

EL CONOCIMIENTO DE LOS HECHOS Y LA CERTEZA

Rodrigo Rivera Morales
Doctor en Derecho
Profesor universitario- litigante

“Existe entre los abogados y los magistrados cierta tendencia a considerar como materia de inferior categoría las cuestiones de hecho y a dar a la calificación de pruebista un significado despectivo”

Piero Calamandrei, *Elogio a los jueces escrito por un abogado* (1945)

SUMARIO: Introducción. 1. Los hechos y la norma jurídica. 2. ¿Qué debe probarse? 3. El conocimiento del hecho. 4. La validez o autenticidad de los hechos

Introducción

En algunos edificios judiciales y en muchos textos jurídicos aparece el aforismo latino *Da mihi factum, dabo tibi ius* y muy corrientemente usado aún en la práctica judicial. Su traducción sería: “dame los hechos, yo te daré el derecho” (es decir, la consecuencia jurídica de dichos hechos). Esta regla está relacionada con: *Iura novit curia*: “el juez conoce el derecho”.

En todos los ordenamientos jurídicos, en el orden civil, al demandante se le exige alegar los hechos al demandado negarlos u oponer otros hechos que desvirtúen los de la parte contraria. En Colombia, el CGP, artículo 82.5, exige para presentar la demanda “Los hechos que le sirven de fundamento a las pretensiones, debidamente determinados, clasificados y numerados”. En Venezuela, en el artículo 340.5 del CPC se requiere “La relación de los hechos y los fundamentos de derecho en que se base la pretensión, con las pertinentes conclusiones”. En Uruguay, en el CGP, artículo 117 se estatuye “4) La narración precisa de los hechos en capítulos numerados, la invocación del derecho en que se funda y los medios de prueba pertinentes, conforme con lo dispuesto en el artículo siguiente”. En Perú, de igual forma en el artículo 424 del CPC: “6. Los hechos en que se funde el petitorio, expuestos numeradamente en forma precisa, con orden y claridad”. En España, el

artículo 399.3 LEC estipula que “Los hechos se narrarán en forma ordenada y clara para facilitar su admisión o negación por el demandado al contestar”.

La inicial alegación fáctica de las partes en el proceso civil supone la aplicación del derecho a un caso concreto. De esta manera comienzan a jugar hechos y normas como el objeto del razonamiento jurídico. La importancia de la cuestión de hecho radica en que de ella deriva necesariamente la cuestión probatoria y que de la controversia que exista respecto de los hechos, esto es, sobre los hechos controvertidos se centrará el debate y la actividad probatoria.

La lógica jurídica indica una suerte de silogismo en el que la premisa mayor es la norma y la premisa menor es el hecho, mientras que el resultado es igual a la solución del caso, que no es otra cosa que una conclusión normativa particular. En este sentido la norma es universal y ejemplificativa, mientras que el caso es particular y concreto; por lo tanto, las alegaciones sobre hechos -conjunto de premisas menores particulares y concretas- consisten en demostrar que la situación particular se encuentra prevista en el universal normativo y que por lo tanto existen determinadas consecuencias jurídicas para los hechos declarados y probados.

La doctrina, en especial, los estudios de Michele Taruffo¹, sobre la formación de la sentencia coinciden en poner de manifiesto que la primera cuestión que se plantea el juez no es la de la fijación de los hechos o -dicho con menos rigor, pero tal vez más expresivamente- la de si los hechos alegados son o no son ciertos.

La problemática en torno al hecho ha sido poco estudiada en el derecho, por ello, en los últimos 30 años filósofos y procesalistas se han dado a la tarea de insistir sobre esta temática y hacer aportes para tratar la clarificación del tema². Tratar el tema de los hechos,

¹ TARUFFO, Michele. “Sobre la complejidad de la decisión judicial”. En ISSN 1657-6535. PRECEDENTE 2012 VOL. 1 / julio-diciembre, 181-200. Cali – Colombia, p. 188: “deberá decidir sobre la verdad o falsedad de los enunciados que le describen, se reconoce la existencia de una dimensión epistemológica del proceso y de la decisión que lo concluye. Sobre todo, el proceso entero puede ser interpretado como una actividad compleja en la cual participan varios sujetos, que tiene carácter epistemológico en cuanto se propone establecer la verdad de los hechos relevantes (vid Taruffo, Michele, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, Madrid, Marcial Pons, pp. 133-134).

² En representación, citamos dos autores y textos relacionados con el tema. TARUFFO, Michelle (2002), *La prueba de los hechos*, Madrid: Editorial Trotta. GASCÓN ABELLÁN, Marina (1999), *Los hechos en el Derecho: Bases argumentales de la prueba*, Madrid: Editorial Marcial Pons.

en cuanto, a la percepción e interpretación, supone el auxilio de otras ciencias como la sociología, la psicología, la semiología, la historia y la etnología.

En el presente trabajo se pretende estudiar la determinación verdadera de los hechos y la relevancia que tiene para la decisión judicial. Entendemos que toda decisión para aplicar la consecuencia jurídica de la norma que aplica debe partir del supuesto fáctico *verdadero*, “porque es evidente que un sujeto es efectivamente titular de un derecho sólo si son verdaderos los hechos de los que depende en concreto la existencia de ese derecho”³. De manera que si se aplica una norma y no hay precisión de los hechos se estaría cometiendo una arbitrariedad. El problema es cómo se justifica la validez de los hechos declarados como probados. ¿Basta sólo con argumentar o es necesario someter a contrastación científica los medios probatorios que trasladan las fuentes al proceso?

1. LOS HECHOS Y LA NORMA JURÍDICA

En los textos jurídicos la oposición entre hecho y derecho ha sido ampliamente tratada. Sin embargo, el asunto no está muy claro. En ciertos contextos la distinción arraigada parece ser contingente, especialmente, cuando se pasa del nivel abstracto al nivel de la práctica jurídica. Uno de los enunciados, ordinariamente, aceptados de la separación derecho y hecho es la oposición teórica y/o institucional entre *quaestion facti* y *quaestion iuris*. A manera de ejemplo, citemos dos vertientes de confusión, una, cuando se trata de diferenciar la controversia de hecho de la controversia de derecho; la otra, cuando se trata de establecer la conexión entre el hecho y el derecho en el momento de la decisión judicial⁴.

Debe advertirse que, en términos generales, en la ciencia actual se critica la teoría del empirismo sobre los hechos. En la ciencia del derecho se dice que la facticidad es artificial, puesto que se construye a través de una ciencia que es experta en seleccionar y relacionar⁵. De manera, que los hechos para el proceso no son nunca entidades fijas susceptibles de describirse fuera de un contexto y de un modo de observación. A pesar de que en el derecho se formulan hechos en abstracto como supuestos fácticos de las normas,

³ TARUFFO, Michele (2010). *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, Madrid, Marcial Pons, p. 133

⁴ RIVERA MORALES, Rodrigo (2011). *La prueba: análisis racional y práctico*. Madrid, Editorial Marcial Pons, pp. 54 y ss.

⁵ MARTÍNEZ GARCÍA, Jesús Ignacio (1992), *La imaginación jurídica*, Madrid: Editorial Debate. p. 34.

debe advertirse que las partes alegan hechos empíricos⁶, bien, por su actuación, o bien, por la observación de testigos o análisis de expertos. También, hay que destacar que la ciencia jurídica, que tanta atención ha dedicado al estudio y sistematización normativa, se ha comportado con una excéntrica simplicidad con respecto a los hechos. Los hechos aparecen como algo escasamente conceptualizado⁷.

Se ha resaltado que en el proceso una de sus finalidades es establecer la verdad, para ello se requiere la actividad probatoria, en la cual se practican o evacuan medios probatorios como metodología judicial específica para probar los hechos que han sido alegados o afirmados por las partes. Expone TARUFFO⁸ que la finalidad de demostrar los hechos en el proceso no es para satisfacer exigencias de conocimiento en estado puro, sino para resolver controversias jurídicas acerca de la existencia de derechos; de manera que la intención no es fijar el hecho en sí mismo, sino en la medida en que éste sea presupuesto o contenido de la hipótesis fáctica para la aplicación de la norma en el caso concreto. Evidentemente, el Derecho se refiere a los hechos, que vienen determinados por normas jurídicas de modos distintos.

Las formas jurídicas merecen especial atención, pues son, precisamente, el lugar de origen de ciertas formas de verdad⁹. Se afirma que con las prácticas judiciales nacieron modelos de verdad que todavía están vigentes. El Derecho construye su propia realidad. Así nos encontramos con un Derecho que no sólo propone contenidos sino también formas refinadas y condiciones de posibilidad de saber, a través de una técnica administrativa y procesal de indagación de la verdad¹⁰.

La realidad jurídica es creada, es artificial. El Derecho ostenta un poder de demarcación de la realidad y determina no sólo cómo deben ser las cosas sino cómo son. El Derecho decide cuál es la realidad que cuenta para él, qué es lo que existe o no jurídicamente¹¹. Por ejemplo, la capacidad jurídica no es una cualidad de la persona, sino

⁶ Empírico es un término que se califica como adjetivo para indicar que se funda en la praxis, en la experiencia sensorial y en la observación de los hechos. El término tiene origen del griego de experiencia, ἐμπειρία, que a su vez deriva de ἐν (en) y πειρα (prueba).

⁷ ANDRÉS IBAÑEZ, Perfecto (2009), “Sobre prueba y motivación”, en obra colectiva *Consideraciones sobre la prueba judicial*, Madrid: Coloquio Jurídico-Europeo. pp. 48 y ss.

⁸ TARUFFO, Michele (2008), *La prueba*, ob. cit. p. 90.

⁹ FOUCAULT, Michel (1995), *La verdad y las formas jurídicas*, Barcelona: Editorial Gedisa, pp. 23 y ss.

¹⁰ IBÍDEM, pp. 70-88.

¹¹ MARTÍNEZ GARCÍA, Jesús Ignacio (1992), *La imaginación jurídica*, ob. cit. p. 34.

una atribución del Derecho. El Derecho la atribuye e indica el hecho para que se entienda capaz, en algunos casos establece el hecho de los 18 años como relevante para esa calificación. Esto significa que el Derecho decide qué hechos son relevantes y en qué circunstancias. La determinación de lo que es o no jurídicamente relevante compete exclusivamente al Derecho. Por eso se ha señalado que “el hecho jurídico no es sencillamente el hecho, sino el hecho que existe en y por el Derecho”¹². En este sentido, es irrefutable que el supuesto fáctico de la norma es un contenido de la norma y, por tanto, formalmente Derecho.

Ahora, pensemos en el dilema “hechos que ocurrieron o no ocurrieron y que la misma persona fue su autor y no lo fue”, aun cuando fue una decisión hace muchos atrás, el Tribunal Constitucional español dijo: “A los más elementales criterios de la razón jurídica repugna aceptar la firmeza de distintas resoluciones judiciales en virtud de las cuales resulte que unos mismos hechos ocurrieron y no ocurrieron, o que una misma persona fue su autor y no lo fue”¹³. El problema que se trasluce es si se refiere a los hechos empíricos o si se refiere a la calificación de tales hechos. En realidad, este problema se debe a la diversa calificación y procedimientos establecidos en las normas, los hechos son los mismos, tal como dijo el TC “pues es claro que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado.”

Comenta NIEVA FENOLL¹⁴, que “toda norma jurídica contiene un supuesto de hecho. Es imposible pensar en una norma jurídica *per se*, desvinculada del hecho regulado”. Si bien es cierto que existen hechos fuera del mundo jurídico, y hay percepciones sobre estos hechos, no menos cierto es que esos hechos si no tienen relevancia jurídica, pueden ser soslayados, puesto que lo único que “interesa a la ciencia jurídica son

¹² IRTI, N. (1984), *Norme e fatti: Saggi di teoria generale del diritto*, Milán: Giuffrè, p. 6: “...il fatto rilevante è sempre un'astrazione, che il pensiero elabora sulla scorta dei modelli normativi”.

¹³ TC España. Sentencia 77/1983, de 3 de octubre. “Es verdad que unas mismas pruebas condujeron al juez de instrucción a aplicar en beneficio del reo el criterio de la duda razonable y al Gobierno Civil a darlos como hechos probados, pero este acto no permite suponer que se haya violado la presunción de inocencia, porque lo que ocurre es que las apreciaciones del material probatorio fueron distintas, lo que plantea un problema de carácter diverso sobre el que volveremos después. (...) En cada uno de ellos ha de producirse un enjuiciamiento y una calificación de unos mismos hechos, el enjuiciamiento y la calificación que en el plano jurídico puedan producirse, se hagan con independencia, si resultan de la aplicación de normativas diferentes, pero que no pueda ocurrir lo mismo en lo que se refiere a la apreciación de los hechos, pues es claro que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado”.

¹⁴ NIEVA FENOLL, Jordi (2000), *El hecho y el derecho en la Casación Penal*, Barcelona: Editorial J.M. Bosch Editor, p. 118.

los hechos jurídicamente relevantes, es decir, los hechos que se mezclan con el Derecho, los hechos que le confieren existencia a la norma jurídica”¹⁵.

Vale afirmar que efectivamente, en el proceso, al órgano jurisdiccional sólo le interesarán los hechos en tanto no estén separados del Derecho, puesto que, si lo están, carecen de interés para conocerlos y no tienen relevancia para el enjuiciamiento, obviamente, si son periféricos o circunstanciales deben estar conectados al núcleo fáctico de la norma. Los hechos que se declaran probados en el proceso deben tener una relación a una norma. Es decir, estos hechos deben subsumirse en el supuesto fáctico jurídico que enuncia la norma. Por ello, es muy importante la investigación heurística fáctica para determinar cuál es el alcance que la jurisprudencia y doctrina dan al supuesto fáctico normativo contenido en la norma que se pretenda aplicar.

2. LO QUE DEBE PROBARSE EN EL PROCESO

Ha sido controvertido en el derecho procesal en torno a lo que debe probarse en el proceso concreto. En esto hay confusión, incluso suele decirse: *se prueba los hechos*. En realidad, se trata de verificar si los hechos narrados por las partes se corresponden o no con lo sucedido en la realidad. Así, que lo que va a ser objeto de prueba son las afirmaciones o narraciones que las partes hacen sobre los hechos. Las partes señalan que existen unos hechos y que sucedieron de tal forma. Por ejemplo, para probar su posesión, *Luis afirma que tomó posesión de la finca La Esperanza el día YYY, se instaló, contrató obreros para desforestar, adquirió plantas en germinación del frutal FFF, los cuales fueron sembrados y han sido cuidados, están ya próximos a dar su primera cosecha*. Se refiere a hechos, la prueba versará sobre las afirmaciones sobre tales hechos. Se trata de verificar si esos hechos sucedieron o no en la forma que la parte lo ha narrado.

El hecho sucedido o hecho real no puede reproducirse en el proceso, son hechos del pasado, no pueden ser experimentados de nuevo en el proceso. Se trata de reproducirlo en la mente del juzgador. en el sentido ideal como construcción imaginaria, como aproximación a lo real. Es decir, se comprobará la realidad de las afirmaciones formuladas, en el sentido de confirmar el contenido material de aquéllas con la realidad¹⁶.

¹⁵ Ibidem, p. 119.

¹⁶ RIVERA MORALES, Rodrigo. “La prueba como sustento de la decisión judicial”. *Advocatus*, ISSN 1996-4773, N°. 20, 2009, pp. 31-58.

Debe considerarse como tema de la prueba lo que debe probarse en un litigio determinado, esto es, la materia de la que se ocupa la actividad probatoria en el proceso y sobre la cual se persigue convencer al juez. MICHELI¹⁷ escribe que: a) las afirmaciones contenidas tanto en la demanda como en la contestación de ella recaen sobre la existencia o inexistencia de hechos; y b) para el juez, quien al final decidirá, el objeto de la prueba lo constituyen siempre los hechos sobre los cuales recaen las afirmaciones. Explica TARUFFO¹⁸ que la noción clásica de prueba se fundamenta sobre la idea que la prueba sirve para establecer la verdad de uno o más *hechos* relevantes para la decisión. Así, pues, se parte de la visión de que el hecho es el *objeto* de la prueba.

Tratándose de elaborar una definición aplicable al objeto de la prueba judicial he propuesto que “son todos aquellos hechos o situaciones –materiales o conductas humanas– que se alegan como fundamento del derecho que se pretende y que sean de interés para el juicio y que puedan ser susceptibles de demostración histórica”. Esto nos ubica en el contexto de que lo que debe probarse depende de los supuestos de hecho contenidos en las normas que se invocan en respaldo de nuestra pretensión.

Vale la pena detenerse en analizar el tipo de supuestos de hechos fijados en las normas¹⁹. En primer lugar, debe decirse que no son uniformes y se presentan en varias formas –depende incluso del ámbito jurídico–; en segundo lugar, su configuración se conecta en sentido unívoco con la relación jurídica que sustenta, así: constitutivos, impeditivos, modificativos o extintivos. Acéptese que son posibles muchas clasificaciones de los tipos de hechos. No obstante, pensamos que es importante para los efectos del proceso distinguir entre los hechos definidos descriptivamente y los hechos definidos valorativamente²⁰.

En el primer caso, la identificación del supuesto de hecho se realiza a través de datos empíricos. Situación que se complica cuando se trata de aplicar la norma en un concurso casual o simplemente establecer la relación causal. Tomemos por ejemplo

¹⁷ MICHELLI, Gian Antonio (2004), *La carga de la prueba*, Bogotá: Editorial Temis, pp, 112 y ss. Antes nos ha dicho (p. 103) que es correlativo de las partes probar la afirmación misma. De manera que el interés es bilateral con relación a la afirmación, así como también el interés de probar.

¹⁸ TARUFFO, Michele (2002), *La prueba de los hechos*, ob. cit. p. 89.

¹⁹ FERRER BELTRÁN, Jordi (2005), *Prueba y verdad en el derecho*, Madrid: Editorial Marcial Pons, p. 49.

²⁰ *Ibidem*, p. 48.

enfermedad en relación laboral –en primer lugar hay que demostrar que la enfermedad o lesión se produce por la actividad laboral–; indudablemente aquí hay que mirar una relación determinística, lo cual supone la descripción de los hechos del fenómeno que ha de ser explicado –resultado– en su concreta configuración alega “que ingreso a la empresa sin problemas de columna cervical, que tuvo examen médico que lo declaró apto, que en la empresa repetidas veces le ordenaron realizar esfuerzos, como: levantar pesos superiores a los 50 kg y subir gradas con ese peso, que su trabajo diario consistía en trasladar paquetes de papeles entre las oficinas y en diversos pisos del edificio, que el peso de los paquetes oscilaba entre 2 a 8 kg, que este trabajo lo ha efectuado desde hace 11 años”. En este caso se trata de establecer una relación de causalidad particular. ¿Su lesión cervical se debe a los esfuerzos realizados en la empresa?, o ¿Este esfuerzo es insignificante para producir la lesión? La relación causal está en la determinación de que la lesión cervical se produjo por los esfuerzos realizados por el tipo de trabajo en la empresa. En estos casos es obvio, que esas facetas son “*hechos*” –manifestaciones– del fenómeno, máxime si se producen de forma escalonada y se pasa de un estado a otro²¹. No hay unos hechos que muestren concluyentemente la relación causal, se establece por inferencias, argumentando sobre el vínculo o unión entre los hechos empíricos que apunten a una relación de dependencia o concurrencia²².

²¹ JURISPRUDENCIA. COLOMBIA. Sala de Casación Penal ID: 640111. NÚMERO DE PROCESO: 50394. Número de Providencia: SP2981-2018. Tipo de Providencia: Sentencia. Fecha: 25/07/2018 “IRA O INTENSO DOLOR - Intenso dolor: concepto /La ira es diferente al intenso dolor - Elementos que se deben tener en cuenta para su reconocimiento / Configuración: es necesario acreditar la relación causal entre el acto de provocación y la reacción”.

²² Debemos advertir que el concepto de relación causal es confuso, tanto en las ciencias duras como en el derecho. En su sentido ordinario, causalidad o relación de causalidad alude a causa, origen o principio. En su sentido ordinario, causalidad o relación de causalidad alude a causa, origen o principio Vid BUNGE, M., La causalidad. El principio de causalidad en la ciencia moderna, Sudamericana, Buenos Aires, 1997, p. 62-64. La jurisprudencia usa el término en bajo diferentes concepciones, es más, en sus formas hablan de causalidad adecuada o de causalidad directa y eficiente. Dice: KRAUSE MUÑOZ, María Soledad. “La relación de causalidad ¿Quaestio Facti o Quaestio Iuris?, *Revista de derecho* Vol. XXVII, N° 2, diciembre 2014, pp. 81-103: “Según la teoría dominante es posible diferenciar dos formas de causalidad. Una, causalidad fáctica, física o empírica, por una parte, y otra normativa o jurídica (o de imputación objetiva), por otra²². La primera permite establecer un lazo físico entre un acto humano y un determinado resultado; la segunda ofrece un conjunto de criterios valorativos destinados a definir cuándo un determinado resultado –entendido este con un sentido amplio, ya sea material o intelectual, como violación de una norma– puede ser atribuido a un determinado sujeto. De ahí que se diga que la primera responde a la pregunta sobre el fundamento de la responsabilidad; mientras que la segunda, soluciona la cuestión referida a los límites de la misma. Según la teoría dominante es posible diferenciar dos formas de causalidad. Una, causalidad fáctica, física o empírica, por una parte, y otra normativa o jurídica (o de imputación objetiva), por otra. La primera permite establecer un lazo físico entre un acto humano y un determinado resultado; la segunda ofrece un conjunto de criterios valorativos destinados a definir cuándo un determinado resultado –entendido este con un sentido amplio, ya

Con relación a los segundos, están presentes términos indeterminados y valorativos para definir el supuesto de hecho al que se vincula la consecuencia jurídica. Esas normas son, por ejemplo, en donde se incorporan nociones como daño grave, el cuidado propio de un buen padre de familia, honor, contra la moral y buenas costumbres, etc. Esto significa analizar hechos que puedan ser valorados con el alcance e interpretación que en el caso concreto se le pueda dar bajo un juicio de valor.

A pesar de las divergencias, se coincide que el objeto de la prueba son los hechos que se afirman como fundamento del derecho que se pretende. Acerca de esta cuestión, escribe STEIN que, si bien son los hechos y no su afirmación los que constituyen el objeto de la prueba, en realidad el órgano judicial únicamente se encuentra directamente frente a los hechos en el reconocimiento judicial, mientras que en el resto de casos los hechos se le presentan como afirmaciones de las partes o de terceros²³.

En el medio jurídico Iberoamericano, tanto en el académico como en los abogados litigantes, no hay una cultura respecto a investigar sobre los hechos para establecer su estrategia narrativa y probatoria. Empezando porque el tema sobre los hechos ha permanecido desactivado durante casi doscientos años, preocupándose más por el aspecto de la interpretación jurídica. Los hechos han sido relegados a lo accesorio y a lo pragmático. Hace falta formar una cultura acerca de los hechos y su importancia en el proceso. El abogado tiene obligación de precisar los hechos para poder establecer lo que los alemanes llaman *Tatbestand* o los italianos *Fattispecie* –la aplicación de la norma al hecho y de subsunción del hecho en la norma– que el hecho corresponda al *tipo jurídico definido por la ley*²⁴.

El abogado tiene la necesidad de precisar los hechos que su cliente narra, eso significa que tiene que hacer investigación sobre la formación del hecho principal para determinar en qué fuentes han quedado estampados ese conjunto de hechos –testigos, documentos, elementos materiales, etc.–; posteriormente localizados y precisados estos

sea material o intelectual, como violación de una norma– puede ser atribuido a un determinado sujeto. De ahí que se diga que la primera responde a la pregunta sobre el fundamento de la responsabilidad; mientras que la segunda, soluciona la cuestión referida a los límites de la misma”.

²³ STEIN, F. (1999), *El conocimiento privado del juez*, 2ª Edición, Bogotá: Editorial Temis, p. 13.

²⁴ RIVERA MORALES, Rodrigo (2016). *Teoría general de la prueba*. México, Editorial Flórez-Magister, p. 145.

elementos fácticos, se requiere hacer una valoración de estos diversos hechos para construir su narración –hipótesis– que conlleva un conjunto de afirmaciones sobre los hechos, lo cual será la base para su fórmula probática²⁵.

El abogado debe llevar al juez los elementos que componen la verificación de su hipótesis, en este caso debe mostrar en el sentido de la lógica subsuntiva el resultado: hechos actuales, señalando cómo verificará el caso. El ejemplo que escribimos en páginas anteriores sobre los alegatos de Luis de posesión ultranual de una finca. La hipótesis sostenida es que Luis ... ha poseído a finca desde hace dos años, él ha sembrado los duraznos en la finca. Se tiene un resultado actual: hay plantas de durazno de aproximadamente dos años, entonces se presentan evidencias de esto (fotografía, pericia, etc.); se aportan facturas de la compra de las plantas bebé –en germinación–; cómo se trasladaron, a quién se compraron, quiénes han trabajado en la siembra y labores culturales, etc. El abogado al construir su fórmula probática debe cubrir todos los aspectos que permitan al juez hacer, una reproducción imaginaria de lo sucedido, y estableciendo los hechos como ciertos, le servirán de premisa menor para un razonamiento silogístico inferencial.

Hay que apuntar que el hecho en sí mismo es un proceso. No deviene puntual. Si bien un hecho final relevante para el Derecho y el proceso (*probandum final*), pero ha sido resultado de una sucesión de hechos (*probandas intermedios*). MUÑOZ SABATÉ²⁶ afirma que “*por regla general un hecho es un suceso, es decir, una secuencia de hechos*”. Así en el ejemplo de ilustración, hay una sucesión de hechos que descomponen la posesión ultra-anual: toma de la finca, desforestación, limpieza del terreno, apertura de hoyos para la siembra, compra de las plantas bebé, sembrado de las plantas, cuidado, crecimiento de las plantas, etc. Obviamente, todo esto configura el hecho nuclear de posesión legítima que será el más equivalente al supuesto fáctico normativa –*tatbestand*.

²⁵ MUÑOZ SABATÉ, Luis. *Introducción a la probática*. Barcelona. Editor J. M. Bosch, 2008. JURISPRUDENCIA. COLOMBIA. TC. Sentencia C-086/16 ““En las controversias judiciales, por regla general, cada una de las partes acude al juez con su propia versión de los hechos, esto es, que presenta enunciados descriptivos o proposiciones fácticas a partir de las cuales pretende generar un grado de convencimiento tal, que sea suficiente para que se emita un pronunciamiento favorable al ruego que se eleva ante la jurisdicción. Dicho de otro modo, en el punto de partida de toda controversia procesal, cada uno de los extremos del litigio intenta convencer al juez de que las descripciones que presenta coinciden con la realidad y, a partir de aquéllas, justamente, propicia el litigio.”

²⁶ MUÑOZ SABATÉ, Luis. *Introducción a la probática*. Ob. cit., p. 53.

Quien aporta la formula probatoria, desde el punto de vista epistemológico, deberá evaluarse si la fuente puede ser sometida a prueba de falseabilidad y cuáles son las características de debilidad de la misma. Indudablemente, que, en el proceso judicial sobre los enunciados fácticos, por lo general, no es posible la *contrastación empírica*, de suerte que, salvo aquellos que pueden ser directamente observados, deberán comprobarse por medio de sus relaciones lógicas²⁷. En este sentido el examen de falseabilidad de la fuente pasa por establecer su coherencia con los otros medios disponibles y los elementos objetivos que permitan establecer juicios de credibilidad o aceptabilidad, o no credibilidad o no aceptabilidad. Puede ocurrir que se promueva la impugnación por falsedad, en cuyo caso estaremos en una forma de la llamada *prueba sobre la prueba*²⁸.

También deberán evaluarse las diversas posibilidades de traslado de la fuente al proceso, es decir, bajo qué medio o medios podrán ser trasladada. Una fuente puede ser trasladada bajo diversos medios, o incluso aspectos secundarios o periféricos del hecho que fortalecen la credibilidad y aceptabilidad de ella.

Después se hará una evaluación normativa. Se trata de examinar las reglas procesales que rigen la promoción u oferta, la admisión, la práctica y la valoración. Debe valorarse si los elementos probatorios disponibles pueden ser realizados en el proceso, cuáles son sus limitaciones y cuál es su alcance.

Efectuada la evaluación empleando los criterios de valoración racional de la prueba y aplicando los principios de congruencia y exhaustividad, se está en condiciones de enunciar la teoría del caso. Esto es, exteriorizar narrativamente el caso –es necesario precisar, que en la práctica los abogados tienden a *blanquear los hechos*, es decir, hacen una manipulación de los hechos, orientada a ganar el caso²⁹–, exponiendo afirmaciones y proposiciones que puedan ser probadas con los medios disponibles y que lo probado pueda ser subsumido en la hipótesis fáctica de la norma que se solicita se aplique la consecuencia jurídica.

²⁷ GASCÓN ABELLÁN, Marina (2010), *Los hechos en el derecho: Bases argumentales de la prueba*, ob. cit., p. 72.

²⁸ GASCÓN INCHAUSTI, Fernando (1999), *El control de la fiabilidad probatoria: Prueba sobre la prueba en el proceso penal*, Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, pp. 14 y ss.

²⁹ Afirmamos que esa manipulación es contraria a la ética, el abogado debe actuar con lealtad, probidad y buena fe. Esto no quiere decir que deba dar facilidades a la otra parte, debe lealtad a su cliente, pero eso no le autoriza a hacer manipulaciones indebidas.

En este sentido, siguiendo a TARUFFO³⁰, el abogado debe construir una historia verosímil y verificable, pues “*la construcción de una historia por su autor es también la construcción de los hechos que el autor narra; el autor, en otras palabras, construye su versión de los hechos*”. Estas afirmaciones serán sometidas al test probatorio de verdad o falsedad, mediante los resultados de la práctica o evacuación probatoria en el momento de su valoración.

Opinamos que un buen método para planear la estrategia judicial es el de la *teoría del caso*, porque facilita una narración coherente, aceptable y sostenible, constituyéndose en el eje de la fórmula probática. Esto porque se debe mostrar ante el juez una narración –demanda/contestación o acusación– que sea verosímil, pero a su vez que entre las diferentes proposiciones que se presenten exista coherencia y congruencia con la potencialidad probatoria de las fuentes disponibles y los medios que facilitan su traslado al proceso³¹. Las afirmaciones sobre los hechos y las fuentes disponibles son la base de la construcción de la fórmula probática. Es elemental que la tarea consiste en buscar la forma para optimizar las fuentes a través del uso óptimo de los medios.

Los hechos que sustentan nuestra teoría del caso ocurrieron en un espacio-temporal determinado. Entonces, las primeras variables en la narración deben ser las de tiempo y espacio. Así, por ejemplo, el hecho “*H*” sucedió en el día “*x*”, en la hora “*t*”. No es lo mismo decir el hecho ocurrió el día de festividad bancaria, cinco minutos después de...; o decir, el hecho “*H*” ocurrió hace seis meses, o un año o 10 años. Asimismo, una cosa es decir que el hecho “*H*” ocurrió en el lugar “*L*” a un metro de ..., y otra, es decir, el hecho “*H*” sucedió en el sector “*S*” a 200 metros de ... En cuanto a los sujetos tienen que destacarse primero los protagonistas del hecho y, posteriormente los testigos presenciales directos o indirectos del hecho. Recordemos que en el hecho jurídico es preferible hablar de proceso, así en el campo jurídico es un hecho-proceso. De manera que sería una secuencia temporalmente ordenada de acaecimientos, tal que cada miembro de la secuencia toma parte en la determinación del miembro siguiente. Hacemos esta alusión porque puede demostrarse la presencia de alguien en un sitio, aunque no haya sido visto en dicho lugar.

³⁰ Ibidem, p. 206.

³¹ BAYTELMAN A., Andrés y DUCE, Mauricio (2005), *Litigación penal. Juicio oral y prueba*, ob. cit., pp. 82-92.

Por ejemplo, Juan fue a la finca “*La Encantada*”, pasó por la estación de servicio “*ES*”, allí se surtió de gasolina, le dieron un recibo, más tarde pasó por la carnicería “*El toro*” y allí compró carne; así sucesivamente esa secuencia de hechos, permitirán establecer inferencia de presencia de Juan en el lugar “*L*”³².

Por otra parte, es necesario que se tenga clara la distinción entre hecho y valor³³. Los enunciados descriptivos son *apofánticos*, esto es, son verdaderos o falsos y, por tanto, puede verificarse su verdad o falsedad. Mientras que los enunciados que expresan juicios de valor *no son apofánticos*, ellos pueden ser argumentados, justificados y criticados, e incluso rechazados, pero no puede probarse su verdad o falsedad. Advertimos que no se debe confundir el hecho base con el juicio que sobre él se haga. Por ejemplo, *se presentó en forma obscena delante del público, pues sólo tenía encima un trapito que se llama hilo dental, que no cubría del todo las partes íntimas*. Una cosa es el hecho y lo otro es la enunciación en forma de juicio de valor. Obsérvese lo siguiente: no es lo mismo decir que un auto iba a exceso de velocidad, que decir que superaba la máxima velocidad permitida en el lugar de 20 km/hora.

Para un examen de la hipótesis o supuesto de hecho de la norma siempre es necesario contar con hechos empíricos que permitan su fijación, para evitar valoraciones falsas que ingresen ocultamente al establecimiento del *factum*³⁴. El problema se presenta cuando se está frente a los llamados hechos valorativos, esto es, cuando la norma se define

³² TARUFFO, Michele (2008), “Narrativas judiciales”, en *La prueba*, ob. cit., p. 207.

³³ WRÓBLEWSKI, Jerzy (2001), *Sentido y hecho en el derecho*, México: Editorial DJC –Doctrina Jurídica Contemporánea-, p. 262. Vid. TARUFFO, Michele (2002), *La prueba de los hechos*, ob. cit., p. 128. En páginas posteriores se estudiará más profusamente este tema.

³⁴ JURISPRUDENCIA. ESPAÑA. STS 1659/2016 - ECLI:ES:TS:2016: 1659 Id Cendoj: 28079110012016100254 Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil Sede: Madrid Sección: 1 Fecha: 20/04/2016 N° de Recurso: 1518/2015 N° de Resolución: 262/2016 Procedimiento: CIVIL Ponente: EDUARDO BAENA RUIZ Tipo de Resolución: Sentencia Resoluciones del caso: SAP Z 469/2015, STS 1659/2016, dice “Las sentencias penales obligan al Juez civil en aquellas afirmaciones fácticas declaradas probadas que son integrantes del tipo que se define en castigo...” Las sentencias penales obligan al Juez civil en aquellas afirmaciones fácticas declaradas probadas que son integrantes del tipo que se define en castigo.. COLOMBIA. Sala de Casación Penal. ID: 652004. Número De Proceso: 52311. Número De Providencia: Sp5660-2018. Tipo De Providencia: Sentencia. Fecha: 11/12/2018 Sistema Penal Acusatorio - Formulación de la imputación: requisitos, relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, determinación de la relevancia jurídica / Sistema Penal Acusatorio - Formulación de la acusación: requisitos, relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, diferentes a los hechos indicadores y medios de prueba / Sistema Penal Acusatorio - Hechos jurídicamente relevantes: dependen de su correspondencia con los presupuestos fácticos de la norma penal”.

no sólo en términos fácticos o descriptivos, sino además en términos valorativos³⁵, por ejemplo, son formas de determinación valorativa: interés legítimo, daño grave, daño temido, buen padre de familia, buena fe, ofende las buenas costumbres, daños al honor, etc.³⁶.

Expresa WRÓBLEWSKI³⁷ que “*la oposición de los hechos determinados descriptivamente con los determinados valorativamente se conecta con las diferencias en la verificación de enunciados concernientes a su existencia*”. Así las cosas, en la forma descriptiva tenemos que lo fáctico viene en la norma en estado puro, sin calificaciones, de manera que el hecho puede ser probado o verificada su existencia de forma objetiva. En este sentido, la verificación de la afirmación “*H existe en t y en e*” en los casos que *H* representa una descripción o nombre de un hecho determinado descriptivamente, es similar a la verificación de cualquier enunciado existencial³⁸. Por ejemplo, *quien mata a una persona* o *quien causare la muerte a otro*, la acción viene definida por matar, quitar la vida a otra persona. Este hecho se puede demostrar por verificaciones objetivas: *Pedro disparó a Juan en la cabeza, la muerte de Juan se produjo por el disparo de revólver SW cuya bala se introdujo en el cráneo de la víctima produciéndose...*

Mayor dificultad se presenta en la norma bajo forma valorativa, puesto que las características de los enunciados que conciernen a la existencia de los hechos dependen de las propiedades de las reglas de evidencia jurídica y de la interpretación teórica de sus funciones. Hay que precisar que, normalmente, estas reglas tienen su fundamento en máximas de experiencia o creencias. Habría que examinar si alguna de esas máximas de experiencia contenidas o implícitas en una regla tiene algún fundamento de validez científica³⁹.

³⁵ AVILÉS MELLADO, Luis (2004), Hechos y su fundamentación en la sentencia, una garantía constitucional”, en *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 4, año 2004, p. 186.

³⁶ FERRER BELTRÁN, Jordi (2005), *Prueba y verdad en el derecho*, ob. cit., p. 49.

³⁷ WRÓBLEWSKI, Jerzy (2001), *Sentido y hecho en el derecho*, ob. cit., p. 263.

³⁸ Vid. KOPNIN, P. V. (1969), México: Editorial Grijalbo, p. 39. Cfr. BUNGE, Mario (1973), *La investigación científica*, Barcelona, Editorial Ariel, pp. 255 y ss.

³⁹ TARUFFO, Michele (2008), “Consideraciones acerca de las máximas de experiencia”, en obra colectiva del XXIX Congreso Colombiano de Derecho Procesal, Bogotá: ICDP- Universidad Libre de Colombia.

Ahora bien, con relación a la verificación de los enunciados cuando el hecho en cuestión está determinado valorativamente es más complejo para la fijación del hecho abstracto normativo. Las valoraciones no pueden ser ni verdaderas ni falsas.

Reparemos que este enunciado, primero establece la existencia del hecho bruto, que será objeto de valoración y, después, lo valora. El enunciado simbólicamente sería la conjunción de “*H existe en t y en e*” y el juicio de valor sería “*H tiene el valor V*”. Por ejemplo, la afirmación de la existencia de *daño grave* es entendida como la conjunción del enunciado de la existencia de un *daño* y el juicio de valor en cuestión es *grave* referido en sí mismo o conforme algún presupuesto o, en sentido racional, de acuerdo a un sistema axiológico determinado⁴⁰. Por ejemplo, “*El que causa un daño a otro para preservarse a sí mismo o para proteger a un tercero de un daño inminente y mucho más grave, no está obligado a reparación sino en la medida en que el juez lo estime equitativo*”. Tenemos *daño inminente* y *daño más grave*. Ambos son indeterminados y deben ser fijados con base en un sistema previo. O véase “*Los daños y perjuicios de que responde el deudor de buena fe son los previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento*”. Es un enunciado normativo complejo, pues tiene conceptos indeterminados y además pauta una relación causal: deudor de buena fe, se hayan podido prever y que sean consecuencia de la falta de cumplimiento.

En estos casos, es elemental, que el objeto de prueba es la base empírica de la norma, es decir, el hecho bruto, del cual tiene que probarse su existencia; en cuanto al enunciado valorativo no es objeto de prueba sino de valoración⁴¹.

Más complejo es el problema cuando el hecho enunciado es valorativo cualitativo o indeterminado, como los casos en que la norma contiene expresiones como “*conducta reprochable*”, “*vida imposible en común*” o “*convivencia intolerable*”, “*posesión de buena fe*”, o “*perjudiquen maliciosamente*”, “*El que por haber obrado con imprudencia o*

⁴⁰ TARUFFO, Michele (2002), *La prueba de los hechos*, ob. cit., p. 130. Dice este autor que “es útil recordar que todo juicio de valor, entendido en sentido racional, es relativo a un sistema de valores que es asumido como base y contexto de valoración y que constituye la premisa para una posible justificación del juicio de valor”. Vid. HART, H. L. A. (1980), *El concepto de derecho*, México: Editora Nacional, pp. 54-55; ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan (1996), *Las piezas del derecho: Teoría de los enunciados jurídicos*. Barcelona: Editorial Ariel, pp. 136 y ss.

⁴¹ RIVERA MORALES, Rodrigo (2009). *Actividad probatoria y valoración racional de la prueba*. Barquisimeto, Editorial Librería Jurídica Rincón, p. 145.

negligencia”, “*infundiendo por cualquier medio el temor de un grave daño*. En estos casos, nótese que no hay una base fáctica como en el caso de *daño grave*. Por ejemplo, *conducta* es una expresión indeterminada, o *vida imposible*, o *convivencia*, etc., son expresiones genéricas. Así, no toda la *conducta*, o la *vida en común*, o *convivencia*, o *infundiendo temor*, *perjudiquen maliciosamente*, *la existencia de un riesgo para la vida*, *utilizaren engaño bastante*, pueden ser objeto de prueba. Debe haber un criterio de selección. Los hechos que deberían ser probados serían aquellos que en el contexto social general hacen la vida en común imposible o intolerable, o suficientes para infundir temor. Es incuestionable que todos esos supuestos, abstractamente conforme a un sistema axiológico, integran o se refieren a hechos materiales concretos, obviamente éstos tienen que aparecer en el proceso para que puedan ser valorados y se pueda decidir si corresponde o no la consecuencia jurídica en la norma⁴².

Cuando presentamos la historia ante el órgano jurisdiccional estamos formulando unas afirmaciones sobre los hechos; como consecuencia tomamos sobre nuestra responsabilidad la carga de la prueba en relación con esas afirmaciones fácticas. De manera que el abogado al presentar su teoría del caso debe plantearlo desde los hechos que han configurado el resultado actual, mostrando didácticamente las diversas interrelaciones en hechos sucesivos que fueron formando el hecho-resultado y cómo han quedado los rastros, los signos, las huellas, los vestigios estampados en elementos materiales o personales. La narración debe ser verosímil, coherente y contrastable.

3. CONOCIENDO EL HECHO

En el proceso se trata de conocer hechos del pasado. Son hechos que no ha percibido el juzgador, le llegan por intermediación a través de los diversos medios probatorios que aporten las partes y debatidos en el proceso. Esto plantea algunos problemas epistemológicos, comunes a todas las ciencias. Por un lado, los medios aportados, que han trasladado fuentes, merecen ¿credibilidad y fiabilidad?, por otro lado, el juzgador realiza inferencias a partir de los datos o informaciones suministrados por esos medios. Estos problemas epistemológicos se concretan así: a) Determinar en qué momento algo cuenta como una *cosa observada*, e implica qué cuenta como observación confiable.

⁴² Ibidem, p. 148.

La posibilidad de conocer la realidad es, por tanto, un presupuesto. b) En qué sentido una cosa observada indica otra cosa, con qué grado de seguridad una cosa observada indica la existencia de otra, c) Como asegurar la existencia de otra cosa que se infiere, esto es, es real la cosa inferida.

El primer aspecto que debemos confrontar es qué tipo de conocimiento adquiere el juez sobre los hechos. ¿Puede afirmarse que es conocimiento empírico el que obtiene el juez sobre los hechos mediante los medios probatorios? Entendemos por conocimiento empírico o no científico el que se basa en la experiencia y se limita a lo que se puede percibir con los sentidos. En este sentido, el juez, por inmediación, presenciara la práctica de los medios probatorios, estará en contacto con esas fuentes. Vivirá la experiencia de lo narrado. El tendrá la experiencia, a través de los cinco sentidos, de lo que narran los testigos o los expertos, o la lectura de los documentos. Pero sobre los hechos en sí, los reales, si sucedieron y cómo sucedieron, por ser del pasado, no pasaran por su experiencia sensorial. Además, el conocimiento empírico se caracteriza por carecer de método, mientras que el juez si aplica los métodos de la ciencia procesal probatoria.

El problema para determinar un conocimiento válido obtenido en el proceso se debe a la diversidad original de los datos, pues, en algunas fuentes hay complejidad de formas cognitivas. En los testigos, obviamente, dependiendo de su formación cultural, se produce un proceso cognitivo básico (captación sensorial y memorización y recuerdo de lo captado)⁴³, el cual, normalmente depende de la atención, normalmente, en personas de cualificación cultural harán análisis y evaluación, posiblemente, formularán inferencias. Debe advertirse que es posible que esa captación esté deteriorada por factores psicológicos, fisiológicos, emocionales e incluso ambientales (luz, lluvia, etc.). Para traer esa captación el proceso se requiere emplear técnicas de evocación. En los expertos, hay dos procesos, por una parte, la captación empírica (datos) del objeto de la pericia, por otro lado, la aplicación de su *lex artis* (reglas, leyes o teorías) para interpretar esos datos empíricos y formular inferencias.

⁴³ COLMENERO JIMENEZ, J. M. (2004). *Percepción visual y auditiva. Procesos cognitivos*. Madrid. Editorial McGraw-Hill Interamericana, p. 38.

Así pues, los datos sobre los hechos que llegan al juez son intermediados, lo que supone que, para obtener un conocimiento válido, él debe aplicar el método científico que le permita obtener conocimiento confiable⁴⁴. Debemos expresar que los jueces, salvo raras excepciones, no están formados para hacer una evaluación científica de lo captado en el proceso. A manera de ejemplo, de acuerdo a los estudios de la psicología del testimonio, el testimonio de persona depende de varios factores: cómo fue captado, como se ha conservado en la memoria, cómo ha sido evocado, la forma de expresión (aspecto psíquico y comunicativo)⁴⁵, los cuales deben ser evaluados con el auxilio de los métodos propios de la psicología.

Los operadores jurídicos (juez, fiscales de ministerio público, defensores, abogados litigantes) deben tener un conjunto de competencias, entendidas como conjuntos de habilidades, conocimientos, actitudes y valores que pueden considerarse como imprescindibles para cualquier profesional, además, competencias cognitivas, las cuales ayudan a dar significado a los sucesos que ocurren y a la información que se recibe, así como a evaluar y crear nueva información (análisis y síntesis), tomar decisiones acertadas, resolver problemas, controlar el aprendizaje y la conducta⁴⁶, que les posibilite procesar la información que reciben a través de la práctica de los medios probatorios. Lamentablemente, no ha habido preocupación en la formación de los abogados, ni en la de los jueces para capacitarlos en lo relacionado con la adquisición de conocimiento en el proceso judicial. En la práctica se deja al sentido común la adquisición fáctica que brota del desahogo de los medios probatorios, justificándose en la doctrina con la aplicación de la razonabilidad en el razonamiento en la valoración probatoria, enunciado que manifiesta vaguedad.

Los medios de prueba implican métodos de conocimiento que corresponden a las variadas o variadas ciencias o disciplinas que se en el marco específico en que se desenvuelven. Así, imaginemos la prueba pericial, no basta la sana crítica para valorarla,

⁴⁴ Asumo que no está claro que tipo de conocimiento sobre los hechos obtiene el juez en el proceso. No hay claridad sobre este aspecto. Tenemos un déficit en cuanto explicar este proceso, ¿qué método aplica? ¿es suficiente la generalidad valoración racional o sana crítica?

⁴⁵ MIRA Y LÓPEZ, E. (1980). *Psicología del testimonio. Manual de psicología jurídica*. 6ª edición. Buenos Aires. Editorial El Ateneo, pp. 107-126.

⁴⁶ MORALES FLORES, Nancy. “Los procesos cognitivos y sus implicaciones en el ámbito jurídico”. *Revista Visión Criminológica-Criminalística*, julio - septiembre 2020.

debe aplicarse el método de su campo específico de conocimiento, por ejemplo, examinar una pericia sobre fallas estructurales en una edificación⁴⁷ requiere aplicación de métodos adecuados, obviamente, difiere de los métodos de una pericia de traumatología para determinar lesión cervical. Es más, pensemos que en esta última hay una resonancia magnética, lo que implica una lectura del experto en resonancia interpretando los datos empíricos que arroja la máquina, después el traumatólogo especialista en columna vertebral hace su diagnóstico final (aquí hay dos métodos diferentes). Tratar el testimonio requiere ciertas habilidades y conocimientos en psicología, se requerirá un plus, si alguna de las partes ha pedido pericia psicológica para evaluar la validez de la declaración.

En la práctica se observa que los jueces no aplican métodos diferenciales para precisar los indicios cognitivos en los testimonios de testigos, o para determinar la validez del dictamen pericial, pues, con relación al documento tradicional emplean las viejas reglas de tasación, evidentemente, se complican cuando se trata de documentos en soporte electrónico y que haya una pericia informática. Vemos que, por lo general, aplican en el desahogo de los medios probatorios la observación empírica y pragmática, con fuerte carga subjetiva e intuitiva con base a su experiencia práctica. De esa defectuosa aprehensión de los hechos, lo cual impide o limita el razonamiento y la argumentación probatoria, realiza inferencias en las cuales aplica generalizaciones con base a su experiencia personal, sin fundamentar su selección y su validez.

Por otro lado, los jueces son influenciados por el pragmatismo legal, así, en el caso del testimonio las reglas procesales sobre este medio giran alrededor de la persona (tercero) que rinde su declaración, por tanto, la credibilidad circula sobre la persona y no sobre el contenido. No es secreto que en el medio judicial hay desconfianza sobre el testigo, de suerte que la eficacia de este medio de prueba depende en gran medida de la credibilidad de la persona que presta la declaración sobre el hecho, es decir, todo gira en torno a la persona que realiza la declaración, dejando de lado el contenido de la declaración de dicha persona, por ello, hay variedad de sentencias que dicen “el testigo contestó sin vacilación”, “no se contradujo en sus narraciones”, “no hay ningún elemento que indique que el testigo tiene interés en el asunto que se debate. Con relación al testimonio de los expertos, no hay duda

⁴⁷ Existen diferentes métodos de detección de daños no destructivos (DDND), aplicables también para el caso de las estructuras entramadas metálicas.

que hay se produce un gran subjetivismo, pues, nociones y métodos de análisis expuestos en el dictamen pericial rebasan el patrimonio cultural del que –en circunstancias normales– dispone el Juez a partir o conforme a una cultura media o del sentido común, lo que, por supuesto, implica que no puede conocer todas las nociones y metodologías científicas necesarias para la conformación de la prueba o la valoración de los hechos, por ellos se observa en sentencias la aplicación de fórmulas generales (*sana crítica, libre convencimiento, prudente arbitrio*) y, en el mejor de los casos, de cánones singulares (*racionalidad conclusiva, cualificación del perito, claridad expositiva, ausencia de contradicciones internas o externas*) que nada, o poco, tienen que ver con las condiciones exigidas por el método científico para que una conclusión o hipótesis pueda ser tomada como aproximativamente fiable o segura.

La doctrina es uniforme en sostener que probar hechos psíquicos –por ejemplo, la intención–, es complicado, porque los pensamientos, motivaciones e intenciones no son hechos externamente observables. Los hechos internos o estados mentales –como la intención, las creencias o las emociones– tienen unas características peculiares que los diferencian acentuadamente de los hechos externos⁴⁸. Estos hechos se conocen al margen de la evidencia empírica, un poco sobre las manifestaciones, pero sabiendo que las mismas tienen un *modo subjetivo de existencia* –dolores, deseos, sensaciones, temores, etc. –, puesto que pertenecen al sujeto de manera exclusiva y sólo este sujeto es consciente directamente de ellos. Así tenemos que los hechos psíquicos o psicológicos no son susceptibles de prueba directa, sino de prueba indirecta o de indicios⁴⁹.

En realidad, no todos los hechos que se afirman al proceso deben ser probados, tienen que tener la característica de relevancia para el objeto final del proceso, de manera que resulten útiles y conectados con el objeto central a probar⁵⁰. Hay otros que en razón de

⁴⁸ GONZÁLEZ LANIER, Daniel (2004), “La prueba de la intención”, en *Jueces para la Democracia*, N° 50, julio, 2004, Madrid, p. 41.

⁴⁹ RIVERA MORALES, Rodrigo (2011). *La prueba: análisis racional y práctico*. ob. cit., pp. 55 y ss.

⁵⁰ Colombia. Sala de descongestión laboral n.º 1. Id: 656514. Número de proceso: 69534 número de providencia: sl265-2019 tipo de providencia: sentencia. Fecha: 06/02/2019. Recurso de Casación» requisitos de la demanda» vía indirecta - En el recurso de casación toda acusación por la vía indirecta supone la aplicación indebida de la ley como consecuencia de una distorsionada deducción de los hechos que realiza el ad quem. Recurso de Casación» requisitos de la demanda» vía indirecta» error de hecho - En el recurso de casación para que se configure el yerro fáctico es indispensable que venga acompañado de las razones que lo demuestran y que su existencia aparezca notoria, protuberante y manifiesta.

su naturaleza deben ser inadmitidos o porque son prohibidos por la ley⁵¹. No confundir estos hechos con los que hayan sido admitidos, pues, los admitidos en unión de otros hechos probados serán útiles para el sustento de la decisión judicial.

4. ASPECTOS EPISTÉMICOS DE LA AUTENTICIDAD DE LOS HECHOS

Un problema común a las ciencias es validez de sus afirmaciones, lo cual implica metodologías y métodos concretos. La metodología judicial para el conocimiento en el proceso acerca de los hechos es la actividad probatoria (el debate probatorio), no obstante, no se precisan los métodos para aprehender e interpretar los hechos. El juzgador del material practicado disponible obtiene un conjunto de datos o informaciones que le servirá de premisa menor para establecer un conjunto de inferencias que fijen unos hechos y permita declarar unos hechos como probados⁵². De acuerdo a nuestros ordenamientos jurídicos para la valoración debe aplicarse de la sana crítica, de la cual se predicen los siguientes pasos o fases⁵³: a) El juez debe examinar la prueba racionalmente, con arreglo a las normas de la lógica y de la experiencia. b) La prueba debe haber sido practicada y aportada al proceso de

⁵¹ Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de Valladolid, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1ª, Sentencia 493/2021 de 3 May. 2021, Rec. 303/2019 “Así, este Tribunal en la administración del principio sobre la carga de la prueba, ha de partir del criterio de que cada parte soporta la carga de probar los datos que, no siendo notorios ni negativos y teniéndose por controvertidos, constituyen el supuesto de hecho de la norma cuyas consecuencias jurídicas invoca a su favor (por todas, sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 1985 , 9 de junio de 1986 , 22 de septiembre de 1986 , 29 de enero y 19 de febrero de 1990 , 13 de enero , 23 de mayo y 19 de septiembre de 1997 , 21 de septiembre de 1998), todo ello, sin perjuicio de que la regla pueda intensificarse o alterarse, según los casos, en aplicación del principio de la buena fe en su vertiente procesal, mediante el criterio de la facilidad, cuando hay datos de hecho que resultan de clara facilidad probatoria para una de las partes y de difícil acreditación para la otra (Sentencias Tribunal Supremo (3ª) de 29 de enero , 5 de febrero y 19 de febrero de 1990 , y 2 de noviembre de 1992 , entre otras).” COLOMBIA.CORTE CONSTITUCIONAL. SU-489-16. EXPEDIENTE: T-5329328 FECHA: 13/09/2016. “Improcedencia por inexistencia de defecto fáctico, por cuanto se realizó un análisis serio, juicioso y razonable de la prueba disponible, cuyas conclusiones, no aparecen manifiestamente desenfocadas en proceso penal. Para que se configure este vicio es necesario que el operador judicial profiera una decisión sin contar con el necesario y adecuado respaldo probatorio, lo que trae como directa consecuencia una distorsión entre la verdad jurídica o procesal y la material, situación en la que, sin duda, deja de realizarse el inexorable deber atribuido a los jueces de impartir justicia”.

⁵² Sentencia Penal Nº 197/2018, Audiencia Provincial de Toledo, Sección 2, Rec 14/2018 de 27 de septiembre de 2018. Núm. Recurso: 14/2018“... Tal exigencia procesal ha adquirido relevancia constitucional, al entender también la Jurisprudencia que el imperativo de motivación de las sentencias del artículo 120.3 de la Constitución Legislación citada CE art.120.3 abarca como pieza esencial la declaración de hechos probados en la sentencia penal, cuya ausencia se traduce prácticamente en una falta de motivación sobre el... ..'factum' (SSTS 19 abril 1990 ., 7 marzo 1994 . y 9 mayo 1995). Y debe recordarse también que la declaración de hechos probados, expresa y terminante, hace precisa una formulación positiva, sin que sea suficiente una fórmula negativa, como sería la expresión genérica de no estar probados los hechos alegados por las acusaciones, debiendo hacerse mención a todos los datos y circunstancias que hayan sido... ”.

⁵³ RIVERA MORALES, Rodrigo (2011). *La prueba: análisis racional y práctico*. ob. cit., pp. 431 y ss.

acuerdo a las formalidades legales. c) Examen integral de cada medio de prueba, entrelazado con los otros y examen en conjunto. Este proceso se denomina como la fijación de los hechos. Como hemos indicado el problema es que en la práctica probatoria concurren diversos medios de prueba que requieren métodos diferenciales de análisis.

La fijación de los hechos tiene que comprender tanto de los principales como los secundarios, estableciendo como metodología el análisis individualizado de cada medio probatorio, posteriormente, examen en conjunto el acervo probatorio disponible. Ahora bien, dado que en el proceso es un tipo de análisis cualitativo, obviamente, hay que resolver dos problemas: a) cuál es la confiabilidad y validez del hecho extraído de los medios probatorios, b) ha sido correcta la inferencia realizada por el juzgador (aquí también existen diversos problemas: interpretación de los hechos, aplicación correcta de la lógica, presencia de sesgos⁵⁴).

Sabemos que una de las exigencias centrales en la investigación científica se refiere a la confiabilidad y la validez que deben estar presentes en todos los instrumentos de carácter científico para la recogida de datos. Si el instrumento o instrumentos reúnen estos requisitos habrá cierta garantía de los resultados obtenidos en un determinado estudio y, por lo tanto, las conclusiones pueden ser creíbles y merecedoras de una mayor confianza⁵⁵. Así pues, un buen instrumento de recolección de datos o medición debe tener las: confiabilidad y validez. La confiabilidad en las ciencias prácticas tiene que ver con la exactitud y precisión del procedimiento de medición en el proceso judicial tiene otra connotación, más referida a la autenticidad de la fuente. La validez se refiere al grado en que una prueba proporciona información que es apropiada a la decisión que se toma. Advierto que el término validez en el campo probatorio judicial alude a un aspecto formal que se refiere a los condicionamientos de órganos legítimos y a las formalidades de tiempo, lugar y modo de obtención del acto procesal probatorio y la validez material, la cual se básicamente a que la decisión del juez respete el principio de proporcionalidad lo mismo que el de racionalidad en su argumentación sobre los hechos como condición de legitimidad de la

⁵⁴ JURISPRUDENCIA. COLOMBIA. Sala de Casación Civil. Id: 652369. Número de Proceso: 63001 31 10 004 2013 00491 01. Número de Providencia: Sc5414-2018. Tipo de Providencia: Sentencia. Fecha: 11/12/2018. Ponente: Octavio Augusto Tejeiro Duque

⁵⁵ ARIAS, F. (2006). *El Proyecto de Investigación. Introducción a la metodología científica*. (5ª ed.). Caracas: Episteme C. A., p. 22.

decisión. Creemos que la validez debe ser referida a que lo obtenido tenga probabilidad de ser auténtico.

En el proceso los instrumentos de aportación de conocimiento sobre los hechos son los medios probatorios que se practican conforme a las reglas formales (documentos, pericia, testimonio, inspección) y que son producidos por las partes conforme a sus intereses. En el derecho procesal hemos tomado muy a la ligera el tema de la confiabilidad y validez de los medios de prueba. Se ha dejado, prácticamente, a la intuición del juez la credibilidad de la prueba personal (testigos, pericia, inspección judicial) y se deja al cumplimiento de reglas formales la autenticidad de los documentos.

Creemos que el derecho probatorio, en general, el derecho procesal, como ciencia tienen un déficit en cuanto a tener una metodología que permita la validación de los instrumentos probatorios, que posibilite agregar confiabilidad y validez a los resultados obtenidos y que sustenten científicamente la decisión judicial.

DENTI, hace unos 50 años, abogaba por la científicidad de la prueba⁵⁶, en el sentido de aplicarse respecto a la formación de la convicción del juzgador sobre el accertamiento del hecho, que implique para el juzgador el empleo de conocimientos que excedan del saber del hombre medio. Denti criticaba la tendencia a atribuir carácter científico solamente a los medios practicados ante los tribunales a consecuencia de los más recientes adelantos de la ciencia, señalando que el criterio de científicidad no puede consistir en la fecha de nacimiento de los métodos adoptados, sino que debe determinarse en relación con la función institucional del juzgador,

En el mismo sentido sustenta NIEVA FENOLL⁵⁷ cuando expresa que cuando se habla de *prueba científica* no se es demasiado consciente de que actualmente toda la prueba es científica, y no solo algunas pruebas periciales, aunque cabría decir que todas en el fondo lo son, incluso las que parecen más intuitivas.

⁵⁶ DENTI, Vittorio (1972). “La científicidad de la prueba y libre valoración del juzgador”. Ponencia en Congreso Internacional de Derecho Procesal. México. Disponible en <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/890/1150>.

⁵⁷ NIEVA FENOLL, Jordi (2018). “Prueba científica. Cuestiones de futuro: neurociencia e inteligencia artificial”. *La prueba en el proceso*. Memorias de la II Conferencia Internacional y XXVI Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal. Barcelona. Editorial Atelier, pp. 473-495.

Interpretamos que esa afirmación se refiere que en realidad todo tipo de prueba es científica en cuanto es posible su control por medio de otras ciencias para determinar la correcta interpretación y autenticidad de su contenido, Nieva Fenoll cita, como ejemplo, el caso de la prueba documental a través la *semiótica textual*, o bien, someter el testimonio a prueba de credibilidad⁵⁸. Obviamente, estamos en presencia de la problemática de la confiabilidad y validez de los instrumentos que trasladan las fuentes que tienen impresos hechos (datos o informaciones).

Así pues, el derecho procesal en el campo específico del derecho probatorio enfrenta los mismos problemas de las otras ciencias. Entre estas dificultades se tienen: 1) Cuáles son los criterios válidos para determinar en qué momento cuenta como un “hecho observado” cuya observación sea confiable; 2) En qué sentido un “hecho observado” indica una cosa, y qué grado de seguridad el hecho observado indica la existencia de otro; y 3) Cómo establecer la existencia del hecho inferido, pues en la mayoría de veces lo que se indican no es algo que sea directamente observado.

Vale decir que es necesario recurrir al uso interdisciplinario en los asuntos epistemológicos de la prueba, que con ese auxilio se puedan obtener resultados más consistentes desde el punto de vista racional. Esta metodología científica (contrastación empírica de hipótesis y/o prueba sobre prueba) 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 permanentes⁵⁹.

La primera (contrastación empírica de la hipótesis) representa revelar u ofrecer elementos para decidir que una afirmación relativa a un hecho es ‘verdadera’ (en algún sentido del término) y esta declaración está probada cuando existen elementos idóneos para demostrar que es verdadera; y la segunda (prueba sobre prueba) es concebida como test o

⁵⁸ El método más empleado, por ejemplo en España, es Sistema de Análisis de la Validez de las declaraciones (Statement Validity Assessment; Steller y Köhnken, 1989; Raskin y Esplin, 1991).

⁵⁹ RODRÍGUEZ SALÓN, Román. “La prueba de los hechos, una discusión Jurídica y epistemológica”, DIKAIOSYNE N° 25, *Revista Semestral de Filosofía Práctica*, Universidad de Los Andes Mérida – Venezuela. Julio-Diciembre 2010, pp. 123-144.

control de una hipótesis en el ámbito del procedimiento experimental, en la que se emplea un instrumento para determinar la validez del contenido de la fuente de prueba sobre el hecho, el cual aprueba o reprueba el fundamento factico de la hipótesis. El problema es cuando hay insuficiencia de prueba, lo que no implica que la hipótesis sea falsa, lo que ha sucedido es que no se ha confirmado la verdad o lo afirmado por ella⁶⁰.

Tomemos como ejemplo el testimonio. Durante los últimos años, el problema de cómo justificar aquellas creencias que se originan en testimonios ha ocupado un lugar central en la epistemología. Sin embargo, muy pocas de esas reflexiones son conocidas en el derecho probatorio. Además, podemos plantear otros aspectos relacionados como ¿Se puede estar justificado en creer algo que no podemos confirmar? ¿Es posible hablar de conocimiento testimonial a pesar de la ausencia de justificación directa?

Los estudios de psicología del testimonio han demostrado que la memoria es un proceso activo, complejo y dinámico influido por múltiples factores (conocimientos previos, efectos ambientales, estereotipos, estrés, informaciones posteriores, etc.) que distorsionan la percepción de la realidad.

La Universidad de Wisconsin-Madison efectuó un estudio que concluyó que “la preocupación puede convertirse en el recuerdo de un hecho que no ha sucedido”. El cerebro humano es capaz de inventar recuerdos de hechos que nunca han ocurrido.

La distorsión de la realidad a los ojos del testigo presencial u ocular no es algo extraño dentro de la investigación criminal y de hecho es el argumento que encontramos presente en la primera novela policíaca o de detectives de la historia de la literatura, la famosa Piedra Lunar escrita en 1868 por Wilkie Collins.

Esto supone generar en el ámbito probatorio estrategias que permitan el control empírico del testimonio para que sea confiable. Hay muchas reglas formales, pero en su mayoría son instrumentales que no tocan el fondo del problema, por lo general, destinadas a la persona del testigo. Por ejemplo, en el interrogatorio es posible que se hagan preguntas que induzcan la respuesta (preguntas inducidas), y si no hay un control sobre esto es posible que aparezca una respuesta que no fue lo percibido por quien rinde el testimonio. Es

⁶⁰ TARUFFO, Michele (2002), *La prueba de los hechos*, ob. cit., p. 203.

conocido que en la investigación criminal en muchas delegaciones o comisarías de policía en la investigación se le muestran fotografías de personas delincuentes (el testigo ya va a estar predeterminado que todo al que vea en ese álbum fotográfico es delincuente), de manera que cuando acude a rueda de reconocimiento es posible que vaya sugestionado por una fotografía ya vista.

Así desde el punto de vista empírico (la práctica del interrogatorio) debe tenerse presente un control sobre la fiabilidad de la práctica. Esto implica los aspectos instrumentales y el interrogatorio en sí. En cuanto al auxilio científico debe acudir a la psicología para tener claro cómo hacer una evocatoria correcta, cómo espulgar la memoria y cómo presentar correctamente los hechos percibidos.

Por otra parte, el testimonio puede ser sometido a prueba pericial (prueba sobre prueba). La prueba pericial psicológica estaría incluida dentro de las denominadas pruebas científicas al aportar los conocimientos provenientes de la ciencia psicológica al ejercicio de la función juzgadora⁶¹:

Con relación a la prueba documental los códigos procesales, en su mayor parte, la mantienen como prueba tasada. Al documento público le confieren autenticidad y a los privados una presunción de buena fe. En Colombia en el Código General del Proceso en el artículo 244 se define el documento auténtico en los siguientes términos “Los documentos públicos y los privados emanados de las partes o de terceros, en original o en copia, elaborados, firmados o manuscritos, y los que contengan la reproducción de la voz o de la imagen, se presumen auténticos, mientras no hayan sido tachados de falso o desconocidos, según el caso”. En España, la LEC, en el artículo 319 trata de la fuerza probatoria de los documentos públicos. En Uruguay en el CGP en el 170.1 “El documento público se presume auténtico mientras no se demuestre lo contrario mediante tacha de falsedad; igual regla se aplicará al documento privado cuyas firmas se encuentren autenticadas por notario o autoridad competente”. El problema es preguntarse ¿Qué se considera auténtico? En la doctrina se dice lo que se considera es el otorgamiento de las partes, su firma y su afirmación de la voluntad, en el documento público la firma y comparecencia ante el

⁶¹ MANZANERO, A.L. Y MUÑOZ, J.M. (2011). *La prueba pericial psicológica sobre la credibilidad del testimonio: Reflexiones psico-legales*. Madrid: SEPIN, pp. 1-13.

fedatario público. Pero, indudablemente, no hay autenticidad sobre la certeza o verdad de la declaración de voluntad, pues puede ser un otorgamiento simulado. Está previsto en la norma que pueden ser tachados o desconocidos.

Ahora bien, la tacha o el desconocimiento, por lo general, emplean la pericia para determinar varios aspectos del documento, entre ellos la comparación de las firmas ante documentos indubitables. Pero consideramos que en un contexto de interpretación es posible otro tipo de pericias, especialmente sobre los hechos declarativos contenidos el documento, como es el peritaje sobre semiótica textual, o de análisis de contenido.

Otras de los medios problemáticos son la inspección o reconocimiento judicial. ¿Se puede confiar en algo que se dice percibido y que no podemos confirmar? ¿Es posible hablar de confiabilidad de la observación del juez? o ¿Es una observación confiable?

En la España LEC en artículo 353. “Objeto y finalidad del reconocimiento judicial e iniciativa para acordarlo. 1. El reconocimiento judicial se acordará cuando para el esclarecimiento y apreciación de los hechos sea necesario o conveniente que el tribunal examine por sí mismo algún lugar, objeto o persona”, más o menos, en el mismo sentido el CGP de Colombia en su artículo expresa que “Quien pida la inspección expresará con claridad y precisión los hechos que pretende probar”. Es claro, el objeto son los hechos. Deja, acorde a lo dispuesto en el artículo 238 *eiusdem*, al juez la percepción del hecho, en los siguientes términos “En la diligencia el juez identificará las personas, cosas o hechos examinados y expresará los resultados de lo percibido por él”. Aquí, evidentemente se presenta una problemática que está en determinar el hecho *brutus* observado y el hecho interpretado, lo cual supone una inferencia, que indudablemente va a depender de la confiabilidad de dicha observación. Si bien es cierto que la mayoría de códigos procesales permite que el juez ordene que se hagan planos, calcos, reproducciones, experimentos, grabaciones, fotografías, esto no implica que no haya una interpretación subjetiva de esos hechos, más cuando para su observación se requiera conocimientos especiales⁶².

⁶² Vid LEC Artículo 358. Acta del reconocimiento judicial. 1. Del reconocimiento judicial practicado se levantará por el Letrado de la Administración de Justicia acta detallada, consignándose en ella con claridad las percepciones y apreciaciones del tribunal, así como las observaciones hechas por las partes y por las personas a que se refiere el artículo 354. Y Uruguay CGP 186. Inspección Judicial. El tribunal, a petición de las partes o de oficio, puede inspeccionar personas, lugares o cosas con la finalidad de esclarecer hechos que interesen a la decisión del proceso. Podrá ser cometida al alguacil de la Sede la inspección que sólo tenga por objeto determinar la identidad de los ocupantes de un inmueble.”

Por eso lo más apropiado en una inspección o reconocimiento judicial es que el juez se acompañe de un perito o experto imparcial, que asesore al tribunal en la percepción confiable del objeto de la inspección, y en aquellos casos que la percepción requiera de conocimientos técnicos o científicos, el experto haga la descripción y las consideraciones de su arte, técnica o ciencia que haya empleado, aunado a esto que sea obligatorio las videograbaciones, fotografías y planos según sea necesario.

Hay que tener presente que, normalmente, cuando se trata de prueba sobre prueba, y lo que hemos planteado en cuanto a testigos, documentos e inspección judicial, se requiere de expertos. Se busca a los expertos, precisamente, porque las partes y el juez no tienen los conocimientos para determinar la autenticidad de contenido sobre los hechos de esos medios.

El problema que surge es la relación de valoración del juez y la del experto en determinación o accertamiento del hecho que se le haya encomendado. Dice DENTI⁶³ que al perito se le exige que realice una operación lógica en la cual están presentes reglas técnica o científicas distintas que van más allá a las que posee en su conocimiento un hombre de cultura medio como el juez o que no tiene formación en ese campo y se pregunta ¿Qué posibilidad de control tiene el juzgador sobre el juicio del perito?

En el mismo sentido señala NIEVA FENOLL⁶⁴ que en el proceso nos topamos con cierta incompreensión en cuanto al fondo de la materia científica, se obliga a un lego –el juez- a interpretar y hasta objetar las conclusiones de un perito o experto, lo que viene ser como una *contradictio in terminis*.

El control de la autenticidad de los hechos (datos o informaciones) contenidos en los medios probatorios debe pasar tanto por un control normativo como epistémico. En el primer sentido, establecer normas precisas y racionales que fijen criterios de valoración sobre la enunciación de los hechos en los medios (como por ejemplo lo hace el artículo 347 de LEC en España acerca del interrogatorio del perito) y el acreditamiento de tales enunciados sobre los hechos.

⁶³ DENTI Vittorio (1972). “La cientificidad de la prueba y libre valoración del juzgador”. Ponencia en Congreso Internacional de Derecho Procesal. México. Disponible en <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/890/1150>.

⁶⁴ NIEVA FENOLL, Jordi (2018). “Prueba científica. Cuestiones de futuro: neurociencia e inteligencia artificial”, ob. cit., p. 474.

En el epistémico, una metodología empírico-interpretativa y crítica de la realidad, que posibilite al juzgador a discernir claramente entre el hecho *brutus* (hecho observado) e interpretaciones (hecho interpretado), obviamente, el juez debe estar acompañado de una formación en razonamiento y argumentación, y en los saberes científicos más empleados en el proceso o sean más frecuentes las pericias.

Ahora bien, un análisis racional para determinar la autenticidad de los hechos informados por los medios probatorios requiere esa metodología y esa formación judicial, de manera que el juez pueda validar científicamente sus inferencias, pues, el método deductivo que aplica para inferir es de tipo lógico. En este sentido, cuando el juez con fundamento en los medios probatorios declara unos hechos como probados que sean pertenecientes a la causa, debe dar razones porque de la confiabilidad y validez de cada medio, además dar las razones que justifiquen las inferencias a las que ha arribado.

Así, cuando hablamos de decisión judicial implícitamente aceptamos que ha tomado una elección entre las diversas soluciones posibles. No hay duda que la elección pasa por dos momentos, la primera, con relación a fijar los hechos probados que puede significar la elección sobre los hechos con base a los medios de prueba desahogados, que obviamente, puede implicar un conjunto de inferencias en las cuales se han elegido máximas de experiencia.

Ahora bien, como lo escribe Taruffo, la elección para la decisión judicial no proviene de la adivinación, de lectura astrología o instrucción. Esa elección se funda en la determinación de la verdad de los hechos. Se basa sobre la narración de los hechos de las partes, los cuales se pretenden demostrar con los medios probatorios ofertados.

Obviamente, los hechos que narran las partes para que sean tomados en cuenta tienen que ser relevantes respecto al problema jurídico planteado. Estos pueden ser principales que apunta directamente a la *probanda final* (hechos constitutivos, impeditivos, modificativos o excluyentes del tipo normativo) o hechos secundarios que conducen al hecho principal o a confirmar la cualidad de un medio de prueba.

Al final de la práctica de los medios probatorios el juez tiene que elaborar una narración de los hechos como él considera que se dieron en modo, tiempo y lugar. Como señala Taruffo la narración sobre los hechos del juez tiene una finalidad diferente a las de

las partes, va dirigida a justificar la decisión judicial. Expone las razones de su decisión sustentada en los elementos fácticos declarados probados y la justificación jurídica de la aplicación del derecho.

Su decisión se funda en una reproducción de los hechos imaginaria con base a la prueba practicada. En la reproducción de los hechos está presente el método de razonamiento probatorio. El razonamiento probatorio es problemático o, pues, es perfilado alrededor o en relación con un problema (un caso concreto de la vida real) pensado *in abstracto* en la norma (hipótesis fáctica), pero que debe resolver in concreto (subsumir los hechos probados en esa hipótesis fáctica). Entonces, si el razonamiento jurídico probatorio es determinado por los problemas planteados en el caso concreto.

El objetivo del juez es llegar a solución judicial: la sentencia. La decisión no se presenta como un conjunto de premisas de las cuales se deduce una conclusión, sino como una decisión justificada por razones. Expone las razones que da para justificar su decisión y para rechazar las objeciones reales o eventuales que se le podrían oponer, las cuales suministran una muestra de razonamiento práctico, mostrando que su decisión es justa y conforme al derecho. Tiene la obligación de motivar su decisión.

Así, por ejemplo, en España la necesidad de motivación suficiente que dispone el art. 120.3 de la Constitución se concreta, en el orden jurisdiccional civil y en los demás por el carácter supletorio de la norma, en el apartado tercero del art. 209 LEC. Esta norma añade además que "en los fundamentos de derecho se expresarán, en párrafos separados y numerados, los puntos de hecho y derecho fijados por las partes y los que ofrezcan las cuestiones controvertidas, dando las razones y fundamentos legales del fallo que haya de dictarse...".

Ha dicho ANDRÉS IBÁÑEZ⁶⁵ "cuando el juez decide tener unos hechos como probados, es que los considera realmente producidos. Se decantan por una de las hipótesis concurrentes, excluyendo la o las restantes y debe dejar constancia del porqué". No cabe, en esta exigente labor, recurrir a fórmulas estereotipadas, o expresiones genéricas ("...

⁶⁵ ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. "La argumentación y su expresión en la sentencia", en *Lenguaje Forense, Estudios de Derecho Judicial*, núm. 32, CGPJ, Madrid, 2002, pp. 11-34.

valorando conjunta y críticamente la totalidad de la prueba..."), tan extendidas como vacuas.

Explicar las razones por las que se opta por considerar acreditado un hecho exige también exponer las que conducen a apartar el propuesto por la otra parte, a no tener en cuenta un documento, un testimonio o una opinión perita. No se trata sólo de explicar, de forma positiva, el razonamiento. Se trata también de convencer exponiendo las razones por las que se ha abandonado otra explicación o la importancia o relevancia de una prueba.

Así que el juez en este proceso de fijación de los hechos probados deberá hacer su justificación argumentando por qué considera que el enunciado fáctico es verdadero o probable. En la etapa de la decisión final, el juez debe procurar con la mayor exactitud posible, determinar que hechos se desprenden del material disponible, por lo que tendrá que hacer los ajustes entre el contexto de descubrimiento con las razones de la justificación del porqué se aprecia la verificación⁶⁶.

Diremos que, en ese sentido, el juez tiene certeza de lo que declara probado, entendiendo, pues, psicológicamente, tiene convicción con relación a ese juicio que se considera verdadero y excluye todo temor a equivocarse, en cuanto se apoya en la objetividad del juicio a que se funda en medios de prueba, además, posee un conjunto de argumentos lógicos que cimentan su decisión.

⁶⁶ JURISPRUDENCIA. ESPAÑA. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Auto de 15 julio 2008JUR 2008\249898: “cuya corrección debe examinarse en el marco del recurso extraordinario por infracción procesal, dejando el de casación limitado a una estricta función revisora del juicio jurídico consistente en la determinación del alcance y significado jurídico de los hechos probados, es decir, la calificación jurídica de tales hechos y la subsunción en el supuesto de hecho previsto en la norma de las resultas de aquel juicio fáctico, así como, claro está, en la aplicación al caso enjuiciado de la norma sustantiva en sí misma, en donde se resume el alcance de la infracción normativa que habrá de fundarlo, y en donde se concretan las cuestiones que constituyen el objeto del proceso a que ha de referirse la infracción normativa”.