tanto su validez o legitimación jurídica, como su justicia”.

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

Nos parece conveniente citar al prologuista de la obra de FERRER BELTRÁN (2007), que escribe:

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

En un Estado social y constitucional de derecho resulta inadmisibles que la declaración en la decisión judicial de hechos probados sea producto de un momento místico y/o insustituible de control racional. Hoy día, en un Estado constitucional de derecho debe admitirse el control racional de la sentencia como garantía para el justiciable. Se sabe que es imposible obtener la verdad absoluta, y que la aplicación de métodos inductivos en el conocimiento de los hechos no produce resultados infalibles, por lo que necesariamente tiene que introducirse –institucionalmente- todas las garantías epistemológicas para el descubrimiento y la justificación de la declaración de hechos probados (Gascón, 1999, p. 8). Más aún deben existir fundamentos ético-políticos y axiológicos en las reglas de la verificación de la verdad y la apreciación de los elementos de conocimiento.

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

HASSEMER (1942, p.246) califica a éste como un “problema moderno” que “la jurisprudencia ha resuelto flexibilizando las estructuras de imputación en el ámbito de la causalidad (donde se ha deformado el concepto penal de causalidad y subjetivado la prueba, al dejar de exigir el

conocimiento cierto de las condiciones del daño y conformarse para afirmar la relación causal con una cierta conexión entre producto y daño y la falta de una aclaración como alternativa plausible)". Con ello se afecta la seguridad jurídica y los principios de certeza, imputación objetiva; además que se sacrifica, principios y garantías.

Obsérvese, entonces que los criterios sobre la causalidad y la prueba de la misma, en los casos de curso causal complejo (Así que fuera de los enunciados: ambientales, productos nocivos, etc., podemos incluir aquí también los daños materiales y morales, los delitos llamados de legitimación de capitales, o de aquellos accidentalmente colectivos como accidentes de tránsito con multiplicidad de intervinientes y afectados), que habitualmente utilizan la jurisprudencia y doctrina, se revelan como insuficientes e ineficaces, de lo que puede deducirse que las decisiones judiciales en donde aplique el concepto tradicional de causalidad se estarían basando más en intuiciones que en auténticos fundamentos de naturaleza probatoria, con lo que se estaría violando garantías constitucionales fundamentales como la tutela efectiva y el debido proceso.

Diremos que hay *curso causal complejo*, 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 uno u otro resultado, por la complejidad de los sistemas sobre los que le factor externo actúa (ej. Los gases de vehículos y el fumador).

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

- 1.- ¿Cómo debe comportarse un tribunal juzgador en aquellos casos en los que ha de enjuiciar un hecho sobre el que (parcial o totalmente) faltan unos conocimientos científicos suficientes y aceptados como válidos?
- 2.- ¿Basta, para el establecimiento entre ambos de una relación de causalidad a los efectos de sentencia condenatoria, con la comprobación de la sucesión repetida de una factor (acción humana) y de una consecuencia (resultado lesivo), siempre que no sea posible hallar otra explicación más convincente para dicha consecuencia? ¿O es necesario, por el contrario, para ello que se puedan fijar suficientemente todos los pasos intermedios de la cadena causal, que conectan ese factor y esa consecuencia?
- 3.- Más aún, ¿basta con que esa sucesión repetida de un factor y de una consecuencia sea comprobada en un número estadísticamente relevante de casos?

A mi juicio la primera, acerca del comportamiento del juzgador, éste tiene que realizar una interpretación de las condiciones epistemológicas para que un conocimiento tenga fuerza de suficiente y cierto, por supuesto, en el marco del conocimiento socialmente alcanzado. Es obvio, que bajo este contexto debe hacerse una distinción entre cuestiones de hecho y cuestiones de derecho en la sustanciación del proceso penal. Nótese que nos referimos es el hecho de la relación causal, porque sucede que en ese mismo hecho hay que examinarse dos tipos de leyes: a saber, el de norma que es una proposición prescriptiva, y la ley fenoménica que es una

proposición descriptiva. El problema se trata de enunciar y justificar la correspondencia entre los hechos de la norma y los hechos descriptivos de la ley causal. Lo que en última instancia se trata de valorar hechos bajo dos perspectivas, lo que le da una peculiaridad al problema causal.

¿Cuál es, entonces, la peculiaridad del problema causal, frente a otras “*cuestiones de hecho*”? A mi entender estriba en el hecho de que el conocimiento acerca de la relación de causalidad es, siempre de carácter indiciario. Esto es, que la constatación de la existencia de una relación causal entre acción y resultado no puede en ningún caso deducirse simplemente de la mera observación empírica, sino que exige la aplicación de inferencia. Comenta Gómez Benítez (causalidad) y en el mismo sentido Larenz (metodología), que no basta con observar los fenómenos sensorialmente observables para comprender las conexiones causales (el disparo y la muerte, la adulteración de un alimento y la intoxicación), sino que ello sólo es posible cuando se posee un cierto método de análisis de tales percepciones, método destinado a establecer ciertas conexiones, precisamente relaciones causales, entre unos y otros de los fenómenos percibidos (Bunge, 1973. pp. 717 ss.).

Esto determina que el juzgador debe comprender con claridad el proceso de conocimiento indiciario. En primer lugar, no deben confundirse los datos empíricos u observaciones empíricas, que podemos llamar hechos indicantes con el indicio, es apenas un elemento; en segundo lugar, no se puede equiparar prueba indiciaria con conjeturas, sospechas o intuiciones o prueba basada (hecho base) en naturaleza probabilística, distinto es que probado el hecho base o indicante usemos la prueba probabilística para inferir el hecho desconocido; en tercer lugar, el razonamiento indiciario debe basarse en requisitos de existencia y validez como: A) Pluralidad de indicios, B) Precisión de que tales hechos-base estén acreditados por prueba de carácter directo, C) Necesidad de que sean periféricos o concomitantes respecto al dato fáctico a probar, D) Interrelación en cuanto esta misma naturaleza periférica exige que los datos estén relacionados con el hecho nuclear precisado de prueba, sino también interrelacionados, E) Racionalidad de la experiencia (máximas de experiencia, aplicación correcta de la lógica y el método científico crítico), F) Expresión de la motivación del cómo se llegó a la inferencia (cómo se dan los niveles de relación entre los hechos probados y los hechos develados). Se trata, de que el dato precisado – en nuestro caso la conexión de causalidad- no es establecido directamente a través de la percepción sensorial (sin caer en el extremo del empirismo craso), sino que es inferido a través de un método de conocimiento más complejo. Dos son los pasos necesarios: fijación de los indicios -prueba indiciaria debe hacerse una valoración de la fiabilidad de los medios de prueba que nos aportan los hechos indicantes, en caso de datos empíricos de observación científica el tribunal debe sujetarse en todo caso a las reglas metodológicas y epistemológicas de la ciencia empírica correspondiente por eje: prueba química de identificación de elementos-, y el de inferencia -esquemáticamente sería el resultado X ha sido causado por el factor Y, derivado de una acción de A-, aquí tiene que mirarse además las características de la acción y si es subsumible en los supuestos de la norma. Hay que tener atención en la diferencia entre la aplicación de instrumentos para obtener hechos indicantes o indiciarios de nivel inferior como máximas de experiencia, reglas de la lógica o reglas de tasación legal y la inferencia de la relación causal, pues, en esta última debe haber una fundamentación suficiente con aplicación del método científico.

En los casos de hechos científicos, los tribunales a mi juicio, al estar establecidas leyes fenoménicas científicamente válidas que afirman una relación de causalidad, deben estar vinculados a la misma, de suerte. Cualquier decisión en otro sentido sería violador de las garantías constitucionales, porque supone irracionalidad, inseguridad jurídica y arbitrariedad. No puede haber un método arbitrario en ninguna de las ciencias que le permita, por ejemplo, al juez concluir (sobre hechos) aquellos que al científico no le está permitido. El juez trabaja sobre

hechos lo que significa que está sometido a las reglas de constatación y contrastación existentes - vulgares y científicas-. Algunos pensarán en donde está la discrecionalidad del juez. Quizá debamos recordar que discrecionalidad no significa nunca arbitrariedad, ni siquiera plena libertad, sino únicamente la atribución de un margen de decisión dentro de unos parámetros blindados por la racionalidad, la lógica, las máximas de experiencia y el conocimiento social. Así la racionalidad de la decisión significa que el juez está plenamente vinculado en su apreciación de los hechos a aquellas reglas que dictan lo que es o no racionalmente aceptable, sin inferir más allá, sin hechos probados.

Estos son problemas que obviamente son atinentes a las reglas de la epistemología y que son necesarias conocer para la aplicación del derecho.

La prueba y la enseñanza de probar

La doctrina mayoritaria (Guzmán, 2006, p. 18) asume que el objeto de prueba o lo que debe comprobarse en el litigio a través de los medios probatorios, no es la veracidad del hecho, ni el hecho en sí, sino la veracidad de la afirmación de la existencia de un hecho. Expresa ANDRÉS IBAÑEZ (2007) que “el juez se entiende no directamente con los hechos como tales, sino con proposiciones relativas a los hechos, con *representaciones cognoscitivas* que denotan algo acontecido en el mundo real”.

Así pues, que el objeto de la prueba no son los hechos sino las afirmaciones que de los mismos hacen las partes en el proceso. Siguiendo a SENTIS MELENDO (1978, p. 16), “La prueba es la verificación de afirmaciones formuladas por las partes, relativas, en general, a hechos y excepcionalmente a normas jurídicas, que se realizan utilizando fuentes las cuales se llevan al proceso por determinados medios”.

Obsérvese que en el planteamiento anterior subyacen diversos puntos relativos a la epistemología. En primer lugar, la investigación de las fuentes, es decir, en donde quedó impreso el hecho que se afirma – descubrimiento y manejo de las fuentes de conocimiento-; en segundo lugar, los descriptores del hechos y como puede darse su traslatividad –conocimiento factual-; y en tercer lugar, los procesos de decisión, selección y evaluación de la pertinencia de los conocimientos disponibles para la solución del problema planteado en el caso concreto –racionalidad-.

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

Lo que se ha enseñado es Derecho probatorio, esto es, el conjunto normativo que regula la actividad probatoria en el proceso, especialmente sobre las reglas de admisibilidad, ejecutoriedad y valoración, pero no sobre la investigación de los hechos, la interpretación de los mismos y su descripción (Rivera, 2006).

Consideramos, compartiendo los fundamentos teóricos de MUÑOZ SABATÉ (2007, p. 12), que en la enseñanza del derecho de probar, en especial en postgrado, debe distinguirse la probática del derecho probatorio. Lo que se trata, es precisamente, que el jurista aprenda a generar un proceso de conocimiento sobre los hechos que presentará como fundamento de su pretensión o

de su resistencia. Ello permitirá que se presente “la razón narrativa”, esto es contar los “hechos en acción”, dado que para justificar acerca de la ocurrencia histórica se parte de la narrativa fáctica simple: *qué ocurrió* –qué, quién, dónde, cuándo, con qué medios-, hasta alcanzar la narrativa compleja *cómo ocurrió* –por qué, e incluso para qué de lo que sobre ellos se cuenta-, lo que equivale a una composición consistente y lógica de los hechos elaborando un discurso interpretable en términos unívocos, que efectivamente cuente los hechos en acción.

La probática es el campo epistemológico factual del derecho a probar. Como toda ciencia, la probática implica tanto una actividad como un cuerpo de conocimientos. Como ciencia enseña a probar pero a la vez observa, describe, define y clasifica los hechos y fenómenos que maneja (Muñoz, 2007, p.12).

Consideramos, sin pretender caer la rigidez metodológica, que en la enseñanza de postgrado debe hacerse hincapié en el derecho de probar desde el punto de vista epistemológico, lo que supone el estudio de la probática. Esto parte de la necesidad, en la administración de justicia, de establecer garantías epistemológicas para hacer que la declaración de hechos obtenida en el proceso se aproxime lo más posible a la verdad (Gascón, 1999, p. 44). Esto significa abandonar los paradigmas epistemológicos que ha sostenido el derecho procesal formal en la dualidad conceptual verdad/prueba, en especial lo relativo al ritualismo y procedentalismo.

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

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

Por otra parte, en el proceso hay una necesidad psicológica de la verdad (Parra, 2004, p. 15), que tiene dos destinatarios: el juez y la sociedad. Por una parte, el juez tiene necesidad de información como parte de su proceso de conocimiento sobre el caso, para dictaminar debe conocer; para declarar probados los hechos, debe descubrir y justificar. Por la otra parte, no puede justificarse socialmente y sería inadmisibles en la sociedad que se califique un proceso justo construido sobre la falsedad, de manera que difícilmente puede concebirse un proceso como justo, cuando la sentencia no descansa sobre la verdad (Muñoz, 2007, p. 12).

Se hace imprescindible que en la enseñanza del derecho a probar, cuestión que no es privativa de él, se afiance la concepción ética de la veracidad. De suerte, que el resultado de un análisis técnico-jurídico que vele la procedencia y conveniencia de introducir ciertas afirmaciones, promover ciertas fuentes y practicar ciertos medios probatorios, no sólo debe examinarse en función del resultado más favorable que se espera, sino además, que debe ser producto de una reflexión de las connotaciones y aspectos éticos involucrados (Tavolari, 1998, p. 202).

En este sentido, en la profundización del derecho de probar hay que reforzar las consideraciones

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

Recomendaciones

Primero: En los cursos de Postgrado deben orientarse talleres e investigaciones sobre las metodologías de conocimiento en la prueba científica.

Segundo: Deben examinarse en cursos de postgrado las reglas epistemológicas aplicables a la actividad de probar y valoración de los hechos.

Tercero: Deben orientarse investigaciones para reconocer en la práctica habitual judicial los estándares de prueba aplicados y la racionalidad de los mismos.

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

Notas:

- *Amnesty International*, 2003, El informe anual de Amnesty International para el año 2003 puede encontrarse en: <http://www.amnesty.it/pubblicazioni/rapporto2003/panoramica.php3>. Véase PACE, Alessandro. “Los retos del constitucionalismo en el siglo XXI”, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo* N° 1 Año 1, enero-junio 2004.
- **Bunge, Mario** (1973), *La investigación científica*, 3ª Edic, Barcelona: Edit. Ariel, pp. 717 y ss.
- **Casajo C., José Luis**. (2003). “Notas para un breve ensayo sobre “Constitución e interpretación constitucional” *Homenaje al Profesor Don Pablo Lucas Verdú*. Madrid, p. 87. BUJOSA VADELL, Lorenzo. *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo*. Editorial J. M. Bosch. Barcelona, 1995, p. 19. QUINTERO TIRADO, Mariolga. *La justicia en Venezuela*. UCAB, Caracas, 1987, p. 33. CAPPELLETTI, Mauro. *Proceso, Ideologías, sociedad*. Tr. Santiago Sentís Melendo. Edic. Jurídicas Europa-América (E.J.E.A.) Buenos Aires, 1974, pp. 131-138. MORELLO, Augusto. *El proceso justo*. Librería Editora Platense, La Plata, Argentina, 1994, p. 10. Dice este autor “La experiencia concreta pone en evidencia, asimismo del modo más elocuente, la *insatisfacción* de la situación actual de la justicia...”. GOMES CANOTILHO, José J. *Teoría de la Constitución*. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. Universidad Carlos III de Madrid, Editorial Dykinson, Madrid, 2003. pp. 25-27.
- **Castán Tobeñas, José**. (1987). *Derecho Civil Español, Común y Foral*, T. I, Introducción y Parte General, Vol. 2º, Teoría de la Relación Jurídica, 14ª Edición, Madrid: Editorial Reus, p. 18.

- **Ferrajoli, Luigi.** (1995). *Derecho y Razón*, Madrid: Editorial Trotta, p. 61.
- **Ferrer Beltrán, Jordi.** (2007). *La valoración racional de la prueba*, Madrid: Editorial Marcial Pons, en "Prólogo", de LAUDAN, Larry, p. 16
- **Ferrer Beltrán, Jordi.** (2007). *La valoración racional de la prueba*, Madrid: Marcial Pons.
- **Fix Zamudio, Héctor.** (2003). "Breves reflexiones sobre el concepto y el contenido del *Derecho Procesal Constitucional*. En obra colectiva coordinada por Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. *Derecho Procesal Constitucional*. Tomo I y III. 4ª Edic. Editorial Porrúa, México.
- **Gascón Abellán, Marina.** (1999). *Los hechos en el derecho: Bases argumentales de la prueba*, Madrid: Editorial Marcial Pons, p. 8.
- **Gascón Abellán, Marina.** (1999). *Los hechos en el derecho: Bases argumentales de la prueba*, p. 44.
- **Guzmán, Nicolás.** (2006). *La verdad en el proceso penal. Una contribución a la epistemología jurídica*, Buenos Aires: Editores del Puerto, p. 18
- **Hasssemer, Winfried.** (1992). "Rasgos y crisis del Derecho Penal Moderno", en ADP, N° I, p. 246.
- **Hevia, Oswaldo.** (2008). "Disquisiciones sobre ciencia, ciencia del derecho y su epistemología, Congreso Venezolano de Derecho Procesal. San Cristóbal-Venezuela.
- **Ibañez Andrés, Perfecto.** (2007). "Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal", en la obra *En torno a la jurisdicción*, Buenos Aires, Editores del Puerto
- **Informe de FAO-Naciones Unidas.** Véase Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales CLACSO, Informe 2000, Buenos Aires, 2001.
- **Mires, Fernando.** (1996). *La revolución que nadie soñó o la otra posmodernidad*, Caracas: Editorial Nueva Sociedad, p. 15.
- **Muñoz Sabaté, Luis.** (2007). *Introducción a la probática*, Barcelona: Editorial J.M. Bosch, p. 12.
- Parlamento europeo, 2003, Parlamento europeo, *Resolución de 4 de septiembre de 2003 sobre la situación de los derechos fundamentales en la Unión Europea* (2002) (2002/2013 INI). PACE, Alessandro. "Los retos del constitucionalismo en el siglo XXI", en *Revista de Derecho Constitucional Europeo* N° 1 Año 1, enero-junio 2004.
- **Parra Quijano, Jairo.** (2004). *Racionalidad e ideología en las pruebas de oficio*, Bogotá: Editorial Temis, p. 15.
- **Rivera Morales, Rodrigo.** (2006). "La relación de causalidad", en *Jornadas de Derecho Procesal*, Barquisimeto: IJDEJ. "Esto supone, 1) la descripción y los hechos del fenómeno que ha de ser explicado (resultado) (en los casos de ley causal determinística, ésta debe explicar el resultado en su concreta configuración) "Con el suministro de la sustancia "S" se produce una lesión de los vasos sanguíneos mayores y menores, que provoca edema pulmonar, esclerodermatosis, afecciones del sistema nervioso central y destrucción del periférico, atrofia del músculo esquelético, lesión de las vasculas arteriales pulmonares y con ello la muerte", 2) la forma que puedan fundamentar una declaración de hechos probados dotada de la suficiente consistencia en cuanto a su motivación y de la suficiente estabilidad en cuanto a la vigencia temporal (se trata de determinar que fue la acción humana "A" la que puso en marcha el curso causal".
- **Tavolari Oliveros, Raúl.** (1998). "Enseñanza del Derecho Procesal", en *XVI Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*, Brasilia: Instituto de Directo Procesual, p. 202.
- **Taruffo, Michelle.** (2002). *La prueba de los hechos*, Madrid: Editorial Trotta, p. 90.
- **Taruffo, Michelle.** (2002). *La prueba de los hechos*, Madrid: Editorial Trotta, p. 91.
- **Taruffo, Michelle.** (2002). *La prueba de los hechos*, p. 167.