

COLECCIÓN  
Proceso, Derecho y Sociedad

4

# Prueba

Volumen I

*Teoría general*

Luiz Guilherme Marinoni

Sérgio Cruz Arenhart



PALESTRA

Publicación  
editada  
en el Perú  
por Palestra Editores



Cultura Chancay (entre los años 1200 y 1470 d.C.)

PRUEBA  
Volumen I  
Teoría General

Luiz Guilherme Marinoni  
Sérgio Cruz Arenhart

PRUEBA  
Volumen I  
Teoría general

Traducción:  
*René Luis Núñez Avila*  
*Christian Delgado Suárez*



Lima — 2022

Nº 4

COLECCIÓN

Proceso, Derecho y Sociedad

**Directores:**

Luiz Guilherme Marinoni

Giovanni Priori Posada

**Coordinador:**

Christian Delgado Suárez

Prueba

Volumen I

*Teoría general*

Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart

*Primera edición Digital, Abril 2022*

*Traducción de la obra original de los autores,  
Prova (parte I), São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009.*

© 2022: Luiz Guilherme Marinoni

© 2022: Sérgio Cruz Arenhart

© 2022: PALESTRA EDITORES S.A.C.

Plaza de la Bandera 125 - Lima 21 - Perú

Telf. (+511) 6378902 - 6378903

palestra@palestraeditores.com / www.palestraeditores.com

© Copyright de la traducción: René Luis Núñez Avila, Christian Delgado Suárez

Cuidado de Estilo y edición: Manuel Rivas Echarri

Diagramación y Digitaliación: Gabriela Zababurú Gamarra

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú N.º 2022-03202

ISBN Digital: 978-612-325-253-3

Todos los derechos reservados. Queda prohibida la reproducción total o parcial de esta obra, bajo ninguna forma o medio, electrónico o impreso, incluyendo fotocopiado, grabado o almacenado en algún sistema informático, sin el consentimiento por escrito de los titulares del

Copyright.

# CONTENIDO

## **1. INTRODUCCIÓN**

## **2. RELACIONES ENTRE VERDAD Y PRUEBA**

1. La verdad como un presupuesto para la prueba
2. Presupuestos del principio de la verdad sustancial
3. Verdad sustancial y verdad formal
4. Verdad y verosimilitud
5. La teoría de Habermas y la verdad
6. Verdad y procedimiento
7. El concepto de Michele Taruffo
8. Verdad, pretensión de verdad y proceso

## **3. FINALIDAD DE LA PRUEBA**

## **4. DEFINICIÓN DE PRUEBA**

## **5. LA COGNICIÓN**

1. La importancia de la técnica de la cognición para la construcción de procedimientos adecuados para los casos concretos
2. La técnica de la cognición

## **6. LA CUESTIÓN DEL CONVENCIMIENTO JUDICIAL**

1. Búsqueda de la verdad y convicción de la verdad
2. Convicción de la verdad y participación del juez
3. Limitaciones de prueba por el proceso
4. La tesis sueca sobre el convencimiento judicial
5. La acentuación de la función de verosimilitud. Överviktsprincip, Überwiegensprinzip y la verosimilitud preponderante
6. La tesis de Gerhard Walter
7. Objeciones a la tesis de la verosimilitud preponderante

8. El convencimiento judicial y la regla de la carga de la prueba
9. Los derechos difusos y colectivos y las hipótesis en las que la ley afirma que la sentencia desestimatoria por insuficiencia de pruebas no genera cosa juzgada material

#### **7. CONSIDERACIONES FUNDAMENTALES PARA LA ADECUADA COMPRENSIÓN DEL TEMA DE LA PRUEBA**

1. ¿Se prueba un hecho o una afirmación de un hecho?
2. Hecho directo (primario) y hecho indirecto (secundario)
3. Prueba directa y prueba indirecta
4. Precisión de los conceptos de indicio, prueba indiciaria, raciocinio presuntivo y presunción
5. Sobre la presunción y su juicio
6. Juicio sobre el mérito: “juicio final” y “juicio provisorio”
7. Juicio sobre el mérito y “juicio instrumental”
8. Normas de juicio y elementos sobre los cuales el juicio de mérito incide
9. Presunción, regla de experiencia y hecho notorio (breve distinción)
10. Fases del procedimiento probatorio

#### **8. HECHOS QUE NO NECESITAN PRUEBA**

1. Previa consideración
2. Hechos notorios
3. Confesión
4. No contestación
5. Presunción legal de existencia o de veracidad

#### **9. PRUEBA DEL DERECHO MUNICIPAL, ESTATAL, EXTRANJERO Y CONSUECUDINARIO**

1. La carga de demostrar el derecho alegado
2. Alegación del derecho
3. Derecho municipal, derecho estatal y derecho extranjero
4. Costumbre, hecho notorio y regla de experiencia

#### **10. LAS PRESUNCIONES**

1. Introducción
2. Presunciones judiciales
3. Presunciones legales relativas

4. Presunciones legales absolutas
5. Conflictos entre presunciones

#### **11. REGLAS DE EXPERIENCIA**

1. Reglas de experiencia común y reglas de experiencia técnica
2. Reglas de experiencia común y reglas generales retiradas de la experiencia a través de la vía inductiva
3. Control de la aplicación de las reglas de experiencia. La importancia de la motivación
4. Criterios para el control de las reglas de experiencia común
5. Reglas de la experiencia común respecto de cuestiones técnicas, reglas de experiencia técnica y la necesidad de auxilio de profesional técnico
6. Criterios para el control de las reglas de la experiencia técnica

#### **12. DEBER DE COLABORACIÓN PARA LA ELUCIDACIÓN DE LOS HECHOS**

1. Deber de colaboración con el Poder Judicial
2. Exclusión del deber de colaboración
3. El deber de colaboración y el deber de lealtad procesal
4. El deber de lealtad y la fijación de los hechos controvertidos
5. Deberes de colaboración impuestos a la parte
6. Sanciones a las violaciones de los deberes de colaboración y de veracidad
7. Los terceros y el deber de colaboración
8. Exigibilidad del deber de colaboración frente a los terceros
9. Colaboración de terceros y el contradictorio

#### **13. CARGA DE LA PRUEBA**

1. El sentido de la distribución de la carga de la prueba
2. Concepto de carga, carga de la prueba y el riesgo de no producción de prueba
3. Hechos constitutivos, impeditivos, modificativos y extintivos
4. Prueba de los hechos impeditivos, modificativos y extintivos y contraprueba
5. Carga de la prueba y carga de alegación
6. Carga de la prueba en la acción declaratoria negativa
7. La decisión de saneamiento, la fijación de los puntos controvertidos y la admisión de las pruebas

8. Derecho de producir prueba y carga de la prueba
9. El estado de duda, el deber de decidir y la regla de la carga de la prueba
10. Los intentos de expulsar la duda: el principio de verosimilitud preponderante y la idea que la falta de convicción judicial hace surgir una sentencia que no produce cosa juzgada. Crítica
11. La carga de la prueba, principio de adquisición de la prueba y prueba de oficio
12. Posesión de documento y carga de la prueba documental
13. Posesión de documento y carga de la prueba pericial
14. El procedimiento de exhibición (arts. 396-404, CPC) y el derecho de la parte que se niega a presentar el documento o impugnar su posesión
15. La presunción de veracidad del art. 400 del CPC, la inversión de la carga de la prueba y la prueba pericial que no puede ser producida en razón de la no entrega del documento en juicio
16. La simple posesión del medio de prueba no es criterio justificativo de la inversión de la carga de la prueba
17. La negativa a la pericia médica y la inversión de la carga de la prueba
18. El rechazo de terceros al examen médico
19. Las diversas necesidades de derecho material y la posibilidad de tratamiento diferenciado de la carga de la prueba en ausencia de ley
20. El Código del 2015 y las situaciones en que el derecho material requiere de un tratamiento diferenciado de la carga de la prueba: reducción de las exigencias de la prueba e inversión de la carga de la prueba
21. La inversión de la carga de la prueba en el Código de Defensa del Consumidor
22. Carga de la prueba, convicción y motivación
23. La inversión voluntaria unilateral de la carga de la prueba
24. Modificación convencional de la carga de la prueba
25. Convención sobre la carga de la prueba y el derecho indisponible
26. Convención que torna excesivamente difícil a la parte el ejercicio de un derecho

#### **14. LA REDUCCIÓN DE LAS EXIGENCIAS DE PRUEBA PARA LA FORMACIÓN DEL CONVENCIMIENTO DEL JUEZ**

1. Facilitación de la prueba, inversión de la prueba y formación del convencimiento judicial
2. La reducción de las exigencias de prueba como consecuencia de la necesidad de viabilizar la tutela jurisdiccional efectiva de los derechos
3. La importancia del plano del derecho material para la elaboración de la convicción
4. La sociedad de riesgo y la prueba de la causalidad
5. La relación de las violaciones de los deberes profesionales y de las normas de protección y de prevención de accidentes con la prueba de la causalidad
6. El daño provocado por las llamadas emisiones intolerables y la prueba de la causalidad
7. La prueba de la simulación

#### **15. HECHO TEMIDO Y PRUEBA**

1. La necesidad de alteración del paradigma para comprender la prueba a la luz de la acción inhibitoria
2. La acción inhibitoria, el daño y la culpa. Art. 497, párrafo único, CPC
3. La amenaza y la ilicitud
4. La cuestión de la prueba de la amenaza frente al mandato de seguridad y del interdicto prohibitorio
5. La prueba de la amenaza en el derecho extranjero
6. Reconstrucción crítica de la prueba de la amenaza

#### **16. PRUEBA ILÍCITA**

1. Las pruebas típicas y atípicas
2. La separación entre los planos probatorio y fáctico
3. La ilicitud de la prueba ante la existencia o no del proceso, de la naturaleza del derecho violado y de la calidad del agente agresor
4. Ilicitud en el plano del derecho material: i) en la obtención de prueba preconstituidas ii) en la obtención de las informaciones consustanciadoras de la declaración de un testigo iii) en la formación y producción de la prueba, y iv) en la utilización de la prueba preconstituida
5. Ilicitud en el plano del derecho procesal: i) en la admisión de la prueba y ii) en la producción de la prueba
6. La gravedad de la violación

7. La prueba obtenida con violación de reglas procesales que no genera lesión a un derecho fundamental. Consecuencias
8. La norma constitucional que prohíbe las pruebas “obtenidas por medios ilícitos”
9. Fundamento y significado del art. 5.º, LVI, de la CF
10. La opción del proceso penal y la ausencia de opción en el ámbito del proceso civil
11. La prohibición de la prueba ilícita en el proceso civil y la regla de la proporcionalidad
12. La contaminación de las pruebas vinculadas fáctica y jurídicamente a la ilícita. La teoría de los frutos del árbol envenenado
13. Las excepciones a la teoría de los frutos del árbol envenenado: el descubrimiento inevitable (inevitable discovery exception) y el descubrimiento probablemente independiente (hypothetical independent source rule)
14. El problema de la obtención de informaciones de modo ilícito y de la prueba testimonial que puede en ella basarse
15. La teoría de la descontaminación de lo juzgado

## **17. LA MOTIVACIÓN**

1. Introducción
2. La prueba y la motivación
3. Raciocinio probatorio, decisión y justificación

## **18. LA COMPRESIÓN DE ALGUNAS “PRUEBAS ESPECIALES”**

1. Introducción
2. La prueba escrita
3. La prueba del llamado “derecho líquido y cierto”
4. La prueba en la tutela anticipada

## **19. EL DOBLE GRADO DE JURISDICCIÓN, EL PRINCIPIO DE LA ORALIDAD Y LA PRUEBA**

## **20. REVISIÓN DE LA PRUEBA ANTE EL RECURSO ESPECIAL Y EXTRAORDINARIO**

1. Medidas de los criterios jurídicos para la utilización de la prueba y para la formación de la convicción judicial
2. Prueba, motivación y calificación jurídica de los hechos
3. Prueba esencial para la validez del acto jurídico

4. Uso de prueba incompatible con determinado procedimiento
5. Discusión sobre la cualidad de la prueba necesaria para el procedimiento
6. Convicción de verosimilitud
7. Desconsideración de la convicción suficiente
8. Reducción de las exigencias de prueba y el derecho material
9. Inversión de la carga de la prueba, verosimilitud de la alegación e hiposuficiencia. El art. 373, par. 1º, del CPC y la “excesiva dificultad” de producir prueba
10. Determinación de la credibilidad de la prueba
11. Reglas de experiencia y presunciones judiciales
12. Inicio de la prueba escrita
13. Datos demostrables mediante la prueba documental y pericia
14. Valor de la prueba pericial
15. La cuestión de la coherencia lógica de la decisión
16. La congruencia de la decisión
17. Error en la comprensión de la prueba en abstracto
18. Prueba ilícita
19. Decisión acerca de los hechos que no dependen de prueba
20. Recurso especial y admisión de revisión de condenas en valores onerosos y lesivos
- 21. LA NATURALEZA DE LAS REGLAS SOBRE LA PRUEBA**

# 1. INTRODUCCIÓN

**A**unque las cuestiones relativas al tema de la prueba estén en el día a día de los compromisos de abogados, jueces y fiscales, poco se ha escrito sobre el tema en el derecho brasilero y chileno y peruano. Es realmente intrigante la desatención dada a la materia, cuando es indiscutible que un abogado o un juez, para defender un derecho y para cumplir un deber de prestar tutela jurisdiccional, no pueden vivir lejos de las nociones adecuadas del derecho probatorio.

Tal vez el descuido con el tema se deriva de la arrogante y falsa suposición que los hechos no requieren la atención de los juristas. Obsérvese que, en un pasado no tan lejano, había un nítido descuido de la academia en relación con los hechos, prefiriendo dedicar su tiempo a discutir temas “más nobles”. Rebelándose contra este estado de cosas, el profesor William Twining recuerda de cierto político que, en un determinado debate, advirtió que el noventa por ciento de los abogados pasan el noventa por ciento de su tiempo lidiando con hechos, y que eso, curiosamente, no se refleja en los cursos de derecho. Si bien admitió la existencia de unos cursos aislados en la demostración de los hechos (*fact-finding*) y similares, advirtió, con razón indiscutible, haber un mínimo irracional de cursos jurídicos que nada dedican a un tema cuya importancia es vital para el desempeño de la profesión jurídica<sup>1</sup>.

En la actualidad, en vista de la creciente atención dedicada a la formación de profesionales idóneos y competentes —con el fortalecimiento de los exámenes para la práctica del derecho y para el ingreso en el Ministerio Público y Poder Judicial— no hay manera de posponer la preocupación por el estudio detenido y profundo de los principios que rigen la exposición de los hechos en el

proceso. Y esto no solo porque los jueces, fiscales y abogados, obviamente, no pueden trabajar sin conocer el tema de la prueba de los hechos en juicio, sino porque además la legitimidad de sus funciones depende de una noción adecuada de la “justicia procesal”, por lo que la identificación y el respeto es imprescindible para el correcto delineamiento de los institutos probatorios.

El presente libro está dividido en dos partes. La primera se destina al estudio de los fundamentos del derecho probatorio y temas que pueden ser derivados de la teoría general de la prueba, como son el convencimiento judicial y de la motivación. En esta perspectiva, se analizan también en la primera parte de la obra las cuestiones de las presunciones, las reglas de la experiencia, la carga de la prueba, la prueba del hecho temido, la legitimidad del juzgamiento de mérito basado en la verosimilitud, la prueba ilícita, la revisión de la prueba mediante los recursos especiales y extraordinarios, entre otros. En la segunda parte del libro se busca tratar con detalle todos los asuntos relacionados con las “pruebas en especie”, evidenciándose de qué modo deben ser enfrentados los problemas que surgen al aplicar las reglas del Código de Procedimiento Civil en materia probatoria.

Esta traducción abarca ambas partes.

El libro procura revestirse de una imprescindible base teórica y de una demostración clara y precisa de cómo el derecho probatorio debe ser tratado para que las partes puedan participar en el proceso para convencer al juez y, al mismo tiempo, para que la búsqueda de la “justicia material” jamás ignore o pase por alto las necesidades de la “justicia procesal”, sin la cual el proceso y las pruebas dejan de ser instrumentos de la democracia para asumir la figura de instrumentos del arbitrio y oscurantismo.

---

<sup>1</sup> Twining, William. *Rethinking evidence – Exploratory essays*. Evanston: Northwestern University Press, 1994, pp. 12 y ss.

## 2. RELACIONES ENTRE VERDAD Y PRUEBA

**SUMARIO:** 1. La verdad como un presupuesto para la prueba - 2. Presupuestos del principio de la verdad sustancial - 3. Verdad sustancial y verdad formal - 4. Verdad y verosimilitud - 5. La teoría de Habermas y la verdad - 6. Verdad y procedimiento - 7. El concepto de Michele Taruffo - 8. Verdad, pretensión de verdad y proceso

## 1. LA VERDAD COMO UN PRESUPUESTO PARA LA PRUEBA

**T**odo aquel preocupado por el tema de la prueba en el proceso reflexionará sobre la cuestión de la función de la prueba e, intuitivamente, la idea de que la prueba busca investigar la verdad de los hechos ocurridos, sobre las cuales se aplicará la regla jurídica abstracta que regirá una situación determinada.

Semejante preocupación es absolutamente normal para cualquier persona que mire la tarea de estudiar el proceso. No hay duda de que la función de los hechos (y, por lo tanto, la prueba) en el proceso es absolutamente esencial, porque incluso para su investigación ocupa gran parte de las normas que rigen el proceso de conocimiento en el Código de Procedimiento Civil. Si el conocimiento de los hechos es un presupuesto para la aplicación del derecho y para el perfecto cumplimiento de los alcances de la jurisdicción, es necesaria la correcta incidencia del derecho a los hechos ocurridos, por lo que es lógico atender con mayor énfasis al análisis fáctico en el proceso.

No es por otra razón que uno de los principios a los que se le dedica más importancia en el proceso civil es el de la verdad sustancial. En las palabras de Mittermaier, la verdad es una concordancia entre un hecho ocurrido en la realidad sensible y la idea que hacemos de ella<sup>2</sup>. Esa visión, típica de una filosofía vinculada al paradigma del ser<sup>3</sup>, aunque tenga los presupuestos ya superados por la filosofía moderna, todavía continúa guiando a los estudios de la mayoría de los procesalistas modernos. Ellos aún se preocupan en saber si los hechos reconstruidos en el proceso guardan concordancia con los acontecidos en el mundo físico, es decir, si la idea del hecho que se obtiene en el proceso guarda consonancia con el hecho ocurrido en el pasado.

De cualquier forma, el descubrimiento de la verdad siempre fue indispensable para el proceso. En realidad, es considerado como uno de sus principales objetivos. Por medio del proceso (en especial el de conocimiento), el juez descubre la verdad sobre los hechos, aplicando a ellos la norma apropiada. El llamado “juicio de subsunción” representa esa idea: tomar el hecho ocurrido en el mundo físico y dar a ella una regla abstracta e hipotética

prevista en el ordenamiento jurídico<sup>4</sup>. A propósito, Liebman, al conceptualizar el término “juzgar”, asevera que consiste en valorar determinado hecho ocurrido en el pasado, valorizar ese hecho basado en el derecho vigente, determinando, en consecuencia, la norma concreta que regirá el caso<sup>5</sup>.

Considerando que los tribunales deben aplicar el derecho a los casos concretos —aplicando, en síntesis, la idea de Kelsen, que, dado un cierto hecho debe ser una respectiva consecuencia— se torna evidente la conclusión que, para que una hipótesis prevista en la norma sea debidamente aplicada, es imprescindible una adecuada reconstrucción de los hechos<sup>6</sup>. Vale la pena recordar al genial Carnelutti, que, después de declarar que el proceso es un trabajo, asevera que “aquello que es necesario saber, antes que nada, es que el trabajo es la unión del *homo* con la *res*, siendo que esta cosa está en torno de un *homo*: que *homo iudicans* trabaje sobre un *homo iudicandus*, significa, en el fondo, que debe unirse con él; solamente a través de esa unión se conseguirá saber cómo pasarán las cosas (*come sono andate le cose*) y como deberían pasar así mismo, su historia y su valor, en una palabra, su verdad”<sup>7</sup>. He aquí la razón por la cual se tiene la verdad material (o sustancial) como el ámbito básico de la actividad jurisdiccional. Como dicen Taruffo y Micheli, aunque la verdad no constituye un fin en sí mismo, insta buscarla en cuanto condición para que se entregue calidad de justicia ofrecida por el Estado<sup>8</sup>.

De esa necesidad de saber *come sono andate le cose* sigue la importancia que se le da al proceso de conocimiento. Realmente, sería impensable el derecho procesal sin su más noble función: el proceso destinado a descubrir los hechos sobre los cuales el Estado es llamado a manifestarse. Es en este campo que el juez conoce los hechos y aplica la norma correspondiente, siguiendo un milenario brocardo *narra mihi factum, dabo tibi ius*. De ahí que el fundamento de la actividad probatoria del juez de los hechos procesales que forman el procedimiento esté legitimado por la necesidad de la búsqueda de la verdad.

## 2. PRESUPUESTOS DEL PRINCIPIO DE LA VERDAD SUSTANCIAL

La verdad, pues, siempre fue factor de legitimación para el derecho procesal. Ahora, bajo la suposición que las decisiones judiciales no son más que la aplicación objetiva del derecho positivo —en teoría, derivado de la voluntad popular, ya que emana de los representantes del pueblo— a los hechos pretéritos rigurosamente reconstruidos, se concluye que la actividad jurisdiccional atiende a los anhelos populares, ya que no habría, bajo esta

perspectiva, ninguna influencia de la voluntad del juez o de otra fuerza externa cualquiera. Delante de esas premisas, el juez mismo llega a ser concebido como algo anímico (casi una máquina), cuya función es, tan solamente, concretar el derecho abstracto a la situación específica<sup>9</sup>. El raciocinio, de nítidos aires iluministas y liberales, y cristalizado en la célebre idea de Montesquieu que el juez no es más que la *bouche de la loi* (la boca de la ley), tenía definida la función en el período de la Revolución del siglo XVIII: buscaba la protección de los intereses de la colectividad contra los abusos de la aristocracia (que dominaba el Poder Judicial y el Ejecutivo de la época)<sup>10</sup>. La idea era que, al dejar al juez ceñido a verificar los hechos ocurridos y aplicando a ellos un derecho preestablecido (fruto de la elaboración por el Poder Legislativo), la actuación jurisdiccional jamás podría ser estimada ilegítima, en la medida que el juez no sería más que un ejecutor de las directrices del Legislativo<sup>11</sup>.

Si bien es cierto que el objetivo fundamental de la jurisdicción es la justa composición de la *litis*, o la actuación de la voluntad concreta del derecho, no es menos correcto que cualquiera de estos ámbitos solo se logra por medio del descubrimiento de la verdad sobre los hechos versados en la demanda.

Ligado a la idea de la búsqueda de la verdad material, son varios los más importantes institutos del derecho procesal. El principal de ellos, sin duda, es la prueba. Solo a título ejemplificativo, obsérvese que Lent, al conceptualizar la prueba, reafirma su función de convencimiento del juez respecto de la verdad o falsedad de una afirmación<sup>12</sup>.

Otra institución de gran relevancia, que tuvo su función intrínsecamente ligada a la idea de la verdad, es la cosa juzgada. Hasta la Edad Media, partiéndose de una lección de Ulpiano (D. 1.5.25), la naturaleza jurídica de la cosa juzgada era fundada en la presunción de verdad de los hechos versados en la sentencia. La escolástica vio en verdad el objetivo básico del proceso: esa era la premisa menor del silogismo (el hecho) a ser aplicada a la premisa mayor (materia de derecho) con el fin de llegar a la conclusión (la decisión)<sup>13</sup>.

Realmente, sería difícil legitimar las decisiones judiciales si no se tuviesen como presupuestos la reconstrucción de los hechos sobre los cuales inciden. Al final, ¿cómo hacer que los ciudadanos crean en la legitimidad de estas decisiones si no declaran que la hipótesis, sobre la cual la norma incide, se configura en la realidad?

Ahí está la raíz de toda la relevancia, para la doctrina procesal, de la verdad sustancial. Esta es la función primordial del proceso: conocer (*cognoscere*); y es esta la matriz que otorga legitimidad a toda actividad jurisdiccional.

Esta influencia del descubrimiento de la verdad sustancial en el derecho procesal (que se evidencia, incluso con mayor fuerza, en el derecho procesal penal) ya era nítida en la antigua Roma. En esa época, como es sabido, el *iudex* podría abstenerse de decidir la cuestión que le era puesta, bastando declarar, bajo juramento, *sibi non liquere*<sup>14</sup>. Esto demuestra, claramente, el culto a la verdad, al punto de negarse la prestación jurisdiccional bajo el argumento que el juez no había logrado éxito en el proceso, o, en otras palabras, que los hechos no estaban suficientemente aclarados<sup>15</sup>.

Semejante papel está hoy desempeñado por las reglas de la carga de la prueba en algunos sistemas. Bajo la afirmación que aquel a quien incumba la prueba de los hechos alegados no cumple satisfactoriamente su misión, el juez puede abstenerse de juzgar el mérito de la causa. Así, por ejemplo, en la disciplina dada al tema de la tutela de los derechos colectivos, como se infiere de las disposiciones del Código Brasileiro de Defensa del Consumidor<sup>16</sup>. En esta ley, se establece un régimen del todo particular para la cosa juzgada, que está siendo adoptada en otras legislaciones, e incluso en otras áreas del derecho patrio. Esta es la llamada “cosa juzgada *secundum eventum litis*” si la demanda es desestimada por *insuficiencia de pruebas*, la cosa juzgada material no incide sobre la declaración contenida en la sentencia, por lo que la misma acción, acompañados de nuevas pruebas, puede ser nuevamente propuesta. Ahora, la intención de esa disciplina es obvia: para mitigar la incidencia de la cosa juzgada material cuando el juez rechaza la demanda por insuficiencia de pruebas (en cuyo caso, por tanto, no ha *completado* el análisis de mérito), se autoriza la aplicación de la vieja cláusula romana *non liquet*, pudiendo la parte, entonces, proponer nuevamente la misma acción. Una vez más, vemos la presencia marcada de la opción por la búsqueda de la verdad sustancial.

Lo mismo ocurre con la tendencia de la doctrina más actual que permite al juez un papel activo en la obtención de pruebas. La doctrina moderna busca ampliar los poderes del juez en la instrucción de la causa, bajo la bandera que el proceso es un instrumento público que debe buscar la verdad sobre los hechos investigados<sup>17</sup>. Cuando se autoriza que un juez determine, de oficio, la producción de las pruebas —supliendo, pues, la actividad que competiría

primariamente a las partes—, nuevamente se pretende hacer énfasis en la búsqueda de la verdad sustancial, establecida como un dogma para el derecho procesal.

Tal visión, de hecho, es aún más destacada en el derecho procesal penal, en el que la posición activa del juez en la producción de las pruebas, junto con la posibilidad de un reconocimiento de la insuficiencia de pruebas (art. 386, VII, CPP), es un tema pacífico en la doctrina y la jurisprudencia<sup>18</sup>.

### 3. VERDAD SUSTANCIAL Y VERDAD FORMAL

Desde hace algún tiempo, la doctrina procesal trató de distinguir la forma en que los procesos civiles y penales lidiaban con el tema de la verdad. Se sostuvo que el proceso penal trabajaba con la verdad sustancial, mientras que el proceso civil se satisfacía con la verdad formal. La distinción está muy bien expresada por el maestro Arruda Alvim, que enseña que la verdad formal, a diferencia de la sustancial, es aquella reflejada en el proceso, y *jurídicamente* apta para sustentar una decisión judicial<sup>19</sup>. A diferencia de la noción de verdad sustancial, aquí no hay necesidad de identificación absoluta con el concepto extraído como la esencia del objeto. El concepto de verdad formal se identifica más con una “ficción” de la verdad. Obedecidas las reglas de la carga de la prueba y transcurrida la fase introductoria de la acción, le compete al juez tener una reconstrucción histórica promovida en el proceso como completa, considerando el resultado obtenido como la verdad, incluso si sabe que este producto está lejos de representar la verdad sobre el caso en examen. De hecho, las diversas reglas existentes en el Código de Procedimiento Civil buscan disciplinar formalidades para la recopilación de las pruebas, las numerosas presunciones concebidas *a priori* por el legislador y el temor siempre presente que el objeto reconstruido en el proceso no se identifique plenamente con los acontecimientos *in concreto*, inducen a la doctrina a tratar de satisfacerse con otra “categoría de verdad”, menos exigente que la verdad sustancial<sup>20</sup>.

Se parte de la premisa que el proceso civil, por lidiar con bienes menos relevantes que el proceso penal, se puede contentar con un menor grado de seguridad, satisfaciéndose con un menor grado de certeza. Siguiendo esta tendencia, la doctrina procesal civil —todavía hoy muy en boga<sup>21</sup>— ha puesto un mayor énfasis en la observancia de ciertos requisitos legales de la evidencia probatoria (por medio del cual la comprobación de hecho era obtenida), que el contenido del material de prueba. Pasó a interesar más la forma que

representaba la verdad del hecho que el producto final que efectivamente representa la verdad. Más aún se reconocía la posibilidad de obtención de algo que representase la verdad ya que el proceso civil no estaba dispuesto a pagar el alto costo de esa obtención, bastando, por tanto, algo que fuese considerado *jurídicamente* verdadero. Era una cuestión de costo-beneficio entre la necesidad de decidir rápidamente y decidir con certeza, en la que la doctrina del proceso civil optó por la preponderancia de la primera.

Actualmente, la distinción entre verdad formal y sustancial perdió su brillo. La doctrina moderna del derecho procesal ha ido sistemáticamente rechazando esta distinción, correctamente considerando que los intereses objeto de la relación jurídica procesal penal, no tienen ninguna particularidad especial que autorice la inferencia que debe aplicarse a este método de reconstrucción de los hechos diversa de aquella adoptada por el proceso civil. Realmente, si el proceso penal lidia con la libertad del individuo, no se puede olvidar que el proceso civil labora también con los intereses fundamentales de la persona humana —como la familia<sup>22</sup> y la propia capacidad jurídica de un individuo y de los derechos metaindividuales<sup>23</sup>— y, por lo tanto, totalmente desprovista de la distinción de conocimiento entre las áreas.

Además, no se puede olvidar que la idea de la verdad formal fue duramente criticada por Chiovenda. Según él, “*jurídicamente* la voluntad de la ley es aquella que *el juez afirma ser la voluntad de la ley*. Ni esta afirmación del juez puede llamarse una *verdad formal*: frase que supone una comparación entre lo que el juez *afirma* y lo que *podía afirmar*; ya que el derecho no admite esta confrontación, y nosotros, en la búsqueda de la esencia de una institución jurídica, debemos colocarnos en el punto de vista del derecho”<sup>24</sup>. También Carnelutti ofrece semejante crítica de la figura, calificándola como una verdadera metáfora<sup>25</sup>. Realmente, hablar de la verdad formal (especialmente en oposición a la verdad sustancial), implica reconocer que la decisión judicial no se basa en la verdad, sino en una *no verdad*. Se supone que existe una verdad más perfecta (la verdad sustancial), pero, para la decisión en el proceso civil, debe el juez contentarse con aquella imperfecta, y, por lo tanto, no consistente con la verdad<sup>26</sup>.

La idea de la verdad formal es, por tanto, absolutamente inconsistente y, por esa misma razón, fue paulatinamente, perdiendo su prestigio en el seno del proceso civil (y tiende a perderlo cada vez más). La doctrina más moderna ya

no hace más referencia a este concepto, que no presenta una utilidad práctica, siendo un mero argumento retórico para sustentar una posición de inercia del juez en la reconstrucción de los hechos y de la disonancia frecuente del producto obtenido en el proceso con la realidad fáctica.

#### 4. VERDAD Y VEROSIMILITUD

El análisis ya elaborado trata de la finalidad de la prueba, y, por lo tanto, el tratamiento de la verdad ha de pasar, necesariamente, por un estudio más amplio y profundo del tema, que va más allá de los límites del derecho, lanzando miradas sobre otras ciencias<sup>27</sup>. De modo que la cuestión de la finalidad de la prueba debe orientarse por el estudio del mecanismo que regula el conocimiento humano de los hechos.

Aunque toda la teoría procesal esté, como se ha visto, sobre la base de la idea y el ideal de la verdad (como el único camino que puede conducir a la justicia, en la medida que es un presupuesto para la aplicación de la ley al caso concreto), no se puede negar que la idea es alcanzar la verdad real sobre un acontecimiento no pasa de ser una mera utopía.

La esencia de la verdad es inalcanzable. Ya lo decía Voltaire, afirmando que “les vérités historiques ne sont que des probabilités”<sup>28</sup>. Así también lo percibió Miguel Reale, al estudiar el problema, deduciendo, entonces, el concepto de *quase-verdade*, en sustitución de la verdad, que sería inútil e inalcanzable<sup>29</sup>.

De hecho, la reconstrucción de un hecho ocurrido en el pasado siempre viene influenciado por aspectos subjetivos de las personas que asistieron, y todavía del juez, que ha de valorar la evidencia concreta<sup>30</sup>. La interpretación sobre un hecho —o sobre una prueba directa derivado de ella— altera su contenido real, añadiendo un toque personal que distorsiona la realidad. Más que eso, el juez (o el historiador o, por último, el que debe tratar de reconstruir los hechos del pasado) jamás podrá excluir, terminantemente, la posibilidad que las cosas puedan haber pasado de otra forma.

Crear que el juez puede analizar, *objetivamente*, un hecho, no agregarle ninguna dosis de subjetividad es pura ingenuidad<sup>31</sup>. Este análisis, por sí mismo, ya envuelve cierta valoración de hecho, alterando su sustancia e inviabilizando el conocimiento del hecho objetivo, tal como ocurrió. Por otra parte, como bien observó Giovanni Verde<sup>32</sup>, las reglas sobre la prueba no regulan solo los medios que el juez puede servirse para “descubrir la verdad”, sino también fija los límites a la actividad probatoria, tornando inadmisibles ciertos medios de

prueba, resguardando otros intereses (como la intimidad, el silencio, etc.) o, condicionando la eficacia del medio probatorio con la adopción de ciertas formalidades (como el uso de instrumentos públicos). Teniendo en cuenta esta protección legal (de fuerte intensidad) a otros intereses, o, incluso, sumisión del mecanismo de “revelación de la verdad” a ciertos requisitos, no parece ser difícil de percibir que el compromiso que tiene el derecho con la verdad no es tan inexorable como aparenta ser.

Hay una contradicción en este aspecto, como bien demuestra Sérgio Cotta<sup>33</sup>. Querer que un juez sea justo y apto para develar la esencia “verdadera” del hecho que ocurrió en el pasado, pero reconocer que la falibilidad humana y el condicionamiento de este descubrimiento a las formas legales no lo permiten. El juez no es un ser divino, pero aun así tiene como objeto de investigación a la verdad objetiva, verdad que, como todo lo demás, es inalcanzable. Se exige, por tanto, que el juez sea un dios, capaz de develar una verdad velada por la controversia de las partes, donde cada uno entiende estar revestido con una “verdadera” verdad y, por lo tanto, con la razón.

Sin que se necesite más esfuerzo para llegar a esta conclusión, tal obra es imposible si es que se ofrece como argumento retórico para justificar la “justicia” de la decisión tomada. El juez es un ser humano como cualquier otro y está sujeto a las valoraciones subjetivas de la realidad que le rodea. La mítica figura del juez, como alguien capaz de descubrir la verdad sobre las cosas y, por eso mismo, apto a hacer justicia, debe ser desenmascarada. Este fundamento retórico no puede tener más el papel destacado que ocupa hoy en día. El juez no es —más que cualquier otro— capaz de reconstruir los hechos que ocurrieron en el pasado: lo máximo que podrá exigirse es que la valoración que ha de hacer de las pruebas llevadas a los autos sobre un hecho a ser investigado, no sean divergentes de la opinión común que se haría de las mismas pruebas.

De toda suerte, la idea que el conocimiento se alcanza a partir del descubrimiento de la realidad ha sido completamente superada en la filosofía. El llamado paradigma de objetos —típico de la antigüedad— parte de la premisa que los objetos, todos, tienen su esencia, que es revelada a un sujeto cognoscente a partir de la relación emprendida en el conocimiento (el sujeto cognoscente no hace más que descubrir esa esencia, existente en el objeto)<sup>34</sup>. A propósito, vale recordar las palabras de Ludwig, que, sobre el tema, diserta: “De hecho, Parménides establece el comienzo de la filosofía como ontología: ‘el

ser es, el no-ser no es'. El ser es considerado como el fundamento de los entes. El fundamento del mundo. Lo que no es, no lo es. No es nada. El ser no es pensado, comprendido como un fundamento distante y aislado del mundo. Al contrario, un ser con fundamento significa que el mundo, los entes, las cosas (tà ónta), los útiles (tà prágmata) son vistos, como iluminados por él. El ser y el mundo coinciden”<sup>35</sup>.

Como se puede observar en la historia, esta perspectiva prevaleció en la filosofía absoluta hasta mediados del siglo XVIII. Desde entonces, el nuevo paradigma estuvo bajo la influencia de las nuevas ideas racionalistas e ilustrados emergentes, denominado *paradigma del sujeto*. A partir de entonces, la relevación se estableció en el sujeto cognoscente, y no el objeto de conocimiento. Pienso, luego existo<sup>36</sup>, dijo Descartes, sintetizando magníficamente el espíritu de este modelo. Los objetos solo existen porque el sujeto puede conocerlos. Desplaza, por lo tanto, el núcleo de interés del objeto al sujeto.

Específicamente en relación con el tema de la “verdad”, la falibilidad del paradigma de objetos se pone al desnudo por completo. El concepto de verdad, por ser algo absoluto, solo se puede lograr cuando se tiene por cierto que determinada cosa pasó de tal manera, con exclusión de cualquier otra posibilidad. Y, como es obvio, esta posibilidad va más allá de los límites humanos. Así lo señaló Carnelutti, cuando subrayó que “exactamente porque la cosa es una parte del *ser y no ser*, se puede comparar con una moneda en cuyo anverso está inscrito su ser y en el verso el no ser. Pero para conocer la verdad de la cosa, o, digamos, apenas una parte, es necesario conocer tanto el anverso como el reverso: una rosa es una rosa, enseñaba Francesco, porque no es alguna otra flor, esto significa que, para conocer realmente una rosa, es decir, para llegar a la verdad, se impone no solo el conocimiento de aquello de lo que ella es, sino también lo que ella no lo es. Por eso la verdad de una cosa no aparecerá hasta que no podamos conocer todas las otras cosas, por lo que no puede conseguirse más que un conocimiento parcial (...). En suma, la verdad está en el *todo*, no en la *parte*, y el todo es demasiado para nosotros (...). Así que mi camino, iniciado con atribuir al proceso la búsqueda de la verdad, condujo a la sustitución de la *verdad por la certeza*”<sup>37</sup>.

De hecho, es irrefutable el argumento traído por Carnelutti. A pesar de que las pruebas no tienen la aptitud para conducir con seguridad a la verdad sobre el hecho ocurrido —solo muestran elementos de cómo, *probablemente*, un hecho ocurrió— son un indicativo, pero no llevan necesariamente a la caracterización absoluta de un hecho, tal como efectivamente ocurrió (o, al menos, no se puede decir que existe seguridad absoluta sobre esa conclusión)<sup>38</sup>. Como dice Wach, “aller Beweis ist richtig verstanden nur Wahrscheinlichkeitsbeweis” (todas las pruebas, en verdad, no son más que pruebas de verosimilitud)<sup>39</sup>. Y, específicamente sobre la prueba más difundida en nuestros días (la prueba testimonial), recuerda Voltaire que: “El que escuchó decir una cosa de doce mil testigos oculares no tienen más que doce mil probabilidades, iguales a una fuerte probabilidad, la cual no es igual a la certeza”<sup>40</sup>.

Por tanto, es imposible llegar a la verdad sobre cierto evento histórico. Se puede tener una elevada probabilidad de cómo sucedió, pero nunca una certeza de obtener la verdad. Y eso se torna aún más evidente en el proceso. Aquí se está frente a una controversia. Los litigantes, ambos, creen que tienen razón, y sus versiones sobre la realidad de los hechos son, normalmente, diametralmente antagónicas<sup>41</sup>. Su contribución a la investigación de los hechos es parcial y tendenciosa. El juez debe, por lo tanto, optar por una de las versiones de los hechos presentados, que no siempre es fácil (lo que es peor) demuestra la fragilidad de la operación de búsqueda de la verdad realizada. Las pruebas no son, generalmente, concordantes. Incluso la confesión es un argumento peligroso, ya que puede representar, como de hecho no es raro, una perturbación psíquica de su autor, o simplemente un intento de encubrir la realidad de los hechos.

Como dice Calamandrei<sup>42</sup>, incluso para el juez más escrupuloso y cuidadoso vale el fatal límite de la relatividad que es propio de la naturaleza humana: aquello que se ve es apenas aquello que aparece ser visto. No es la verdad, pero es verosimilitud, es decir, la apariencia (que puede ser una ilusión) de la verdad. El mismo procesalista añade, a propósito del real concepto de verdad que cuando se afirma que un hecho es verdadero, apenas se dice que la consciencia de quien emite el juicio alcanza el grado máximo de verosimilitud que, en virtud de los limitados medios del conocimiento a disposición del sujeto basta para darle certeza *subjetiva* que el hecho ocurrió<sup>43</sup>.

Para alcanzar el concepto de verosimilitud, Calamandrei se vale de la idea de la máxima de la experiencia. Partiendo de ese concepto, establece la noción que la “verosimilitud” es una idea que se alcanza a partir de aquello que normalmente acontece<sup>44</sup>. Es esa ilación lógica de lo usual es lo que permite al sujeto reconocer como verosímil algo que, de acuerdo con los criterios adoptados por el hombre medio, se presta para adquirir certeza sobre un hecho determinado. Por lo tanto, “para juzgar si un hecho es verosímil o inverosímil, debemos acudir, sin necesidad de una investigación histórica sobre su concreta verdad, a un criterio de orden general ya adquirido previamente mediante la observación de *quod plerumque accidit*: ya que la experiencia nos enseña que los hechos de aquella específica categoría ocurren normalmente en circunstancias similares a aquellas que se encuentran en el caso concreto, se asume de esta experiencia que también el hecho en cuestión se presenta con una apariencia de ser verdadero; y viceversa, se concluye que algo es inverosímil cuando, pudiendo ser verdadero, parece sin embargo estar en contraste con el criterio sugerido por la normalidad”<sup>45</sup>. Como es evidente —y como también es recordado por el procesalista Florentino—, esa verosimilitud dependerá de criterios nítidamente *subjetivos* y variables, de acuerdo con el sujeto cognoscente. Así lo demuestra la circunstancia que, cada día, hechos que antes eran considerados como falsos pasan a asumir —en función de la evolución de las ciencias— aires de posible o incluso de verosímiles<sup>46</sup>.

Por eso mismo, dice Sérgio Cotta que la verdad integral queda siempre latente, lo que demuestra la fragilidad de la función jurisdiccional. La decisión no revela la verdad de los hechos, pero impone, como verdad, ciertos datos que la decisión toma por presupuesto (llamándolos verdad, aunque consciente que esos datos no necesariamente coinciden con la verdad en esencia)<sup>47</sup>.

Según el mismo autor, hay tres razones de la verdad obtenida en el proceso que no puede reflejar la verdad sustancial<sup>48</sup>. La primera de ellas trata de la enajenación de la consciencia del juez de la verdad temporal sintética del evento. La segunda es la soledad del magistrado en el establecimiento definitivo de la verdad. Y, por último, la impotencia final del juez en restablecer la “continuidad de las personas”. Realmente, el juzgador no estuvo presente en la realización de los hechos; el análisis de lo sucedido, por tanto, ha de pasar tanto de la subjetividad de los testigos que presenciaron el evento cuanto por el juez, distorsionándose con eso doblemente los hechos. Aparte de eso, solo el

magistrado tiene el poder de decir la “verdad”, presupuesto para la aplicación del derecho al caso, la colaboración que recibe de las partes y, como ya se señaló, tendenciosa y divergente (pero, aun así, el juez está obligado a entregar solo una verdad sobre lo ocurrido). Y, para finalizar, la verdad, por sí misma, es algo imposible de lograr.

Con todo, aun con todos estos elementos obvios, el juez se ve obligado a decidir y establecer una verdad. Por ende, el mito de la verdad sustancial solo ha servido para perturbar el proceso, que se extiende en el nombre de una reconstrucción precisa de los hechos, lo cual es visto como imposible. Por más laborioso que haya sido el trabajo y el empeño del magistrado en el proceso, el resultado nunca será más que un juicio de verosimilitud<sup>49</sup>, que jamás se confunde con la esencia de la verdad sobre el hecho (si es que podemos afirmar que existe *una* verdad sobre un hecho del pasado).

Entretanto, la doctrina dominante insiste en llamar al resultado obtenido en la reconstrucción fáctica del proceso de “verdad”, ya que solo el hecho pretérito efectivamente ocurrido podría generar la consecuencia prevista en el ordenamiento jurídico. Ahora bien, en el caso de admitirse que el juez puede aplicar la sanción de norma a un caso en que hay duda respecto de tener o no un hecho ocurrido de la manera descrita por el antecedente de la norma, *caería por tierra toda la teoría de la norma, ya que, aunque que no se verifique el antecedente (o, al menos, no se tenga certeza de lo que sucedió), incidió en el consecuente. El resultado, como suele ser evidente, sería catastrófico, ya que no se podría legitimar una decisión judicial en el ordenamiento jurídico (o en la división de poderes), sino solo en la fuerza del Estado.*

Es cierto que, cuando se altera la columna de sustentación de la teoría de la legitimidad de la decisión judicial, excluyendo de su seno la idea que el juez solo decide sobre la base de la verdad, se hace necesario encontrar esa justificación en otro campo. De toda suerte, permanecer adorando la ilusión que la decisión judicial se basa en la verdad de los hechos, *genera una falsa impresión que el juez se limita, en el juicio, a un simple silogismo, a un juicio de subsunción del hecho a la norma*, es algo que ya no tiene el menor respaldo, siendo un mito que debe ser impugnado. Este mito, de cualquier forma, ya se está desmoronando, y no el mantenimiento del espejismo de la verdad sustancial que conseguirá impedir el naufragio de estas ideas.

Por lo tanto, deben excluirse del campo de alcance de la actividad judicial la posibilidad de la verdad sustancial. Jamás el juez podrá llegar a este ideal, al menos teniendo la certeza de que se alcanzó. Lo máximo que permite su actividad es lograr un resultado que se asemeja a la verdad, un concepto aproximado, basado más en la convicción del juez de que este es el punto más próximo a la verdad que se puede lograr que, propiamente, en algún criterio objetivo.

Sin embargo, el concepto de verosimilitud, aunque es operacional, parece insuficiente para apoyar a todas las reflexiones respecto del derecho probatorio. Como se ve, la verosimilitud se presenta como una verdad aproximada, posible, factible y fundada en lo que realmente sucede (una apariencia de verdad)<sup>50</sup>. no obstante, aquello que sucede como “ordinario” no siempre puede ser considerado como el máximo grado de cognición posible frente a determinada situación. Aunque la verosimilitud corresponda a la idea de normalidad de una situación, es cierto que no siempre ese juicio de regularidad (*quod plerumque accidit*) puede ser confundido con el máximo de aproximación de un concepto ideal de verdad que la situación permite<sup>51</sup>.

Por tal motivo podría sobreponerse al concepto de verosimilitud el de verdad factible o de verdad conjetural. Este sería —sin pretensión de definitividad o de vinculación al paradigma objetivo— el grado máximo de aproximación que se consigue u obtiene frente a una situación concreta. Continúa siendo un juicio de aproximación, pero más correspondiente a la amplia posibilidad posible. Mientras que la verosimilitud representaría la aproximación del concepto de verdad, la “verdad factible” sería la más próxima representación de la verdad que se consigue obtener dentro de ciertas circunstancias.

En este punto es necesario distanciar esos dos conceptos de otros que también traducen cierto grado de indeterminabilidad y de los juzgamientos cognitivos, muchas veces confundidos con los anteriormente expuestos. De hecho, la indeterminación de los conceptos empleados no puede redundar en la inoperancia de su diferenciación, y ello porque traducen realidades diversas y pretensiones distantes.

Excluido el concepto de la verdad material (concepto absoluto), todos los demás conceptos que de él derivan son meramente aproximativos y relativos —ya que importan una relación entre el concepto absoluto (verdad sustancial) y el otro que pretende definir—<sup>52</sup>.

Se podría decir que la verosimilitud implica una relación de orden aproximativo —al lado de la idea de la posibilidad y la probabilidad— con el concepto ideal de la verdad, como hace Calamandrei<sup>53</sup>. Sin embargo, la línea distintiva entre todos estos conceptos permanece imprecisa y tenue, especialmente porque no se pueden comparar dos conceptos relativos que apuntan al mismo concepto absoluto —cada juez puede valorar, de forma diversa, la distancia entre cada uno de estos conceptos y de esas ideas—.

Es preciso, entonces, encontrar alguna referencia para la estipulación de las diferencias entre estos conceptos, que pueden ser medidos objetivamente por el magistrado en el curso del proceso. De este modo, entra en escena la necesidad de recurrir a nuevos paradigmas de la ciencia del conocimiento, que pueda auxiliar en esa definición de parámetros.

## 5. LA TEORÍA DE HABERMAS Y LA VERDAD

Como demostramos, la verdad sustancial es un mito que ya debería haber sido extirpado de la teoría jurídica. Todas las demás ciencias ya se dieron cuenta que no hay una verdad inherente a un hecho. Este concepto (de la verdad sustancial), por lo tanto, se mostró inútil para dirigir los rumbos del proceso de conocimiento o, incluso, de la teoría de la prueba. Insta, entonces, buscar un nuevo objetivo, capaz de adecuarse a las necesidades de la ciencia (incluyendo el proceso) y las posibilidades del conocimiento humano. La filosofía moderna, bajo la batuta de Jürgen Habermas, comprende que la verdad de un hecho es un concepto dialéctico, basado en los argumentos desenvueltos de los sujetos que conocen. *La “verdad” no se descubre, sino que se construye a través de la argumentación.*

Ciertamente este no es el lugar adecuado para tratar la cuestión en profundidad. Sin embargo, por la relevancia de las ideas para comprender los conceptos que se pretenden alcanzar, parece importante intentar un breve resumen, y hasta superficial, de la teoría de este filósofo, con el fin de otorgar al lector el entendimiento mínimo necesario para una perfecta comprensión de las conclusiones que se elaborarán. Las ideas de este autor constituyen un intento de superación dialéctica de los demás paradigmas, buscando centrar el punto de apoyo del estudio ya no en el objeto o en el sujeto, sino en el discurso. La razón ya no está en el mundo (el paradigma de ser), o en el sujeto individual (el paradigma del sujeto), sino en aquello que los sujetos producen a partir de ciertos elementos comunes (el lenguaje).