

LA PRUEBA DE LOS HECHOS, UNA DISCUSION JURÍDICA Y EPISTEMOLÓGICA

Román Rodríguez Salón*

Resumen

El interés por el razonamiento judicial se inicia con el rechazo tanto de una concepción mecanicista de la aplicación del derecho, como de posturas irracionalistas. La aplicación del derecho no puede reducirse a la remisión a ciertos enunciados jurídicos y a unos hechos “brutos” (premisas mayor y menor del tradicional silogismo judicial), es por ello que, a la hora de analizar la aplicación del derecho, las nociones de *razonamiento* o *justificación* deben ocupar un lugar tan central como el principio de legalidad. No hay aplicación del derecho sin justificación en una sociedad y estado democrático y sólo puede mostrarse que una decisión judicial está justificada si se ofrecen razones en apoyo de la misma. De aquí que la obligación de motivar las sentencias no sea únicamente una exigencia de orden legal (en la medida en que dicha obligación suele venir impuesta por los ordenamientos jurídicos), sino que deriva de la idea misma de la jurisdicción y de su ejercicio en los estados democráticos, donde no pueden desligarse las ideas de jurisdicción y motivación: esta es constitutiva de aquella, de tal forma que la motivación no es algo obligatorio y “externo” (un aditamento) a las sentencias, sino que es inherente a la aplicación del derecho. A estas cuestiones, especialmente en lo atinente a los hechos, se refiere este artículo, para lo cual se sigue la obra de M. Taruffo referenciada en la bibliografía.

Palabras clave: hechos, prueba, derecho, justificación, razonamiento.

THE PROOF OF THE FACTS, A LEGAL AND EPISTEMOLOGICAL ISSUE

Abstract

The interest in judicial reasoning begins with the rejection of both a mechanistic conception of law enforcement as not rational positions. Law enforcement can not be reduced to the legal reference to certain statements and

* Román Rodríguez Salón. Profesor Titular de la Escuela de Ciencias Políticas. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Universidad de Los Andes, Mérida-Venezuela. Área temática: Filosofía Política y Ética. Teorías sobre la Justicia y el Derecho. romrosa@yahoo.com

facts about “gross” (major and minor premises of the traditional judicial syllogism), which is why, when analyzing the application of law, the notions of reasoning or justification should occupy such a central place as the principle of legality. No law enforcement without justification in a democratic state and society and can only be shown to a court order is warranted if offered reasons in support thereof. Hence the obligation to give reasons for decisions not only a requirement of legal order (to the extent that the obligation imposed by often come legal systems), but stems from the idea of jurisdiction and its practice in democratic states where ideas can not be divorced from legal and motivation: this is constitutive of that, so that the motivation is not mandatory and “external” (an attachment) to the sentences, but is inherent to the implementation of right. These issues, especially with regard to the facts mentioned in this article, for which we follow the work of M. Taruffo in literature.

Key words: facts, evidence, law, justification, reasoning.

Introducción. El hecho como objeto de la prueba en el Derecho

Cuando M. Taruffo (cuya obra seguimos en esta investigación) inicia su discurso sobre *la prueba de los hechos* articula un entramado de premisas lógicas y epistemológicas, que servirán, a posteriori, para abordar problemas específicos en la teoría general de la prueba y en la incardinación práctica de la fijación de los hechos en el proceso. No suele ser común recurrir al uso interdisciplinario en el derecho y, menos aún, en los asuntos epistemológicos de la prueba, el procedimiento y la verdad jurídica, pero ante el avance del irracionalismo decisionista (no moderado) y de la caduca mecanicidad del Juez boca de la Ley, a la teoría y filosofía jurídicas le corresponde ampliar sus horizontes cognoscitivos, cuestión que se intenta en el presente discurso.

Interdisciplinariedad se combina con algunos recursos del ámbito extra-jurídico, con el fin de extraer del sistema de las ciencias y de sus paradigmas herramientas dogmáticas para el estudio de cuestiones jurídicas sobre la prueba, los hechos y la verdad, de modo que el derecho (ciencia) pueda arrojar conclusiones más consistentes desde una perspectiva racional, epistemológica y, desde luego, enriquecedora para el análisis jurídico. Esta metodología científica parece *oportuna* por su potencial idoneidad para que el jurista aborde problemas de difícil solución, como el de los criterios aceptables para la fijación de la premisa de hecho en el juicio, y *eficaz* porque permite que los problemas tratados puedan analizarse desde una perspectiva nueva y, si cabe, inédita, que ofrezca alternativas más garantistas en la práctica del derecho y planteamientos dogmáticos adecuados, que por su ausencia, han creado problemas permanentes. Sea como fuere, los problemas de

la prueba no tendrían solución y/o alternativas viables con el método tradicional, esto es, el mero formalismo legalista.

Los problemas más confusos y complicados de la prueba en la teoría del proceso jurídico necesitan un estudio interdisciplinario (lógico, epistemológico y filosófico, además del propiamente jurídico), pues la valoración de la prueba se atribuye al juez en lugar de, como ocurre en el sistema de tarifa legal, al legislador, dando lugar a diversos problemas en el campo del derecho, que son, no obstante, de orden general y/o extrajurídicos. Y esto resulta más importante cuando sabemos que “ni la idea de que los hechos son efectivamente acaecidos constituyen la condición inexcusable para la aplicación del Derecho, ni la seguridad en el conocimiento empírico [lo que muestra las debilidades de los hechos y las pruebas tratadas al modo tradicional] han estado presentes en todos los modelos judiciales” (Gascón-Abellán, 1999: 7).

Así, cabe plantear la vinculación funcional entre prueba y verdad de los hechos de la causa, es decir, la determinación de los hechos en el proceso, si, y cuáles, se han producido, esto es, fundar y controlar la verdad de las afirmaciones sobre ellos. Entramos, pues, en el eje vertebral respecto a la prueba de los hechos: la teoría de la verdad como predicado de los enunciados acerca de los hechos a determinarse en el proceso.

Entre la verdad procesal y la verdad material no existen, afirma M. Taruffo, diferencias cualitativas: la primera no es completamente distinta y autónoma de la verdad *tout court*. La existencia de reglas jurídicas y de límites de distinta naturaleza en la verdad procesal sólo sirven para excluir la posibilidad de obtener verdades absolutas y para resaltar algunas peculiaridades relevantes que derivan de una situación contextual y/o marco de referencia jurídicamente determinado.

Por tanto, el binomio verdad formal-verdad material no parece idóneo porque también la verdad material cuenta en el proceso de fijación; esta postura es contraria a la versión clásica de F. Carnelutti, quien respecto a este problema destacaba que “el resultado de la búsqueda jurídicamente limitada o regulada no es, pues la verdad material o, como diríamos mediante una eficaz redundancia, la verdad verdadera, sino una verdad convencional” (Carnelutti, 1955: 20). Si la verdad material cuenta en el referido proceso de fijación, entonces no todo lo que haga el juez ni todos los resultados que obtenga serán procesalmente verdaderos (como ocurre cuando nos atenemos a una mera verdad formal), lo que nos conduce, según el propio M. Taruffo, a la dimensión extraprocesal y extrajurídica de la verdad.

Para reivindicar el uso de la noción de verdad en el proceso y su pertinencia para la determinación y control racional de la fijación de los hechos, se comienza razonando (en negativo) las consecuencias e inconsistencias de pronunciarse a favor de una elección procesal sin verdad, simplificando la argumentación en tres ordenes de cuestiones: la imposibilidad *teórica, ideológica y práctica* de la verdad en el proceso civil. Las argumentaciones sobre la primera son categóricas: si se parte de las doctrinas que niegan la imposibilidad de un conocimiento de los hechos reales, entendiéndolo como una construcción mental carente de conexión necesaria con los fenómenos del mundo real, es imposible alcanzar un conocimiento verdadero sobre hecho alguno, vaciando de contenido el concepto de prueba.

De tal forma que, si al proceso no le interesara la verdad material, existiría una contradicción entre la teoría de la prueba y la del proceso en general: la función de la primera consiste en establecer la verdad de los hechos en los que el segundo no tiene interés y, por tanto, no queda claro para qué sirven, entonces, las pruebas en el proceso, lo que además repercute en la estructura de la decisión judicial, que queda ampliamente indeterminada si no se especifica cuál es la relación entre la decisión y los hechos, es decir, si se puede, y debe, o no, tender a reconstruir los hechos con el máximo de veracidad posible.

El proceso civil puede —y debe— dirigirse a conseguir una decisión sobre los hechos de algún modo verdadera, y las pruebas sirven para ese fin. Ahora bien, para evitar que esa idea sea reducida a *petitio principii* no basta, como hacen muchos juristas y filósofos, con dar por descontada la posibilidad de que en el proceso se determine la verdad de los hechos (realismo ingenuo), pues ello no constituye una buena premisa teórica en ningún ámbito.

Ante lo que en la teoría jurídica contemporánea se denominada respuesta negativa de tipo ideológica a la posibilidad de determinación verdadera de los hechos, según la cual se colige que el objetivo del proceso es la solución de conflictos, no la búsqueda de la verdad, merece la pena señalar que, en rigor, no es cierto que haya incompatibilidad entre la verdad y la búsqueda de solución al conflicto, muy contra, la incompatibilidad entre verdad y solución de conflictos por medio del derecho desajusta la visión del propio derecho como mecanismo de cohesión e integración social, al tiempo que, entre otras consecuencias, logra "... romper el nexo entre ilícito y pena y hacer del proceso un medio que *constituye* (y que no intenta averiguar) la verdad" (Gascón-Abellán, 1999: 10).

Frente a estas posturas, se sostiene la afirmación de que la verdad de los hechos es una condición necesaria de la justicia de la decisión¹ y un criterio de carácter general, siempre que se piense en la decisión judicial en términos de justicia (y no sólo en la mera solución del conflicto). Así, se puede asumir la idea de determinación verdadera de los hechos y mantener que el proceso solo sirve para resolver conflictos, siempre que no se acepte como válida cualquier solución y se piense, en cambio, que deben ser resueltos sobre la base de algún criterio de justicia.

En otro sentido, la tesis que, por razones prácticas, niega que la determinación de la verdad de los hechos esté entre los objetivos del proceso civil, representa un argumento *excesivo* y exagerado porque plantea la verdad absoluta como objetivo del proceso y no se trata de eso sino, más bien, de establecer qué verdades relativas y razonables pueden ser concretamente determinadas; además, es *insuficiente* para fundamentar esa negación. Ante esta tesis sería bueno recordar el criterio de Montesquieu que reza “nos asombrará comprobar que nuestros padres hicieran depender así el honor, la fortuna y la vida de los ciudadanos, de esas cosas que tenían menos relación con la razón que con el azar, y que se valieran continuamente de pruebas que no probaban nada y que no tenían conexión ni con la inocencia ni con el delito” (Montesquieu, 1984: 428).

De tal modo que, se defienden las posiciones de *conveniencia* y las *ventajas* de acoger un criterio de verdad en la fijación de los hechos en el proceso. En cuanto a la primera se propone establecer (ahora en positivo) qué verdad puede ser

¹ Quienes sostienen que el objetivo del proceso es la tendencia a producir decisiones justas, tienen lógicamente que discutir y analizar los criterios en base a los cuales debería definirse, en general, o valorarse en el caso concreto la justicia de la decisión. Esto permite hablar, en primer lugar, de las teorías procedimentales de la justicia. Advirtamos que estas tienen muchas limitaciones en el plano jurídico procesal, pues “la concepción democrática mantiene que aun cuando la justicia procesal puede invocarse, al menos hasta cierto grado, la manera en que las interpretaciones previas lo hacen deja todavía un margen demasiado grande a las contingencias naturales y sociales” (Rawls, 1979: 101). De allí que, más bien, parezca plausible intentar establecer criterios de fijación de hechos ante esas contingencias. Y, en segundo lugar, de la justa interpretación y aplicación de la ley por parte del juez y de sus respectivas garantías en los casos concretos. En cualquier caso, la decisión judicial no es nunca justa si está fundada en la determinación errónea o inaceptable de los hechos, con lo cual, la veracidad y aceptabilidad del juicio sobre los hechos es condición necesaria, aunque no suficiente, para que pueda decirse que la decisión judicial es justa, lo que permite un posible margen de injusticia de la sentencia, que coincide teóricamente con la eventual desviación entre la forma concreta en que los hechos se determinan y su verdad empírica.

determinada y en qué términos, dada la presencia de ciertos límites institucionales². En contraste, que en el proceso solo pueda hablarse de verdades relativas no es óbice para la disolución de la posibilidad de hablar sensatamente de determinación de la verdad ‘empírica’ de los hechos en el proceso, alcanzada con los mismos medios cognoscitivos y argumentos racionales válidos para situaciones cognoscitivas extrañas al proceso, dada (y en la medida de) la coincidencia y/o identidad parcial entre ambos contextos, procesal y extraprocesal, de verdad.

Se destaca en adelante (en la obra que indicamos al inicio de esta investigación) que el objetivo de la determinación de los hechos radica en que la decisión judicial puede y, por las razones que examina, debe basarse en una reconstrucción *verdadera* de los hechos de la causa, de donde surge una definición precisa de la prueba: esta es un medio para establecer la *verdad* de los hechos, es decir, hace referencia al conjunto de los elementos, de los procedimientos y de los razonamientos por medio de los cuales aquella reconstrucción es elaborada, verificada y confirmada como *verdadera*. Se recupera así, en un nivel epistemológico, el nexo instrumental entre prueba y verdad de los hechos que está en la base de la concepción jurídica tradicional de la prueba.

1.- Algunas consideraciones normativas sobre la prueba y los hechos en el Derecho

Al analizar el hecho como objeto de prueba y tras verter algunos conceptos de índole general al ámbito de su definición, es posible apreciar que no existe

² Para ello deja sentado que: 1) En cualquier contexto, no solo en el jurídico, existen normas y/o mecanismo limitativos de la determinación de los hechos, 2) no existe diferencia ontológica entre la verdad que se obtiene en el proceso y la que se obtiene fuera del mismo, lo que autoriza afirmar que también en el proceso se puede llegar a establecer, sobre los hechos, una verdad controlable según criterios lógicos y epistemológicos, 3) en las áreas no cubiertas por normas no se puede decir que operen criterios legales de verdad porque estos operan únicamente donde hay normas de prueba legal en sentido propio; en esas áreas, entonces, operan criterios de verdad que no son distintos de los que valen en los procedimientos cognoscitivos que se sitúan fuera del proceso, lo que hace que las diferencias entre ambas verdades, por lo que respecta a las reglas institucionales, sean relativas, 4) en el proceso solo tiene sentido hablar de verdades relativas, al igual que lo que ocurre con la verdad que se forma fuera del proceso. Dicha relatividad se predica en dos sentidos: a) por los límites respecto a los instrumentos cognoscitivos que se pueden emplear para determinarla, referidos al tiempo, a las capacidades humanas y a las normas jurídicas, b) por ser relativa al contexto o los marcos de referencia mediante los que se construyen versiones sobre los hechos: medios cognoscitivos disponibles, conceptos, nociones y reglas prevalecientes en un momento histórico, lo cual también afecta a la verdad en general, que no deja de ser relativa a un contexto.

descripción alguna del hecho que pueda considerarse adecuada *a priori*; antes bien, son posibles distintas descripciones de la misma situación y múltiples los aspectos en que puede ser descompuesta. Para una descripción apropiada de los hechos se ha de partir del contexto de la decisión, lo que nos permite abordar dos perspectivas distintas, aunque convergentes, de definición del hecho: *a*) una referida a que del contexto de la decisión se obtienen las coordenadas que definen teóricamente el objeto de la prueba; y *b*) otra, a las modalidades mediante las cuales el objeto de prueba es concretamente individualizado en el proceso, en referencia al concreto supuesto del hecho controvertido (es el procedimiento que concluye con la decisión y que comprende la deducción, la admisión y la asunción de las pruebas).

En este punto se resalta la importancia (residual) de la estructura silogística: a través de un análisis normativo y epistemológico del hecho y la prueba es posible demostrar analíticamente la forma en que la ‘porción de la realidad’ que importa al proceso es recortada a partir de la complejidad indeterminada del hecho histórico, que se realiza sobre la base de la relevancia jurídica de los hechos, identificada en función de la norma utilizada como regla de decisión del caso. La función que tiene la norma (y el supuesto de hecho) aplicable en la definición del hecho relevante es la de establecer qué hechos deben ser determinados a los efectos de la decisión, es decir, qué hechos son los que constituyen el objeto de las pruebas a producir en ese proceso; y esto constituye, a su vez, el punto límite, más allá del cual la norma aplicable ya no determina el juicio de hecho. Cuestión que se refrenda cuando, por regla institucional, “en los enunciados acerca de hechos los nexos causales –las hipótesis probabilísticas que constituyen las razones justificatorias de la conclusión relativa a tales hechos- deben estar, a su vez, justificadas” (Comanducci, 2004: 61).

En el mismo orden de ideas, la complejidad indicada y la relatividad de la noción de ‘hecho’ como objeto de prueba se evidencia, principalmente por dos razones: por la forma en que las normas configuran los supuestos de hecho a los que se vinculan efectos jurídicos y porque, en cualquier caso, los hechos a probar tienen habitualmente características suficientemente distintas como para volver inaceptable cualquier forma de “*reductio ad unum*”. Dada esa complejidad, resulta imprescindible analizar, en primer lugar, la definición normativa de los hechos y, en segundo lugar, su tipología, en función de las formas en que las normas se ocupan de ellos.

Respecto a la definición normativa de los hechos, debe resaltarse la distinción entre la forma en que las normas individualizan al hecho y el hecho mismo que es individualizado: no sólo se habla del hecho cuando la norma emplea el lenguaje

común y define un hecho ‘bruto’, sino también cuando la norma emplea el lenguaje jurídico y, por tanto, con la individuación de ‘hechos institucionales’ o ‘hechos jurídicos’ (donde son necesarios conceptos jurídicos para establecer su significado) se hace referencia a hechos. Con lo cual, la referencia a la realidad extrajurídica no sólo existe cuando la norma emplea el lenguaje común sino también cuando usa conceptos del lenguaje jurídico, de ahí que el problema de los ‘hechos brutos’ y de la ‘contaminación jurídica’ no es ontológico sino lingüístico, en el sentido de que el hecho material que fundamenta la aplicación de la norma puede ser individualizado en lenguajes distintos en función de si la norma utiliza o no (y de la forma en que lo haga) términos prestados del lenguaje común. Respecto a la tipología de los hechos, han de examinarse algunos supuestos dirigidos a mostrar la complejidad (y la importancia) de los problemas de la determinación normativa del hecho. Entre ellos se pueden resaltar:

a) *Hechos y enunciados sobre hechos.* En el proceso, las distintas tipologías de hechos (simples, complejos, individuales, colectivos, positivos o negativos) no se refieren a ellos (las ocurrencias empíricas, el objeto empírico que es enunciado) sino a enunciados sobre los hechos, que, por cierto, son siempre (en cuanto que definiciones o descripciones convencionales) relativos o contextuales, lo que también vale para los enunciados normativos o, en general, para las calificaciones jurídicas de los hechos. Sin descartar que “el hecho en cuanto enunciado debe reproducir el hecho acaecido por medio del lenguaje y de las formas de expresión de que dispone” el juez (Larenz, 1994. 301).

b) *Hechos principales y hechos secundarios.* Esta distinción no es clara porque sólo es aplicable si se parte de la hipótesis del hecho simple, clara y positivamente determinado, pero pierde toda eficacia heurística y descriptiva a medida que se aleja de esta hipótesis; y representa sólo un aspecto de un problema más complejo, porque la relevancia o irrelevancia de los hechos es, de un lado, estrictamente *relativa* a los criterios de relevancia (jurídica y lógica) que se usan en el análisis y en la construcción del caso, y, de otro, *variable* en función de cómo se define la naturaleza y el horizonte del problema de la determinación del hecho en el proceso.

c) *Cuando la prótasis de una norma se vincula al uso de términos ‘valorativos’,* decir que existe el hecho al que la norma atribuye consecuencias jurídicas significa realizar una enunciación compleja y diversificada, en la que se

afirma, primero, que el hecho ha ocurrido y, segundo, que tiene un cierto valor según un apropiado criterio de valoración. Sólo puede ser objeto de prueba, señalan autores como M. Taruffo, la enunciación descriptiva, la base empírica de la valoración conjeturada por la norma, el hecho material que aún no ha sido sometido a valoración.

d) Los problemas que surgen de la identificación negativa del hecho son de orden general y se presentan, para el demandante, cuando la norma define negativamente el hecho constitutivo de su derecho y, para el demandado, cuando éste contesta la existencia del hecho definido positivamente en las alegaciones del actor. Algunas veces, el hecho negativo puede ser directamente objeto de prueba, otras, la decisión sobre el hecho negativo se deriva de la aplicación de reglas que prevén las consecuencias de la falta de prueba del hecho positivo correspondiente. En otras ocasiones, la incertidumbre sobre el hecho negativo se resuelve porque se prueba un hecho positivo incompatible *con la negación de un hecho* (si se prueba que Ticio es propietario de un terreno L queda excluido que no sea propietario de ningún terreno). Finalmente, la incertidumbre sobre el hecho negativo puede resolverse porque se prueba un hecho positivo incompatible *con el hecho negado* (caso de la coartada: no es verdad que Ticio estaba en L en un determinado momento, porque está probado que en ese momento estaba en P). De esto se desprende que el objeto de la prueba no es un hecho material simple y bien definido.

Según M. Taruffo, estas dos últimas hipótesis no sólo no son coincidentes sino que son más bien contrapuestas, en función de la distinta relación que se produce entre el hecho que en realidad se prueba y el hecho negativo: en la primera de ellas, en efecto, el resultado de la prueba demuestra un hecho incompatible con la negación de X y, por tanto, conlleva al rechazo de la tesis que se funda sobre esa negación; en cambio, en la segunda, el resultado de la prueba demuestra un hecho incompatible con X y, por tanto, demuestra la negación de X y la fundamentación de la tesis que presupone esa negación. Por otra parte, presuponen, también, vínculos de incompatibilidad cualitativamente distintos entre el hecho que se prueba y el hecho identificado negativamente. En el primer caso, estamos ante una incompatibilidad *lógica*: si resulta probado que el hecho X se ha producido, esto es lógicamente incompatible con cualquier aserción que afirme que X no se ha producido (nunca o bien en las circunstancias específicas relevantes en el caso concreto). En cambio, en el segundo caso estamos ante una *incompatibilidad material o empírica*: la

prueba de la presencia de Ticio en un lugar en un cierto momento es empíricamente incompatible con su presencia en otro lugar en el mismo momento (pero no hay en ello incompatibilidad lógica alguna) y, por tanto, constituye una confirmación empírica de su ausencia.

2.- Los hechos, la prueba y la verdad en el proceso jurídico

Dando por sentado que la determinación verdadera de los hechos se sitúa entre los objetivos institucionales del proceso, lo importante es establecer qué debe entenderse por verdad en el proceso y cuándo, en qué condiciones y mediante qué medios aquella puede alcanzarse. Así, para acoger la idea (ya referida *supra*) de verdad como correspondencia con los hechos de la realidad se ofrecen varias razones³. Al aceptar la idea de la *contextualidad* de la verdad, relativizadora de los contextos más que las teorías de la verdad, es posible contrastar con otras la concepción semántica de la verdad como correspondencia:

Por una parte, con las de verdad como coherencia, para indicar que difícilmente se puede aceptar en el contexto del proceso la ecuación coherencia = verdad, pues una historia coherente puede ser absolutamente falsa o no estar sostenida por ningún elemento probatorio; y,

Por otra, con la noción de verdad como consenso, para resaltar, primero, que se puede definir racionalmente el consenso sobre criterios de conocimiento de los hechos que se funden sobre la máxima correspondencia posible entre lo que afirma el juez y lo que ha sucedido verdaderamente en el mundo real, y luego, que el consenso está referido a criterios racionales, que devienen determinantes para la determinación de un concepto apropiado de verdad, por lo que existe justificación racional del consenso sobre una aserción si y sólo si la misma se corresponde a los eventos del mundo real. El problema se plantea, por tanto, en términos de los límites

³ Entre las que podemos destacar: 1.- representa una versión moderna y metodológicamente correcta: está dotada de mayor generalidad y alcance respecto de las otras teorías de la verdad, 2.- ofrece un concepto de verdad, mientras que el resto de las concepciones son criterios posibles para determinar la verdad; 3.- Porque la administración de justicia tiene que ver con fenómenos del mundo real; por tanto, resulta difícil sostener sensatamente que en las narraciones y en los diálogos que se producen en el proceso, y que en cierto modo lo constituyen, interesan las estructuras del discurso pero no es importante si las narraciones de los hechos, incluidas aquellas realizadas por el juez en la sentencia, tienen o no alguna correspondencia con la realidad.

y los criterios con los que se pueda alcanzar en el proceso un conocimiento que se corresponda con la realidad empírica y que, por tanto, produzca descripciones de esa realidad que se puedan considerar verdaderas⁴.

En este punto, resultan significativas e importantes las argumentaciones sobre la verosimilitud⁵. Ella indica el grado de capacidad representativa de una descripción respecto a la realidad: el juicio de verosimilitud⁶ se puede observar sensatamente teniendo, por un lado, una descripción y, por otro, una hipótesis (a menudo fundada sobre alguna concepción acerca del ‘orden normal de las cosas’) sobre la eventualidad de que exista una realidad parecida al objeto representado. La probabilidad, en cambio, no se refiere a la relación de ‘proximidad’ o de ‘representatividad’ de una aserción respecto a la realidad, sino a la existencia de razones para sostener que la aserción es verdadera.

⁴ Respecto a los límites, M. Taruffo resalta que la verdad procesal es necesariamente relativa, pero siempre encuadrada en el marco ideal de la verdad absoluta como idea teórico regulativa que no se puede alcanzar en la misma medida en que no se puede soslayar, dado que permite, de un lado, aceptar como adecuada la mejor aproximación posible de la realidad, y de otro, blindar al proceso de una referencia externa que prevalece sobre (y hasta excluye) sus criterios internos en la determinación de los hechos y permite, en fin, que en el ámbito del proceso se pueda hablar sensatamente de verdad (relativa) de los hechos como aproximación a la realidad, sin caer en los frecuentes círculos viciosos en los que —en un extremo: el de la llamada verdad formal— se acaba por llamar ‘verdadero’ a cualquier resultado que se obtenga del modelo procesal que se considera, por otras razones, preferible; o bien —en el otro extremo: el del escepticismo psicologista— se llama no verdadero a todo aquello que es el resultado de sistemas procesales que, siempre por otras razones, son rechazados.

⁵ *significativas*, porque conciernen a una discusión que también se produce en el plano de la epistemología en general, e *importantes*, porque reconstruyen conceptualmente una categoría dogmática que, cuando menos, ha producido muchos ‘enredos’ en la teoría general del proceso, sobre todo en la disyuntiva, indebidamente planteada, entre presunciones y prueba, que asocia impropriamente, a las primeras, la idea de probabilidad y, a la segunda, la idea de certeza; disyuntiva resultante de una concepción muy divulgada que distingue (erróneamente) los efectos de la fijación judicial, propia de las pruebas, entre probabilidad, de un lado, y *certeza*, de otro, dependiendo de la mayor o menor solvencia y credibilidad de aquella fijación.

⁶ La verosimilitud resulta de la combinación de la idea de verdad y de la de contenido, que, fundidas en una sola, permite hablar de “la idea del grado de mejor - peor- correspondencia con la verdad o de mayor -menor- semejanza o similitud con la verdad; o, [...] en contraposición con la probabilidad, la idea de -grados de- verosimilitud. [...] Todo enunciado o teoría no sólo es verdadero o falso, sino que, independientemente de su valor de verdad, tiene un grado determinado de verosimilitud” (Popper, 1994: 284).

De ahí que, según M. Taruffo, una aserción puede ser verosímil pero falsa o, en todo caso, nada probable. Si carece completamente de elementos que justifiquen un juicio racional acerca de su aceptabilidad, su probabilidad es = 0; si, en cambio, existen elementos de prueba en su contra, la aserción sigue siendo verosímil pero es falsa (o probablemente falsa). Por otra parte, el hecho inverosímil puede resultar verdadero si las pruebas confirman su existencia. Por tanto, verosimilitud no es sinónimo de probabilidad (porque esta supone un “acercamiento a la certeza lógica o verdad tautológica, a través de una disminución gradual del contenido informativo: combina la verdad con la falta de contenido” (Popper, 1994: 290), lo que implica también que la verosimilitud no puede ser sinónimo de ‘baja probabilidad’ ni de ‘alta probabilidad’; tampoco es ‘sustituto procesal de la verdad’ como menciona P. Calamandrei, porque incluso ese ‘sustituto’ está referido a aserciones dotadas, de hecho, de un cierto grado de aceptabilidad, mientras que la verosimilitud prescinde, como ya se ha visto, de los grados de certeza que se atribuyen a las aserciones fácticas. En consecuencia, mucho menos se puede pensar razonablemente en una verosimilitud objetiva distinta de una verosimilitud subjetiva.

En definitiva, el significado de verosimilitud equivale al de normalidad, el de probabilidad tiene que ver con el grado de confirmación de una hipótesis. Constituye una distorsión la distinción entre prueba y probabilidad del hecho, ya que ésta última, en primer lugar, ofrece, en alguna de sus versiones, instrumentos útiles para racionalizar el fenómeno probatorio, haciendo superficial e incongruente toda contraposición genérica entre probabilidad y prueba y, en segundo lugar, porque al tener que ver con el grado de confirmación ya indicado, es inadecuado definirla como aquello que no está probado pero que resulta de alguna forma creíble.

En este sentido, autores como M. Taruffo creen que la determinación del hecho no tiene que ver con certeza absoluta alguna (salvo como ideal regulativo y tendencial) sino con el grado de fundamentación que puede atribuirse a la hipótesis de la existencia del hecho, lo que lleva a razonar en términos de probabilidad como sustituto aceptable de la verdad ‘absoluta’; desde tal perspectiva, resulta correcto rechazar, por inaplicable, el teorema de Bayes, pues no puede fundar una teoría general de la valoración de la prueba y su utilidad es absolutamente marginal: descuida el peso y el significado de los elementos de prueba disponibles en el caso concreto (que es el dato más importante). En cambio, resulta también necesario hacerse partidario de la llamada probabilidad lógica o baconiana, en la que el grado de probabilidad de la hipótesis equivale al grado en que los elementos de confirmación les ofrecen sustento.

3.- Condiciones y modalidades de justificación de la verdad y su relación con los hechos en el Derecho

Establecidas las bases conceptuales y dogmáticas, en este apartado serán estudiadas las condiciones y modalidades en cuya presencia está justificado considerar como verdadera una versión de los hechos. Se trata de conjeturar una descripción de un hecho y ofrecer los elementos de apoyo que le atribuyen un cierto grado de fundamentación; de establecer en qué casos esto se produce y en función de que criterios se puede determinar el grado de fundamentación y cómo ese grado permite considerar aceptable la proposición asumida como hipótesis.

En el sentido antes apuntado, toda hipótesis (ya sea en el caso simple de afirmaciones/negaciones de X, ya sea en el caso más complejo en el que hay distintas versiones de X cada una de las cuales equivale a una negación) representa una 'versión de la realidad' distinta. Al examinar las diversas situaciones en las que la hipótesis sobre el hecho pueden tener distintas configuraciones, donde la relación entre estas y sus respectivos elementos de confirmación es variada y compleja, M. Taruffo insiste en que cada hipótesis debe ser considerada autónomamente (por separado), al menos inicialmente y a los efectos de individualizar exactamente el campo de sus posibilidades⁷.

Resulta imposible afirmar válidamente que a la ausencia de elementos de prueba que confirmen la verdad de la descripción del hecho se corresponde su

⁷ Cada hipótesis adquiere así su propio grado de confirmación sobre la base de los elementos de prueba disponibles en la situación en que la valoración se realiza. Sobre esa base, posteriormente podrá realizarse la selección de la hipótesis que resulta más aceptable en la medida en que esté dotada de un grado de confirmación o apoyo más elevado respecto a las otras, y esto es válido para las hipótesis sobre hechos simples, complejos, incompatibles, jurídicamente vinculados y para hipótesis contrarias. Merece destacar que esto tiene consecuencias importantes en la prueba indirecta, porque el grado de aceptabilidad de la prueba sobre el hecho secundario no equivale al grado de confirmación de la hipótesis sobre el hecho principal, ni a la inversa, pues una cosa es el grado de aceptabilidad que la prueba confiere a la afirmación de la existencia del hecho secundario y otra el grado de aceptabilidad de la inferencia que se funda en la premisa constituida por aquella afirmación, todo lo cual deriva de la falta de coincidencia entre el hecho que constituye el objeto específico de la prueba y el hecho que es necesario probar en el proceso, lo que impide considerar que la confirmación de la hipótesis sobre el *factum probandum* coincide con el grado de credibilidad de la prueba; antes bien, la hipótesis sobre el *factum probandum* puede recibir elementos de confirmación de la proposición sobre el hecho secundario Y únicamente si ésta última puede ser asumida como premisa de una inferencia que permita obtener conclusiones acerca de la existencia de X. Una vez que se dispone de premisa para la inferencia (porque el grado de confirmación de Y es considerado por el juez como suficiente para asumir Y como verdadero) el grado de confirmación de la hipótesis sobre X dependerá únicamente del criterio de inferencia que se use para vincular Y con X.

falsedad en versión develada (conclusión que sería correcta en términos de lógica binaria —verdadero/falso—), esta imposibilidad se debe a que, resulta claro que no tener razones para afirmar que la hipótesis es ‘verdadera’ no equivale a tener razones para decir que esta sea ‘falsa’, pues la ausencia de elementos de prueba lo que produce es ausencia de elementos de conocimiento acerca de su fundamento y no permite siquiera decir que ésta es falsa.

La valoración de la prueba se efectúa, entre otras formas, siguiendo un procedimiento racional que permanece intrínsecamente vinculado a la peculiaridad del caso concreto, a las características de cada elemento de prueba y a los criterios utilizados para interpretarlos: se trata de un procedimiento mediante el que un ‘sujeto racional’ determina con ‘criterios racionales’ el grado con el que se puede asumir que una proposición específica, que expresa un elemento de prueba, es aceptable.

Si nos encontramos ante una situación simple en que hay una sola prueba referida a una hipótesis sobre el hecho y versa directamente sobre el hecho que debe ser probado, entonces el valor del elemento de prueba equivale al grado de confirmación que puede atribuirse a la hipótesis sobre el hecho.

Hay algunas cuestiones importantes en torno a las pruebas convergentes y a las pruebas contradictorias: para establecer cuál es el grado de confirmación de la hipótesis sobre el hecho cuando sobre la misma existen elementos de prueba convergentes, lo que importa es el grado de apoyo que prestan a la hipótesis los elementos de prueba (para ver si la confirman), no la probabilidad conjunta de éstos últimos. El método de la suma de los elementos de confirmación parece el único capaz de dar cuenta de varios fenómenos, como la posibilidad de que varios elementos de prueba cooperen en distinta medida para determinar la probabilidad lógica conjunta de X, así como que el valor de esta probabilidad aumente en función del incremento de los elementos de prueba y en función del valor específico de cada uno de ellos.

En el caso de pruebas contradictorias, el problema central es la forma en que se analizan y valoran las pruebas que componen un conjunto contradictorio: el hecho de que existan elementos de prueba positivos y negativos significa que ambas (tanto la afirmación de X como su negación) pueden tener un cierto grado de confirmación

y adquieren, sobre la base de las respectivas pruebas, grados independientes y autónomos de probabilidad lógica. En el contexto de confirmación/hipótesis la probabilidad de la hipótesis negativa no es el complemento de la probabilidad de la hipótesis positiva: el complemento conceptual del grado de confirmación de la hipótesis negativa es la mera plausibilidad de la existencia de X.

Ahora bien, ante dos hipótesis contradictorias (VX/FX) o incompatibles (VX/VY, pero con X/Y incompatibles), el problema de la decisión se plantea como el problema de la elección de una hipótesis sobre el hecho entre todas las que han obtenido grados de confirmación sobre la base de los elementos de prueba disponibles. Si se dan, pues, distintas hipótesis sobre el hecho contradictorias o incompatibles, cada una de ellas con un grado determinado de probabilidad lógica sobre la base de las pruebas, la elección de la hipótesis que ha de ponerse en la base de la decisión se realiza mediante el criterio de la *probabilidad prevaleciente*: debe acogerse la hipótesis que reciba el apoyo *relativamente* mayor sobre la base de los elementos de prueba conjuntamente disponibles.

Se trata pues de una elección *relativa y comparativa* dentro de un campo representado por algunas hipótesis dotadas de sentido, por ser, en distintas formas, probables, y caracterizado por un número finito de elementos de prueba favorables a una u otra hipótesis. Se trata también de una elección racional, precisamente por ser relativa, dado que consiste únicamente en individualizar la alternativa más fundamentada en una situación de incertidumbre definida por la presencia de distintas hipótesis significativas. En definitiva, se puede admitir el criterio de la probabilidad prevaleciente con la advertencia de que la hipótesis que éste identifica sólo puede situarse en la base de la decisión si es de por sí aceptable en un nivel mínimo (definido por un valor de probabilidad conjunto igual a 0.50 como mínimo), porque si ninguna de las hipótesis es aceptable no tiene sentido preguntarse cuál de ellas es más aceptable: se requiere que la hipótesis sobre el hecho que se seleccione sea por sí misma aceptable, a parte de la más probable entre las hipótesis disponibles.

De esta manera, además de la posible integración en términos de aceptabilidad mínima de la hipótesis más probable, el del grado prevaleciente de probabilidad lógica es el criterio racional para decidir en la situación en que se presentan distintas

hipótesis incompatibles y, por otra parte, es el criterio que mejor da cuenta de la relación que se establece en el caso concreto entre las distintas hipótesis y los elementos de prueba disponibles.

4.- Racionalidad, prueba y normas jurídicas

De la prueba jurídica, M. Taruffo resalta que su especificidad no excluye su ubicación en un campo metodológico más amplio que el de la teoría jurídica de la prueba: en la relación dialéctica entre principios de racionalidad y reglas jurídicas en materia de pruebas, estas operan tendencialmente a limitar o excluir la aplicación de los primeros en nombre de razones exclusivamente típicas de la dimensión jurídica del fenómeno probatorio, pero no hay especificidad alguna respecto de los elementos de prueba no regulados. La regulación jurídica de la prueba es de tendencia ‘abierta’, porque la definición de la prueba y de los conceptos correlacionados se sitúa más en una perspectiva epistemológica que en una dimensión exclusivamente jurídica y, además, porque no hay razón válida para sostener que dicha regulación es ‘completa’ y omnicompreensiva, de forma tal que se justifique la conclusión de que sólo puede usarse a los efectos probatorios aquello que una norma califique expresa y específicamente como prueba.

Por tanto, el fenómeno de la prueba no está completamente contenido en, y definido por, las normas jurídicas que se ocupan de las pruebas, porque se sitúa *antes y fuera* de la reglamentación específica producida por normas jurídicas, ni la prueba jurídica es, *a priori*, nada ontológicamente o estructuralmente distinto de lo que se considera o se emplea como instrumento de conocimiento de los hechos en la experiencia común o en otros campos específicos (como sucede en la libre valoración de la prueba), ni, en fin, la rigen criterios ‘jurídicos’ en *stricto sensu*.

La libertad de la prueba, entendida como la falta de regulación legal de la prueba, es relevante desde la perspectiva del equilibrio, variable en el tiempo y de un ordenamiento a otro, entre los valores representados por la libertad y por la regulación legal de la prueba, que se presenta en cuatro vertientes: *a) en la admisión de las pruebas*, donde la libertad significa ausencia de normas que excluyan la prueba del proceso y, por tanto, está referida a la posibilidad de que las partes utilicen todos los elementos de prueba relevantes de los que dispongan.

Para decidir qué elementos de prueba pueden ser empleados en el proceso, el problema se resuelve mediante la combinación de dos criterios: uno, típicamente

lógico, es el de la relevancia de la prueba; el otro, típicamente jurídico, es el de su admisibilidad, cuyo orden lógico atribuye prioridad al criterio de la relevancia: si una prueba es irrelevante no tiene sentido, dado el principio de economía procesal, preguntarse si es o no jurídicamente admisible, ya que su adquisición sería en todo caso inútil.

La relevancia no es propiamente una cualidad de la prueba sino una característica constitutiva de la misma, en el sentido de que solamente lo que es relevante puede ser definido como ‘prueba’ en el proceso; su función es doble: por un lado, el aspecto negativo o de exclusión, consistente en la imposibilidad de admitir en el proceso las pruebas no relevantes, y, por otro, el aspecto positivo o inclusivo, referido a la oportunidad de admitir todas las pruebas relevantes sobre la sola base de sus relaciones lógicas con el hecho a determinar.

Por ello, el único criterio razonable de inclusión, pero también la única regla razonable de exclusión, derivan de la valoración racional acerca de la posible e hipotética utilidad del elemento específico de prueba respecto de la determinación del hecho. Además, debe precisarse que la valoración sobre la relevancia de la prueba es *preliminar* y se basa en una *anticipación hipotética* del juicio sobre la prueba en relación con el hecho. La valoración es preliminar en el sentido de que sirve para excluir *ex ante* del proceso las pruebas irrelevantes, evitando así que se realicen las actividades procesales innecesarias para adquirirlas y que resultarían inútiles a los efectos de la determinación de los hechos. Por otra parte, se trata de una anticipación hipotética en un doble sentido:

En primer lugar, se toma en consideración la posibilidad de que la prueba tenga un resultado positivo y, por tanto, que sea capaz de producir elementos de conocimiento sobre el hecho a determinar, conjetura que es suficiente para verificar la relevancia de la prueba que versa directamente sobre un hecho jurídico.

En segundo lugar, si se trata de una prueba que versa sobre un hecho secundario, es necesario formular una segunda y ulterior conjetura: debe presuponerse que la prueba tendrá un resultado positivo, pero también debe establecerse, supuesto que el hecho secundario quede probado, que éste constituirá la premisa de una posible inferencia relativa al hecho jurídico. Esta operación anticipa en cierto sentido el juicio sobre el resultado de la prueba respecto de la determinación del hecho, pero no coincide con la determinación del valor efectivo que la prueba podrá tener *ex post* en el juicio final sobre los hechos: Por un lado,

el resultado de la prueba se conjetura, no se valora. Se presupone que el hecho secundario resultará probado, pero ello no implica valoración preliminar alguna respecto de la eficacia de la prueba.

Por otro lado, también la formulación de la inferencia que va del hecho secundario al hecho jurídico es: puramente *hipotética*, porque se basa en la conjetura de la ocurrencia del hecho secundario y de la posibilidad de obtener de ella inferencias significativas acerca de la ocurrencia del hecho principal, y *provisional*, porque sirve únicamente para establecer si vale o no la pena incorporar la prueba y no vincula, ni predetermina, la valoración que se realizará *ex post* en el momento en que la decisión sobre los hechos se formulará.

Respecto a las reglas jurídicas de admisibilidad de las pruebas, se infiere que son necesariamente reglas de exclusión, esencialmente relativas y variables en el plano diacrónico y sincrónico: se trata de un campo abierto a la influencia de los factores más diversos y es extremadamente difícil encontrar factores de racionalización que vayan más allá de las características específicas de la evolución histórica y del orden sistemático de cada ordenamiento. La relatividad de los criterios de admisibilidad de la prueba y la imposibilidad de un catálogo cerrado y/o taxativo de las pruebas conduce, al parecer de modo necesario, a resaltar el principio según el cual *cualquier prueba relevante debe ser admitida, excepto que una norma legal específica la excluya o subordine su admisión a presupuestos o condiciones particulares*, siempre que, claro está, dicha norma cumpla los parámetros de vigencia y validez propia del ordenamiento jurídico del estado constitucional que en este ámbito trasciende, sin excluir, los parámetros del mero estado de derecho.

Este principio tiene un fundamento racional que trasciende los límites y las peculiaridades de cada ordenamiento: responde a la exigencia fundamental de maximización de las posibilidades de determinación racional y aceptable de los hechos; *b) en la formación de la prueba*, donde la libertad significa ausencia de normas que regulen el modo en que la prueba se constituye, en el proceso y fuera de él; *c) en la valoración de las pruebas*. Aquí la libertad significa ausencia de normas que predeterminen, vinculando al juez y a las partes, el valor que debe atribuirse a una prueba en la decisión. Es interesante este análisis, pues deja sentado que, en la práctica, el paso de la prueba legal al sistema de la libre valoración del juez ha sido un salto al vacío, porque no hay una nueva racionalidad, entendida como cuerpo orgánico de principios racionales generalmente aceptados, que venga a llenar el espacio que deja libre la caída de la racionalidad medieval y del siglo XVIII, ya que los criterios racionales de la libre valoración no existen porque no se han elaborado,

y este “vacío de racionalidad” da lugar a la discrecionalidad incontrolada del juez y, en el uso degenerativo que a menudo se hace de ese principio, se abre el camino a la legitimación de la arbitrariedad subjetiva del juez o, en el mejor de los casos, a una discrecionalidad cuyos criterios y presupuestos se desconocen. Para autores como M. Taruffo no hay nada de necesario en ello, porque las versiones irracionalistas de la libre convicción del juez no se sostienen sobre opciones filosóficas específicas sino, mucho más banalmente, porque son más cómodas y evitan el ejercicio —siempre complejo y agotador— de la racionalidad como instrumento de control del juicio de hecho; finalmente, *d) en la elección de los elementos útiles para la decisión por parte del juez*, en la que la libertad significa que el juez puede buscar libremente los elementos de prueba y no está vinculado por normas sobre la elección de las pruebas que deben fundamentar el juicio de hecho, lo que no significa ausencia de criterios racionales para dicha elección.

Dentro de la misma perspectiva, y en referencia a la admisión de las pruebas atípicas (las no reguladas por la ley), es de señalar que la principal razón para que una prueba sea admitida en juicio es su utilidad para la determinación de los hechos, y la imposibilidad de demostrar la ‘clausura’ del catálogo legal de las pruebas es ya una demostración de que no es posible negar *a priori* la admisibilidad de las pruebas atípicas. En cualquier caso existe, en primer lugar, una diferencia esencial entre la prueba formada en el proceso violando las normas que regulan su formación de modo vinculante y la prueba formada fuera del proceso: una no puede ser utilizada porque es nula o ilícita, mientras que la otra no presenta ningún vicio jurídicamente relevante y, por tanto, no hay razón para que no pueda ser utilizada. En segundo lugar, disponemos de controles aplicables también allí donde no opera ninguna regulación legal específica de las pruebas, idóneos para evitar que la discrecionalidad del juez se traduzca en arbitrariedad.

El principio de *contradicción* en las pruebas atípicas se cumple en la valoración, no en su formación. Para M. Taruffo, la motivación de hecho de la sentencia se encuentra, en la práctica, muy lejos del modelo ideal aquí reseñado, pues a menudo las motivaciones no contienen justificaciones adecuadas de la decisión sobre los hechos y no dan cuenta de los criterios que fundamentan la valoración de las pruebas: la motivación se reduce a afirmaciones genéricas de las que no es posible extraer nada significativo acerca del razonamiento del juez. En particular, las razones de la utilización de pruebas atípicas y de presunciones simples, así como la valoración crítica de la eficacia de las pruebas, quedan fuera de la motivación sobre los hechos.

A modo de conclusión. Significados de la prueba y los hechos en el Derecho

Los conceptos referidos a la problemática de la prueba no son estables ni rigurosos. Sobre sus principales significados en el contexto del proceso, autores como M. Taruffo individualizan tres distinciones: *una*, la prueba como demostración y prueba como experimento (I); *dos*, la relación entre la prueba y el hecho al que esta se refiere y las funciones que la prueba desarrolla en el ámbito de esa relación (II); y, *tres*, la prueba como criterio de decisión y factor de elección entre distintas versiones de los hechos en el momento del razonamiento del juez, en donde la prueba desarrolla el papel de fundamento para la elección racional de la hipótesis destinada a constituir el contenido de la decisión final sobre el hecho. Los significados de “prueba” son, pues, diversos y el uso del término puede deslizarse más o menos conscientemente de uno a otro de ellos. Su polisemia proviene de que con él se hace referencia a distintos aspectos del fenómeno probatorio (III).

I.- La primera significa mostrar u ofrecer elementos para decidir que una aserción relativa a un hecho es ‘verdadera’ (en algún sentido del término) y esta aserción está probada cuando existen elementos idóneos para demostrar que es verdadera; y la segunda es entendida como test o control de una hipótesis en el ámbito del procedimiento experimental, en la que se piensa cuando la prueba se ubica dentro del desarrollo dinámico del proceso y se la considera como instrumento o procedimiento para verificar la fundamentación, o la aceptabilidad, de esa afirmación o bien cuando tiene el significado del ‘desafío’, de la ‘competición’, de la ‘dificultad a superar’ o de ‘experiencias a realizar para alcanzar un determinado resultado’.

II.- La segunda puede ser abordada desde dos puntos de vista: *a) durante el proceso* (esto es, desde el contexto de descubrimiento) y *b) en el contexto de la decisión final ya formulada* (contexto de justificación). *Durante el proceso* la prueba es un factor o un elemento de *conocimiento* que entra en un procedimiento complejo, orientado hacia la formulación de un juicio final relativo a la aceptabilidad de una aserción (o de un conjunto de aserciones) sobre hechos relevantes para la decisión, y desarrolla dos funciones distintas pero conexas: opera como elemento de *control* de las hipótesis sobre los hechos ya formuladas, según el modelo de *trial and error* que tiene lugar también en el proceso, es decir, para confirmar o contradecir (si se prefiere, para verificar o falsear) esas hipótesis, eventualmente añadiéndose a otros elementos de confirmación o de falsación de las mismas; además, opera como factor de *descubrimiento*, en la medida en que puede servir como base para

la elaboración de nuevas y distintas hipótesis (eventualmente, más aceptables que otras inicialmente formuladas) sobre el hecho relevante para la decisión. En el *contexto de la decisión* la función de la prueba consiste en justificar, es decir, en ofrecer elementos para considerar fundamentadas las aserciones fácticas presentadas como verdaderas en la decisión final.

III.- Se habla de prueba para confirmar o falsear una aserción relativa a un hecho de la causa, para designar el resultado que deriva de la adquisición de los medios de prueba en el proceso y de su valoración por parte del juez y, en fin, para indicar la vinculación que se instaura entre la prueba en el primero y en el segundo de los sentidos recién presentados, que puede tener dos versiones: una de carácter *lógico y gnoseológico*, en donde la prueba es la inferencia probatoria, es decir, el razonamiento con el que el juez establece que el hecho está probado sobre la base de los elementos de prueba de los que dispone, y contiene, en primer lugar, un aspecto *heurístico*, en la medida en que el juez “descubre” o “encuentra” la prueba del hecho partiendo de los elementos de conocimiento de los que dispone y, en segundo lugar, un aspecto *justificativo*, en la medida en que la prueba del hecho se apoya en argumentos que se fundamentan en esos elementos de conocimiento. La otra versión es *jurídica y operativa*: ese vínculo se instaura en el proceso en la medida en que es necesario que se adquieran en él pruebas (medios de prueba) para derivar de ellas, y fundar sobre ellas, la decisión sobre el hecho. Es a través de este procedimiento que los datos cognoscitivos “brutos” preexistentes se convierten en “pruebas” en el sentido jurídico de la palabra, o que se crean “pruebas” *ad hoc* específicamente destinadas al conocimiento de los hechos de esa causa.

Así, para finalizar, parecen relevantes aquellas consideraciones en torno a la clasificación tradicional entre *prueba directa e indirecta*, fundada en la relación entre prueba y hecho, no en base a elementos tradicionales tan vagos como la ‘naturaleza’ de la prueba y la ‘percepción’ del juez sino, antes bien, teniendo en cuenta la forma en que esa relación se plantea en el contexto de la decisión. Para ello es necesario distinguir entre el hecho a probar (el hecho jurídicamente relevante del que depende directamente la decisión) y el objeto de la prueba (el hecho del que la prueba ofrece la demostración o la confirmación).

La prueba podrá definirse como directa o indirecta en función de la relación que se dé entre el hecho a probar y el objeto de la prueba (o mejor, entre los hechos que son afirmados en las dos enunciaciones). Se está ante una prueba directa cuando las dos enunciaciones tienen por objeto el mismo hecho, es decir, cuando la prueba versa sobre el hecho principal: prueba directa es aquella que versa directamente

sobre el hecho a probar; en cambio, se estará ante una prueba indirecta cuando esta situación no se produzca, es decir, cuando el objeto de la prueba esté constituido por un hecho distinto de aquél que debe ser probado por ser jurídicamente relevante a los efectos de la decisión. Esta distinción no es ontológica sino *funcional* y *relacional*, porque no hace referencia a la naturaleza intrínseca de las pruebas o de los medios de prueba, de modo que las pruebas no son de forma general, *a priori* y en cualquier caso, directas o indirectas.

Bibliografía

- Carnelutti, Fernando (1995). *La prueba civil*. Buenos Aires. Arayú.
- Comanducci, Paolo (2004). *Razonamiento jurídico. Elementos para un modelo*. México. Fontamara.
- Gascón-Abellán, Marina (1999). *Los hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba*. Madrid. Marcial Pons.
- Larenz, K. (1994). *Metodología de la ciencia del Derecho*. Barcelona. Ariel.
- Montesquieu (1984). *Del espíritu de las leyes. Tomo II*. Madrid. Orbis.
- Popper, Karl R. (1994). *Conjeturas y refutaciones. El desarrollo del conocimiento científico*. Barcelona. Paidós.
- Rawls, John (1979). *Teoría de la justicia*. Madrid. Fondo de Cultura Económica.
- Taruffo, Michele (2002). *La prueba de los hechos*. Madrid. Trotta.