

LA RAZÓN ÚLTIMA DE LA PRUEBA JUDICIAL. Una aproximación filosófica

EDWIN DE JESÚS HORTA VÁSQUEZ - E. ARIEL CORREDOR CABRALES
UNIVERSIDAD CATÓLICA DE COLOMBIA

Resumen

El presente artículo indaga por los fundamentos últimos de la prueba judicial desde la perspectiva del realismo jurídico clásico. Pone en evidencia la necesidad primordial de un sustrato ontológico, lógico y metodológico sustancialista, en el sentido de objetivo, de la prueba judicial, al mismo tiempo que hace manifiestas las antinomias provocadas por los sistemas probatorios y procesales constructivistas a la ciencia del derecho y al propio estatuto epistemológico de la prueba judicial, lo que ha desembocado en un olvido, consciente o inconsciente, del fin último del quehacer del derecho: el acto de justicia.

Palabras clave: prueba, realidad, sistema procesal, justicia.

Los autores:

Edwin de J. Horta Vásquez: Abogado de la Universidad de Caldas, doctor en Derecho —cum laude— de la Universidad de Navarra, Pamplona (España). Miembro fundador de la Asociación de Derecho Natural “Vera Lex”, Universidad de California. Docente e investigador de las universidades Santo Tomás, Sabana y Católica de Colombia. Ha sido vicerrector y rector de la Universidad Católica de Colombia y decano de la Facultad de Derecho de la misma Universidad. Miembro del grupo de investigaciones “Raimundo de Peñafort”, de la Universidad Santo Tomás (Colombia), reconocido por Colciencias en Categoría A. [ejhorta@ucatolica.edu.co]

E. Ariel Corredor Cabrales: Filósofo de la Universidad Nacional de Colombia, especialista en Filosofía del Derecho y Teoría Jurídica de la Universidad Libre de Colombia, candidato a magíster en la misma área. Actualmente docente e investigador en Filosofía del Derecho y Teoría Jurídica, de la Facultad de Derecho, Universidad Católica de Colombia. [eacorredor@ucatolica.edu.co]

Recibido: 15 de diciembre de 2009; *evaluado:* 5 de abril de 2010; *aceptado:* 5 de mayo de 2010.

THE LAST REASON OF THE JUDICIAL PROOF. A philosophical approach

EDWIN DE JESÚS HORTA VÁSQUEZ - E. ARIEL CORREDOR CABRALES
UNIVERSIDAD CATÓLICA DE COLOMBIA

Abstract

This paper deals with the basic essentials of legal evidence from the perspective of legal realism factor. It underlines the paramount need for a substrate ontological, logical and methodological substantial, objective meaning of legal evidence. At the same time, which makes manifest the antinomies caused by constructivist evidentiary and procedural systems to the science of law and at the same epistemological status of legal evidence. What has led to an oversight, consciously or unconsciously, the ultimate goal of the task of law: the act of justice.

Key words: Test, reality, procedural system, justice.

The authors:

Edwin de J. Horta Vásquez: Attorney at law, Universidad de Caldas; Doctor in Law –Cum laude- from Universidad de Navarra, Pamplona, (Spain); founder member of the natural law association “Vera lex”, university of California; professor and researcher at Santo Tomás, Sabana and Católica of Colombia universities; vice president and president of Universidad Católica de Colombia and former Dean of the Law faculty from the same university; member of the research group “Raimundo de Peñafort” of Universidad Santo Tomás (Colombia), category A in Colciencias, [ejhorta@ucatolica.edu.co]

E. Ariel Corredor Cabrales: Philosopher from Universidad Nacional de Colombia; post graduate in Law philosophy and judicial theory of Universidad libre de Colombia; vandidate to Magister in the same area; professor and researcher in Law philosophy and judicial theory in the Law faculty of Universidad Católica de Colombia, [eacorredor@ucatolica.edu.co]

Received: 15, 2009, *Evaluated:* April 5, 2010, *Accepted:* May 5, 2010

Introducción

Devis Echandía, refiriéndose a Lessona, señala que el estudio de la prueba “es propio de la lógica, que es en derecho igual que en toda otra ciencia de su misma naturaleza”¹; merced a que la prueba judicial es tan sólo una especie del género de las pruebas. Sin embargo, su valor en el campo jurídico, a diferencia de lo que sucede en otros campos del saber humano, es imperativo, apunta un papel fundante, por cuanto los resultados de la operación probatoria determinan inexorablemente la suerte del derecho conculcado o que está en entredicho; al tiempo que con el esclarecimiento de dicha relación estrictamente necesaria (apodíctica) se da cuenta del objetivo central de la actividad jurisdiccional del ordenamiento jurídico, que no es otro que el amparo del orden real del derecho. En ese sentido, interrogar la naturaleza de la prueba judicial implica: 1) esclarecer el fin en la realización del derecho, y 2) elegir el sistema de prueba adecuado a la realización de ese fin. Acercarse a la prueba judicial supone, por ende, asumir cierta posición respecto del estatus epistémico de la actividad cognoscitiva del hombre, ya que para establecer la realidad del caso concreto, de los hechos, es indispensable partir primero de una cierta idea acerca de cómo se entra en contacto con la realidad y cómo se demuestra la veracidad o no de los hechos respecto de la realidad del derecho.

Pese a lo evidente que resulta la consideración anterior, en el terreno del derecho probatorio tiende a descuidarse el carácter determinante de la prueba en lo que respecta al esclarecimiento real del derecho, lo cual ha entrañado disociaciones peligrosas que afectan la naturaleza misma de la prueba, pues como ya lo ha notado Devis Echandía, algunas de las diferencias que suelen señalarse entre los distintos procesos (civil, penal, laboral contencioso, etc.) no existen en realidad, por cuanto el fin de la prueba —que con frecuencia se establece, para lo penal, en la búsqueda de la verdad real, y para lo civil únicamente en la fijación de la mal llamada verdad procesal— es sólo uno: esclarecer la violación —o no— de un derecho, así como la verdad es sólo una, pues lo que varía es el *sistema real* o *formal* de investigarla². En esta perspectiva resulta imperativo —obligatorio— preguntarse por la materia y el fin de la prueba judicial, es decir, por la relación entre prueba y realidad, por un lado, y entre realidad y sistema probatorio por otro.

¹ DEVIS Echandía, Hernando. Teoría general de la prueba judicial. t.I. 5ª ed. Bogotá: Temis, 2002, p. 8.

² DEVIS Echandía, Hernando. Teoría general de la prueba judicial, p. 227.

Interpelar a la prueba judicial en cuanto su naturaleza, objeto y fin no es inoficioso pese a que se considere que la noción de prueba judicial es, en apariencia, suficientemente evidente para cualquier jurista. Máxime cuando la alteración del significado corriente de prueba en el campo jurídico ha llevado a considerar, como afirmara Carnelutti, que “la comprobación de los hechos controvertidos por parte del juez puede no derivar de la búsqueda de su verdad, sino de los procesos de fijación formal; y por ello, probar no querría decir ya demostrar la verdad de los hechos discutidos, sino determinar o fijar formalmente los hechos mismos mediante procedimientos determinados”³. Aceptar semejante distorsión, dicho sea de paso, sería tanto como admitir que comprobar la enfermedad que sufre una persona depende del estado de la ciencia médica antes que de la realidad de su padecimiento. Aun cuando, se comprende que la desviación en el significado de la noción de prueba judicial radica en un fenómeno semejante al acontecido, *mutatis mutandi*, con la torsión del vocablo derecho que describiera Sto. Tomás.⁴

Por lo dicho entonces, está suficientemente justificada la necesidad inexcusable de cuestionamiento al *sentido último* de la prueba judicial, frente a lo cual resulta totalmente procedente indicar, en la primera parte de esta disertación, los siguientes puntos de reflexión: i), primero, sobre el significado genérico de la noción de prueba; ii), después, sobre las distintas connotaciones que —desde el interior de los sistemas probatorios— se han propuesto inseparables de la prueba judicial misma; iii), seguidamente, sobre la relación o relaciones que dichas connotaciones refieren en cuanto al orden real de la justicia; y, iv) por último, de la actividad probatoria —en un sistema procesal— respecto de la sentencia que sanciona o no dicho orden real de la justicia. Dadas estas precisiones, bien se podrá allanar, en una segunda parte de esta disertación, la exigente necesidad de fundamento en la prueba judicial en el contexto de un ejemplo particular.

1. De la prueba en general

En torno del primer punto, ordinariamente se entiende por prueba la acción de demostrar la verdad de un fenómeno, suceso, hecho o acontecimiento; la cons-

³ CARNELUTTI, Francesco. La prueba civil. Buenos Aires: Arayú, 1955, pp. 42 - 44.

⁴ Como indica el Aquinate en su tratado *De Iustitia et Iure*, parte de la *Moral especial o Secunda secundae de la Suma Teológica*, el vocablo “derecho” originariamente se empleó para significar la misma cosa justa. Más tarde se usó para designar el arte o ciencia de discernir qué es lo justo. Posteriormente, el lugar donde se otorga el derecho, y finalmente la sentencia. Dicha torsión, es claro, abreva múltiples conflictos por cuanto ha enturbiado, como en el caso de la prueba, la significación original y más simple de los términos. Sobre el particular: *cfr. S. Th. q. 57-60*.

tatación, por vía del intelecto, de un hecho, en el orden objetivo de la realidad (en un estado de cosas). Esto significa, por tanto, que cuando se hace referencia a una “prueba” se presupone una relación ontológica, lógica y metodológica entre un hecho (un darse efectivo de un estado de cosas en lenguaje wittgensteiniano)⁵, un orden del mundo (el orden lógico de los estados de cosas) y un intelecto que aprehende los anteriores. Es decir que para afirmar como probado *algo sobre algo* se sobreentiende primero que dichas realidades existen, *son algo*, abrevan de un sustrato ontológico; pues de otro modo no podría establecerse la relación lógica entre los conceptos que constituyen el juicio —o afirmación— que es falseado o validado por un proceso valorativo. Bajo el entendido de que valorar significa en estricto sentido apreciar correctamente la conexión entre lo real y lo acontecido.

Ahora, afirmar que en el proceso de verificación de un juicio o afirmación sobre un fenómeno intervienen entidades diversas simplemente quiere decir que una cosa es la materia objeto de la afirmación o juicio, y otra cosa es la operación de la mente o proceso de valoración que la lleva a efecto. En otros términos, una cosa es el objeto de la afirmación, la realidad de *algo*, y otra cosa es la acción afirmativa o judicativa misma que un sujeto realiza sobre dicha realidad. Por lo anterior tenemos que, en el más llano sentido común, probar significa corroborar o evidenciar la correspondencia entre un juicio, o afirmación, con un fenómeno, cosa o hecho exterior al sujeto-agente del juicio o afirmación. Semejante relación, atravesada por el proceso valorativo, que afirma que se prueba, no es posible, de otra parte, si no se reconoce que preexiste la realidad externa al sujeto, y que ésta es susceptible de un conocimiento objetivo por parte de aquél, puesto que para concluir —en el sentido aristotélico de demostrar—⁶ la verdad o falsedad de un juicio, o afirmación, es necesario admitir metodológicamente la correspondencia, esto es,

⁵ Como señalan Jacobo Muñoz e Isidoro Reguera, en su introducción al *Tractatus Logico-Philosophicus*, “Ludwig Wittgenstein organiza el polo o supuesto metafísico de toda figuración, representación o descripción lingüística: el mundo. El mundo es la totalidad de los hechos y puede descomponerse cada uno de ellos (como el lenguaje en proposiciones) para su análisis. Los hechos son estados de cosas existentes, y los estados de cosas, conexiones o combinaciones sin más, de cosas u objetos. En el lenguaje a los estados de cosas corresponden las proposiciones (y esto funda el sentido de éstas), y a las cosas los nombres (y esto funda el significado de éstos); la misma lógica de conexión preside a unos y otros; de modo que así se funda toda relación figurativa, representativa o descriptiva entre lenguaje y mundo (4.0311)”. MUÑOZ, Jacobo y REGUERA, Isidoro. Introducción al *Tractatus Logico-Philosophicus* de Ludwig Wittgenstein. Barcelona: Ediciones Altaya, 1994, p. XV.

⁶ Como se recordará, Aristóteles afirma que “hay *demonstración* cuando el razonamiento parte de cosas verdaderas y primordiales, o de cosas cuyo conocimiento se origina a través de cosas primordiales y verdaderas. Son verdaderas y primordiales las cosas que tienen credibilidad, no por otras, sino por sí mismas”. ARISTÓTELES. *Tratados de Lógica (Órganon)*. I. Madrid: Gredos, 1982.

la posibilidad —en el sentido que algunos pueden optar por rechazarla—⁷ de un proceso valorativo que constate la corrección o incorrección de un razonamiento, y su significado verdadero o falso, a partir de su coincidencia o no con un orden objetivo de la realidad, un estado de cosas existente.

2. De la prueba judicial en particular

Ahora bien, si para el sentido común la prueba remite llanamente al contraste, o coincidencia, entre lo que se dice de la realidad —la actividad judicativa— y la realidad, hecho o fenómeno mismo, en el campo jurídico dicho proceso comporta un componente adicional que es la *iudicio* del juez (la operación de la mente o valoración que realiza éste). De allí que, en sentido estricto, la prueba judicial, tal como la concibe por ejemplo Devis Echandía⁸, se refiere a *las razones o motivos que sirven para llevar al juez a la certeza sobre los hechos* que son objeto de comprobación por su parte (tanto como si le son solicitados por las partes como si no). Esa perspectiva, como ya se advertirá, apunta más a obtener la aquiescencia del juez, a conseguir su certeza respecto del derecho demandado, que a exigir lógica y jurídicamente la conclusión deductiva de las consecuencias jurídicas de un supuesto de hecho y de derecho.

Evidente, y no se puede dejar de lado: probar jurídicamente apunta a la *demostración legal de un hecho*, es decir, al supuesto de la correspondencia entre lo dicho acerca de la realidad con la realidad misma de un modo (método) específico denominado *actividad probatoria*, actividad que comporta dos dimensiones, aunque diferentes esencialmente complementarias e inescindibles, la dimensión lógica y la dimensión legal. La primera dimensión se dirige a garantizar la consistencia sintáctica, referida a las leyes del razonamiento correcto, entre el juicio, o afirmación, de un hecho,

⁷ Éste es el caso de los positivistas lógicos, quienes introdujeron la presunta división de todos los juicios dividiéndolos en “sintéticos” (verificable o falsables empíricamente), “analíticos” (verdaderos o falsos con arreglo sólo a las reglas de un sistema lógico determinado) y por último —y esta categoría incluye los juicios éticos, metafísicos y estéticos— “carentes de valor cognitivo”, para aseverar que la descripción correcta del mundo significa solamente la correspondencia con los objetos sensorialmente perceptibles. Lo cual es claramente refutable, como ha destacado Hilary Putnam, “por verdades normativas tales como el asesinato está mal o por verdades matemáticas y lógicas que son igualmente ejemplos de *objetividad sin objetos* sensorialmente perceptibles. [...] De allí que ya es hora de que dejemos de equiparar *objetividad con descripción*. Hay muchos tipos de enunciados —enunciados genuinos que admiten términos como correcto, erróneo, verdadero, falso, justificado, injustificado— que no son descripciones pero están bajo control racional, regidos por estándares apropiados a sus funciones y contextos particulares”, como es del caso en la realidad del derecho. PUTNAM, Hilary. El desplome de la dicotomía hecho/valor y otros ensayos. Barcelona: Paidós, 2004, pp. 48 - 49.

⁸ DEVIS Echandía, Hernando. Teoría general de la prueba judicial, pp. 13 y ss.

con las consecuencias a desprenderse —causalmente— de él. En tanto, la segunda dimensión se dirige a asegurar que el sentido y significado del derecho conculcado, en los términos referidos por la *litis*, puede ser objeto de prueba en el orden del derecho, es decir, si puede ser tenido como evidencia legal, bajo el entendido de que no toda prueba constituye una evidencia aun cuando toda evidencia se constituye, si es confirmada procesalmente, en prueba. De la correlación de estas dos dimensiones, pero también de su confusión, puede colegirse, como adelante se verá, una significación polifacética y en muchas ocasiones equívoca al momento de abordar la prueba judicial.

3. Usos y abusos de las diversas acepciones de prueba judicial

Atendiendo las anteriores precisiones, se observa que puede distinguirse en la prueba judicial un objetivo, el que tiene que ver con la realidad o verdad misma que se alega de los hechos o acontecimientos; y un nivel subjetivo, el que tiene que ver con los móviles persuasivos producidos en la mente del juzgador. Naturalmente, estos dos niveles se encuentran íntimamente relacionados, en la medida en que en ellos se da la correspondencia existencial, pues el uno no puede darse sin el otro. De manera que no cabe hablar de una dicotomía —sino tan sólo de una distinción— entre verdad procesal y verdad material.⁹ Aun cuando es evidente que, como ha señalado Marina Gascón, “cabe distinguir dos concepciones de la prueba, cada una de las cuales se caracteriza por mantener una cierta relación entre

⁹ Resulta claro que dicha conexión es desarrollada, en el intento de racionalizar la valoración de la prueba, en los denominados por María Gascón Abellán “esquemas inductivos del *grado de confirmación*. Según estos esquemas, una hipótesis puede aceptarse como verdadera si no ha sido refutada por las pruebas disponibles y éstas la hacen probable (o sea, la confirman); o mejor, más probable que cualquier otra hipótesis sobre los mismos hechos. Concurren aquí tres requisitos. 1. Requisito de confirmación: una hipótesis (h) viene confirmada por una prueba (p) si existe un nexo causal o lógico entre ambas (que es una simple ley probabilística o una máxima de experiencia) que hace que la existencia de esta última constituya una razón para aceptar la primera. Siendo expresión del grado de confirmación, la probabilidad de una hipótesis aumenta o disminuye con: (i) el fundamento cognoscitivo y el grado de probabilidad expresado por las reglas y máximas de experiencia usadas; (ii) la calidad epistemológica de las pruebas que la confirman; (iii) el número de pasos inferenciales que separan la hipótesis de las pruebas que la confirman; (iv) la “cantidad” y “variedad” de pruebas o confirmaciones. 2. Requisito de no refutación: para aceptar una hipótesis es necesario que, además de confirmada, no sea refutada por las pruebas disponibles; es decir, que éstas no se hallen en contradicción con aquélla; y 3. Requisito de la mayor probabilidad que cualquier otra hipótesis sobre los mismos hechos. Al final del proceso de confirmación y sometimiento a refutación de las hipótesis puede resultar que hipótesis rivales sobre los mismos hechos estén igualmente fundadas (o tengan la misma probabilidad, por lo que resta aún por determinar cuál de ellas es la correcta”. GASCÓN Abellán, Marina. Los hechos en el derecho, pp. 21 y ss. En el mismo sentido de valoración racional de la prueba, cfr. Taruffo, M. *La prova dei fatti giuridice*, Milán, Giuffrè; y Gascón, M. *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, Madrid, Marcial Pons.

los conceptos de verdad (o enunciado verdadero) y prueba (o enunciado probado). Estas dos concepciones son la cognoscitivista y la persuasiva¹⁰. La primera concepción asume la prueba como un *instrumento de conocimiento* encaminado a conocer o averiguar la verdad sobre hechos *litigiosos*, de modo que la valoración de la prueba se concibe como una actividad *racional*, consistente en comprobar la verdad de los enunciados susceptibles de exteriorización y corrección lógica u ontológica. La segunda concepción, por su parte, es constructivista ya que supone que el conocimiento deriva de los esquemas mentales y valorativos del participante, observador o, en este caso, de un juez, en un contexto dado. De manera que “en la concepción *persuasiva* de la prueba se entiende que la finalidad de ésta es sólo persuadir con el objetivo de obtener una resolución favorable. Por ello, la prueba, en cuanto actividad consistente en comprobar la verdad de los enunciados fácticos, es un sinsentido: ni siquiera puede discutirse si el conocimiento del juez es correcto o equivocado; simplemente está persuadido. Por lo demás, una concepción de este tipo es compatible con (y, más aún, implica) una concepción *irracional* de la valoración de la prueba. De un lado, porque la persuasión de un sujeto sobre algo es un estado psicológico y nada más; de otro, porque la persuasión podrá fundarse sobre cualquier cosa que haya influido en la formación de ese estado psicológico, y no necesariamente en la producción de pruebas”¹¹.

Ahora bien, si se admite que, en el campo procesal estricto, probar significa *aportar al proceso, por los medios y procedimientos aceptados en la ley, los motivos o las razones que produzcan el convencimiento o la certeza del juez sobre los hechos*, resulta obvio concluir que la prueba judicial en el contexto científico y doctrinal en el que vivimos sostiene una concepción persuasiva de la prueba. Máxime si se sostiene, como lo hace Devis Echandía, que no puede excluirse el juicio subjetivo (sea de testigo, perito, parte —en documento o confesión— o juez) del objeto de la prueba judicial; pese a que es un error considerar que el juicio del juzgador pueda ser el objeto mismo de la prueba¹², como si el hecho sobre el cual recae la actividad judicativa fuera totalmente ajeno al juicio que sobre él se emite. De allí que no es posible admitir las tesis retórico-argumentales o constructivistas, pues siempre que se expone un juicio sobre un hecho se está re-presentando ese hecho y en el fondo es éste el objeto de la prueba (de allí el papel reconstructivo e histórico del derecho probatorio), ya

¹⁰ GASCÓN Abellán, Marina. Los hechos en el derecho. En Seminario “Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba. México: Escuela Judicial Electoral del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, p. 4, 2003, p. 4.

¹¹ GASCÓN Abellán, Marina. Los hechos en el derecho, p. 7.

¹² DEVIS Echandía, Hernando. Teoría general de la prueba judicial, p. 163.

que el hecho funda y motiva el juicio. En otros términos, el hecho es la causa y el efecto dinámico que pone en movimiento la necesidad de la prueba.¹³

Así, entonces, resulta que una cosa es el objeto formal de la prueba, la realidad fenoménica que se espera probar, y otra el fin que se persigue con dicha prueba en materia procesal, esto es, demostrar —no sólo hacer plausible— como evidencia

¹³ A esto apuntan precisamente los principios estructurales de la prueba judicial: pertinencia, correspondencia, coherencia, etc., que han sido descuidados en el terreno puramente procesal, debido a que, tal como anota Devis Echandía, “es ineludible reconocer en tres aspectos de la noción de prueba: el medio (manifestación formal); el contenido esencial (manifestación deductiva de la existencia o inexistencia de hechos), y el resultado o efecto obtenido en la mente del juez (manifestación subjetiva que determina si hay o no prueba de ciertos hechos)”. DEVIS Echandía, Hernando. *Teoría general de la prueba judicial*, p. 20. División ésta que ensombreció, antes que aclarar, la simple conexión entre realidad-prueba y juicio, pues ha propiciado, como sostiene Manuel Antonio González Castro, que “en la doctrina procesal encontremos una gran confusión al tratar lo referido a los principios y reglas procesales. Advertimos que lo que para unos es un principio, para otros tantos es una regla, cuando no, un sistema procesal. La causa de esta multivocidad radica en que el método adoptado por cada jurista no responde a la visión fenomenológica de descripción, lo que hace que no se hayan efectuado los cortes analíticos necesarios a los fines de lograr la debida distinción entre cuestiones diversas. [...] Así, sostiene Alvarado Velloso que “los principios ostentan un carácter unitario y que, sin su presencia efectiva no pueda hablarse seriamente de un proceso”, mientras que las reglas como líneas directrices “se presentan siempre en forma binaria o como pares antinómicos”, las cuales ostentan una importancia sensiblemente menor que los principios. Es así como Alvarado concluye que los principios procesales solamente son cinco, los cuales enuncia como: 1) la igualdad de las partes litigantes, 2) la imparcialidad del juzgador; 3) la transitoriedad de la serie; 4) la eficacia de la serie y 5) la moralidad en el debate [...] En ese marco de la confusión terminológica señalada, vemos que como principios la doctrina propone elencos muy diversos unos de otros, confundiendo meras reglas con principios, cuando no con bases constitucionales expresas. Así por ejemplo, Devis Echandía enuncia 27 principios: 1) Principio de la necesidad de la prueba y de la prohibición de aplicar el conocimiento privado del juez sobre los hechos; 2) Principio de la eficacia jurídica y legal de la prueba; 3) Principio de la unidad de la prueba; 4) Principio de la comunidad de la prueba, también llamado de adquisición; 5) Principio del interés público de la función de la prueba; 6) Principio de la lealtad y probidad o veracidad de la prueba; 7) Principio de la contradicción de la prueba; 8) Principio de igualdad de oportunidades para la prueba; 9) Principio de publicidad de la prueba; 10) Principio de formalidad y legitimidad de la prueba; 11) Principio de la legitimación para la prueba; 12) Principio de la preclusión de la prueba; 13) Principio de la intermediación y de la dirección del juez en la prueba; 14) Principio de la imparcialidad del juez en la dirección y apreciación de la prueba; 15) Principio de la originalidad de la prueba; 16) Principio de la concentración de la prueba; 17) Principio de la libertad de la prueba; 18) Principio de la pertinencia, idoneidad o conducencia y utilidad de la prueba; 19) Principio de la naturalidad o espontaneidad y licitud de la prueba y del respeto a la persona humana; 20) Principio de la obtención coactiva de los medios materiales de prueba; 21) Principio de la inmaculación de la prueba; 22) Principio de la evaluación o apreciación de la prueba; 23) Principio de la carga de la prueba y de la autorresponsabilidad de las partes por su inactividad; 24) Principio de la oralidad en la práctica de la prueba; 25) Principio inquisitivo en la obtención de la prueba; 26) Principio de la no disponibilidad e irrenunciabilidad de la prueba; 27) Principio de la gratuidad de la prueba. [...] Otros autores, como Falcón, enuncian bajo el nombre de principios del sistema probatorio los siguientes: el principio de la unidad probatoria; el de adquisición de la prueba; de la necesidad de la prueba; libertad de la prueba; aplicación de las reglas científicas en la prueba; de la experiencia en materia probatoria; del favor probatoris, publicidad de la prueba y el de veracidad; y la lista podría continuar (2008). Al respecto, cfr. Falcón, Enrique M., *Tratado de Derecho procesal Civil y Comercial*, t. II, Santa Fe, Argentina: Rubinzal Culzoni, 2006; y Alvarado Velloso, Adolfo, *Introducción al estudio del Derecho Procesal*, Santa Fe, Argentina: Rubinzal Culzoni, 1997.

la realidad de un hecho, puesto que es apenas obvio preguntarse si la finalidad última (el *telos*) de determinada actividad se satisface sólo con la consecución de un resultado empíricamente verificable, en el caso judicial con la sentencia, o si además ha de satisfacer un fin más alto que el de la mera operatividad o funcionalidad, en el caso judicial del sistema procesal en el que la prueba tiene cabida. En efecto, preguntarse por el sentido de la prueba judicial supone preguntarse por el sentido mismo del saber jurídico; pues, como habría enunciado ya Aristóteles¹⁴, no es posible confundir una ciencia práctica (*episteme*) como el derecho con un saber o arte *póietico* (referido a la obtención de productos). Si el derecho, en tanto que ciencia, se dirige mediante la prueba a dar cuenta de una realidad, y no a convalidar éste o aquél sistema probatorio en particular, es porque tanto la realidad de la justicia como la de la injusticia existen, *son algo*. De lo contrario, entonces, el derecho no es ciencia en modo alguno y, por lo mismo, no demandaría prueba alguna, a lo sumo necesitaría de ciertos estándares de discernimiento o persuasión aportados, previamente, por el sistema probatorio que con dichos estándares se intentaría convalidar. Visto así, resulta claro asumir que el derecho se dirige, y es dirigido, por la justicia; la cual no constituye un ideal social, político o individual, sino que es una realidad de tal envergadura que *declarar lo justo* de conformidad con la *declaración legal*, pero sin que esta última subvierta el orden de los fines, es el oficio del jurista¹⁵. De modo que la prueba judicial tiene como objetivo servir a la demostración o no —tanto en términos de correspondencia material como de establecimiento formal de evidencia— de una injusticia, o sea de una realidad —no un ideal— que consiste en violentar un derecho. Realidad ésta que, a su vez, impele la actividad jurídica al restablecimiento de un derecho mediante un *acto de justicia*¹⁶.

Con todo, resulta paradójico que actualmente, aun entre juristas y académicos de renombre, por justicia se designe equívocamente el aparato judicial, sus formas y procedimientos legalmente previstos. En esa línea de pensamiento, por tanto, el sistema jurídico en general y el sistema probatorio en particular, son tomados como el *baremo objetivo del enjuiciamiento*. Esto es, como la regla y medida —sujeta a modificaciones o reformas en su ámbito normativo— de lo justo, aun cuando mejor sería llamarlo, de lo legal, de lo que la “administración de justicia” considera como tal¹⁷. En este orden de ideas, la prueba judicial supone como fin los princi-

¹⁴ ARISTÓTELES. *Tratados de Lógica (Órganon)*. I. Madrid: Gredos, 1982, pp. 1026 y ss.

¹⁵ HERVADA, JAVIER. *Lecciones propedéuticas de Filosofía del Derecho*. 5ª ed. Pamplona: Eunsa, 1995, pp. 170 y ss.

¹⁶ HERVADA, JAVIER. *Lecciones propedéuticas de Filosofía del Derecho*. 5ª ed. Pamplona: Eunsa, 1995.

¹⁷ AA. VV. *Justicia y sistema político*. Bogotá: Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales, IEPRI/Universidad Nacional de Colombia, 1997, pp. 67 y ss.

prios de *seguridad y certeza* jurídica antes que la justicia misma, ya que, utilizando el lenguaje de algunos teóricos contemporáneos del derecho, su papel se explica y circunscribe al carácter *autopoietico* del derecho^{18,19}, a su carácter autorreferencial, inmanente e intrasistémico. El juicio de corrección o incorrección, de justicia o injusticia, de la función crítica del jurista, es así abandonado en favor de la adopción de un criterio formal de lo legal o ilegal²⁰, lo cual, teórica y prácticamente, se traduce en que por injusta que fuere una sentencia la misma estaría, dentro de aquel sistema autorreferencial, debidamente justificada.

4. De la actividad probatoria

De lo dicho hasta aquí puede colegirse que la actividad probatoria en un sistema procesal cualquiera busca asegurar con la sentencia la confirmación o constatación de una realidad. Aun cuando, como se ha descrito arriba, bien puede entenderse la realidad como *el ser de lo que está* (o estuvo) *ahí* como diferente al sujeto cognoscente, bien como la adecuación de unas formas a un sistema procesal mudable al que ha de adaptarse el sujeto operativo. El *baremo objetivo del enjuiciamiento jurídico* depende, por ello, de una determinada posición epistémica respecto de la materia y el fin de la prueba judicial, pese a que de un tiempo acá se da por sentado que el sistema probatorio vigente es la única fuente de validación de la realidad jurídica,²¹ lo que sugiere que junto al peso evidente de lo fáctico, de *lo que es*, se ha construido una realidad paralela constituida por las normas jurídicas aplicables y, por corolario, por las formas legalmente previstas para el aporte de “pruebas” a un proceso,²² de lo cual se deriva que la verificación de la conducta humana que

¹⁸ LUHMANN, Niklas. Organización y decisión. Autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo. Barcelona: Anthropos, 1997.

¹⁹ TEUBNER, Günther. Law as Autopoietic System. London: Blackwells, 1992.

²⁰ TEUBNER, Günther. Law as Autopoietic System. London: Blackwells, 1992, p. 171.

²¹ Las razones por las cuales desapareció del derecho cualquier referencia a un sustrato ontológico son múltiples, no obstante que es evidente —como anota Kaufmann— que desde el siglo XIX “la credibilidad práctica que proporcionaron los éxitos de las ciencias naturales cultivadas matemáticamente, consiguientemente parecían indicar que todas las ciencias, y, por tanto también la ciencia jurídica, debían servirse del método de las ciencias naturales; no de la deducción, sino de la inducción, esto es, no de la derivación del derecho a partir de normas generales de derecho natural, sino de la observación de los acontecimientos de la vida (de lo *positivamente dado*) y la obtención —o postulación— de reglas generales a partir de sus estructuras comunes. Así, la victoriosa penetración del positivismo condujo, después de la muerte de Hegel, a la derrota de toda filosofía jurídica material; y en su lugar aparece la llamada doctrina general del derecho [...] de esa eutanasia de la filosofía del derecho, como la llamó Radbruch”. KAUFMANN, A.; HASSEMER, W. El pensamiento jurídico contemporáneo. Madrid: Debate, 1992, pp. 92 - 93.

²² Es esa la razón por la cual Devis Echandía declara que “entre los diversos hechos que interesan como presupuesto de las normas jurídicas aplicables a un proceso, existen algunos que no es necesario probar y otros cuya prueba es indispensable; sobre los primeros *puede* haber prueba, si voluntariamente las partes

hubiese violentado o no un derecho, la supuesta prueba, se dirige no a restablecer el orden del derecho, sino a fortalecer y convalidar el sistema probatorio vigente. En esa medida, entonces, la sentencia sanciona el orden, la seguridad y la “certeza” de la formalización jurídica, antes que la realidad como *el ser de lo que está ahí*.

Prueba judicial y temeridad

Las anteriores consideraciones pueden ser aprehendidas utilizando un ejemplo, por cierto bien conocido, de la honorable Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, que en su momento consideró que la prueba de ADN no determinaba *per se* sentencia estimatoria o desestimatoria de paternidad extramatrimonial sin atender a la apreciación conjunta del restante material probatorio (prueba testimonial, documental). En dicha ocasión, sin entrar en comentario de los pormenores o el fallo del proceso particular, la Corte reiteró:

En efecto, la prueba genética, en estos procesos, ostenta la naturaleza de un dictamen pericial y está sujeta, a más de las reglas técnicas-científicas inherentes a su especie, a los requisitos y formalidades legales exigibles en su decreto, práctica, contradicción y valoración por el juez de conocimiento, quien debe sopesarla “en su integridad, con el fin de evidenciar su calidad, precisión y firmeza, al mismo tiempo que la competencia de los peritos, tal como lo reclama el artículo 241 del C. de P. C., sin que en asunto tan delicado sea posible remitirse al simple resultado de la prueba, el que necesariamente debe estar respaldado en un conjunto de elementos de juicio que le permitan al juzgador establecer que la probabilidad de paternidad acumulada (o la exclusión), es, ciertamente, el reflejo de los exámenes realizados o practicados y de la aplicación de las técnicas reconocidas para ese tipo de experticias” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia No. 220. 18 de diciembre de 2006. Expediente 6960).

Tal como se advierte, por lo indicado arriba, aquello que se buscaba demostrar con la prueba genética era la simple realidad de la ocurrencia de un hecho, para de allí establecer un nexo relacional entre este fenómeno y su estatus como evidencia para obtener sentencia, en cierto sentido, de parte del juzgador. No obstante, la Corte Suprema, reiterando su jurisprudencia, volcó el aspecto capital de la *litis* al

la aducen y la ley no autoriza al juez para rechazarla por innecesaria, mientras que sobre los otros *debe* haber prueba, si la parte a quien interesa alegarlos pretende que sean tenidos en cuenta por el juez”. DEVIS Echandía, Hernando. Teoría general de la prueba judicial, pp. 157 - 158.

terreno de “los requisitos y formalidades legales exigibles en su decreto, práctica, contradicción y valoración por el juez de conocimiento”. Esto es, el máximo tribunal de casación, antes que reconocer modestamente que la contradicción de prueba científica sólo podía llevarse a cabo con argumentos de igual método científico inherente a la especie controvertida, prefirió colocar en cabeza del juez semejante responsabilidad, cuando, obviamente, un jurista no es un genetista, ni puede controvertir con igual lógica la ciencia genética de la misma forma en que podría apreciar —si se disponen— otros tipos de material probatorio (prueba testimonial, documental). De suerte que suena exagerado afirmar que “el juzgador debe valorar conforme a las pautas legales, técnicas y científicas, la prueba genética de ADN, sin omitir los restantes elementos probatorios ni prescindir de apreciarlos en su fuerza de convicción, aun en la hipótesis de un resultado firme, positivo o negativo (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación civil, Sentencias S - 157 de 2001, S- 188 de 2001, SC- 101 de 2004, SC - 131 de 2004, SC - 155 de 2004 y SC 174 de 2004).

Dicho en otros términos, si bien en cabeza del jurista está la estimación de la validez legal de una prueba ello no quiere decir que en su cabeza se encuentren todos los elementos para apreciar —y de este modo, como dijeran ciertos juristas, no ser un convidado de piedra— la corrección o no de prueba científica. Pues, aun así la prueba confirmara cierto resultado,

[...] tampoco, en este supuesto, el juzgador está(ría) obligado a proferir con esta sola prueba, la sentencia como si fuera un autómatas, pues, si bien la Ley 721 de 2001 dispone, respecto de la prueba en comento, que “en firme el resultado, si la prueba demuestra la paternidad o maternidad, procederá a decretarla, en caso contrario se absolverá al demandado o demandada”, no lo es que esa consecuencia deba ser aplicada sin ninguna otra consideración, como si fuera un componente de una mera ecuación matemática, pues ciertamente para que se produzca ese efecto debe haber pasado por el tamiz de apreciación del juez, cuanto más si lo que éste aduce para desecharla atañe con las irregularidades de la magnitud que señaló el tribunal, relativas a la transparencia en la toma de muestras de sangre, en el procedimiento de custodia de la misma y, por ende, en la falta de confiabilidad de ese medio de convicción; no se trata de buscar a toda costa un padre, pero tampoco de permitirle, a quien ha dado motivo de serlo, escapar a su antojo de su condición de tal, como fue deducido en este proceso (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación civil. Sentencia de diciembre 16 de 2005. Expediente No. 11001 - 31-10-013-1997-09492-01).

Así las cosas, la prueba científica allegada al proceso, para demostrar o no la realidad de un hecho, de un momento a otro se convirtió de vehículo, medio o instrumento de prueba en objeto de debate entre el contenido esencial (realidad) y las valoraciones subjetivas acerca de él, máxime cuando de por medio habría que convalidar las formas y procedimientos del sistema jurídico en conjunto. Dicho en otros términos, la prueba científica que habría de arrojar claridad acerca de una realidad particular finalmente se convirtió en una pieza más en la concepción *persuasiva* y *constructivista* de la prueba y de su verdad.

Si bien es sensato que el artículo 187 del Código de Procedimiento Civil exigiese que “las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto”, ello no es óbice para forzar al juzgador a asumir una valoración que extienda su propio ámbito de experticia y que lo aparte —como también hubiese dicho la propia Corte en otro momento— “del examen que impone la ley, la lógica y la naturaleza misma de las cosas” (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación civil. Sentencia de 10 de mayo de 1994). En otras palabras, si las pruebas no fueron —o pudieron ser— controvertidas por dictamen pericial de la misma naturaleza y estatuto epistémico, no se comprende por qué el alto tribunal se empeñó —en aquel caso— en la defensa de las formalidades legales si no es (o fue) por salvaguardar el papel del juez y del propio sistema probatorio. O sea en explicar y circunscribir la(s) prueba(s) al carácter *autopiético* del derecho y a su lógica constructivista antes que al más elemental sentido de justicia.

Ahora bien, el sucinto ejemplo reseñado, no pretende poner en entredicho la autoridad de la alta magistratura, sino tan sólo interrogar al derecho respecto del sentido último de la prueba judicial. Dado que admitir sin más la distorsión de la honorable Corte Suprema de Justicia, en el caso en comento, sería tanto como admitir que en el tan conocido episodio de “Emanuel”, el *hijo* de la allende secuestrada Clara Rojas, a un juez de la República bien hubiera podido ocurrírsele —siguiendo fielmente los derroteros jurisprudenciales— no considerar en su fuerza de convicción la prueba de ADN. Muy posiblemente porque no sabría si fue segura la cadena de custodia o la toma de las muestras analizadas en Colombia y reanalizadas en España, o tal vez porque las pruebas testimoniales —de una guerrillera desmovilizada— no eran dignas de confianza, o simplemente porque en la apreciación del juez faltarían elementos probatorios para ser analizados en conjunto. Si bien es cierto que se puede caracterizar el anterior ejemplo como una exageración absurda, no se puede olvidar que el sentido último de la prueba judicial consiste en ser medio o instrumento para establecer la verdad en cuanto correspondencia entre un *hecho*, un *juicio* y el orden real del derecho que, a su vez, constituye el acto primero de

aquella realidad denominada justicia. La cuestión estriba, pues, en confrontar la prueba judicial como fundamento para una decisión justa (atendiendo la justicia: una e invariable); y en cuestionar su dimensión como fundamento convalidador y autorreferencial de un sistema probatorio, cualquiera que éste sea, obediente de una “realidad” relativa, mudable y objeto de persuasión.

Referencias

- AA. VV. *Justicia y sistema político*. Bogotá: Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales, IEPRI/Universidad Nacional de Colombia, 1997.
- ARISTÓTELES. *Tratados de Lógica (Órganon)*, I. Madrid: Gredos, 1982.
- CARNELUTTI, Francesco. *La prueba civil*. Buenos Aires: Arayú, 1955.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SS-029 de 2008. M. P.: Vargas, William Namén. Bogotá, D. C., treinta (30) de abril de dos mil ocho (2008). (Aprobada por Acta No. 16 de 4 de marzo de 2008). Referencia: expediente No. 68001-3110-004-2003-00666-01.
- DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría general de la prueba judicial*, quinta edición. Bogotá: Temis, 2002.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina. “Los hechos en el derecho”, en Seminario “Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba”. México: Escuela Judicial Electoral del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, p. 4, 2003.
- GONZÁLEZ CASTRO, Manuel. “Principios y reglas que rigen la actividad probatoria”, 2008. Disponible en: www.institutoderechoprocesal.org/pdf.
- HERVADA, JAVIER. *Lecciones propedéuticas de Filosofía del Derecho*, quinta edición. Pamplona: Eunsa, 1995.
- *Introducción crítica al Derecho Natural*. Bogotá: Temis, 2000.
- KAUFMANN, A.; HASSEMER, W. *El pensamiento jurídico contemporáneo*. Madrid: Debate, 1992.
- LESSONA. *Teoría general de la prueba en Derecho Civil*, t. 1. Madrid: Reus, 1928.
- LUHMANN, Niklas. *Organización y decisión. Autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo*. Barcelona: Anthropos, 1997.
- MUÑOZ, Jacobo; REGUERA, Isidoro. Introducción al *Tractatus Logico-Philosophicus de Ludwig Wittgenstein*. Barcelona: Ediciones Altaya, 1994.
- PUTNAM, Hilary. El desplome de la dicotomía hecho/valor y otros ensayos. Barcelona: Paidós, 2004.
- TEUBNER, Günther. *Law as Autopoietic System*. London: Blackwells, 1992.