

LA PRUEBA JUDICIAL: UNA APROXIMACIÓN REALISTA

JEISSON ROMERO INFANTE
UNIVERSIDAD CATÓLICA DE COLOMBIA

Resumen

El problema del potencial de verdad de las afirmaciones jurídicas y de sus consecuencias tiene como sustrato primero y primordial los problemas de la filosofía del derecho: su objeto de estudio. Se explora aquí, desde la perspectiva del realismo jurídico clásico, la sustantividad de la prueba judicial como mecanismo decisivo frente a las distintas posiciones respecto a las “pretensiones de verdad” en el derecho y los distintos modelos de verdad. Por ello, la decisión jurídica pasa por una interpretación ontológica y definitiva de lo “justo”, lo debido, en relación con la prueba judicial, por medio del ejercicio de la ciencia práctica del “derecho” por parte del jurista.

Palabras clave: justicia, jurista, prueba judicial, realismo jurídico, pretensión de verdad.

Autor: Magister en Derecho con énfasis en Derecho Procesal y Probatorio. Docente de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia. jromero@ucatolica.edu.co

Recibido: 2 de mayo de 2017; **evaluado:** 16 de mayo de 2017 ; **aceptado:** 30 de mayo de 2017.

LEGAL EVIDENCE: A REALISTIC APPROACH

JEISSON ROMERO INFANTE
UNIVERSIDAD CATÓLICA DE COLOMBIA

Abstract

The issue of the veracity of legal claims and its consequences is based, first and foremost, on the study of legal philosophy. This article explores the substantivity of judicial evidence from the perspective of classical legal realism, as a key mechanism against claims of truth and the different models of truth from different positions. Judicial decisions go through ontological and definitive interpretations of what is fair and right, in relation to judicial evidence, through the exercise of legal science by the jurist.

Keywords: justice, lawyer, legal evidence, legal realism, claim of truth.

About the author: MA in Law with emphasis in Procedural Law and Law of Evidence. Professor at the School of Law of Universidad Católica de Colombia. jromero@ucatolica.edu.co

Received: May 2, 2017; **evaluated:** May 16, 2017; **accepted:** May 30, 2017.

Introducción

La necesidad de una fundamentación metafísica de la prueba judicial puede entenderse, a lo sumo, en dos sentidos; primero, en *sentido lato*, como el conjunto de razones que justifican la prueba como un “instituto” necesario a todo Estado democrático de derecho; y, segundo, en *sentido estricto*, como elemento de medianidad en la adjudicación judicial referida a alguna de las teorías sobre la “pretensión de verdad” en el derecho. Desde una perspectiva diferente, aunque paralela, Horta y Corredor sugieren que “interrogar [por] 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”¹.

Naturalmente, podría objetarse que la búsqueda de la *metaphysis* (en el sentido etimológico de un “más allá de la física”) de la prueba judicial como “instituto” no podría referirse a una forma política de organización social que es histórica y, por tanto, relativa a un periodo específico: la denominada “modernidad”; por cuanto es de la *prota philosophia* responder a las realidades universales y causas últimas que permanecen siempre y de manera necesaria. Sin embargo, como es inherente al Estado de derecho moderno, a diferencia de otras formas de organización jurídico-política históricamente existentes, para dar cuenta de sí —de su naturaleza y fin— que por medio del derecho² resulta adecuado mostrar las causas últimas que desde el *ius* permean la prueba judicial como “instituto”. Sin que ello quiera decir, no obstante, que dichas causas últimas solo hagan parte de este tipo de organización político-social, pues Serrano recuerda “[...] el realismo metafísico del *ens* y el gnoseológico del *verum*, [en que se mueve este artículo] nos lleva por caminos firmes al realismo moral del *bonum*. Porque el orden ontológico del *ser* en cuanto conocido por la razón como el orden que *debe ser*, se convierte en orden moral que ha de realizarse por la voluntad libre del hombre”³.

Ahora bien, si el derecho demanda un fundamento distinto a la ley, ello supone que el juicio, en cuanto otro de los institutos fundamentales del derecho, precisa de idéntica necesidad, pues, como indica Carnelutti: “sin el juicio, la ley ni podría

¹ Edwin Horta y Ariel Corredor, “La razón última de la prueba judicial. Una aproximación filosófica”. *Revista Novum Jus* 4, n.º 1 (2010): 153.

² Max. Weber, *Economía y sociedad* (México: Fondo de Cultura Económica, 1987), 699. F. Carnelutti, *Cómo nace el derecho*, reimpresión de la 4ª ed. (Bogotá: Temis, 2008), 67.

³ Emilio Serrano Villafañe, *Fundamentación metafísica del derecho en el realismo filosófico* (Pamplona: EUNSA, 1982), 64.

surgir ni podría surgir a los fines del derecho”⁴. Como, en lugar del *judicare*, la doctrina prefiere hablar de *proceso*, y este tiene dos fases —una de *cognición* y otra de *ejecución*—, debe haber una justificación también trascendente de estos dos momentos, aunque por el momento solo se hablará del primero, ya que en este la prueba judicial, en *sentido estricto*, constituye un elemento de medianidad para la adjudicación judicial, ligada con alguna de las teorías de la “pretensión de verdad”.

En este contexto, el Estado democrático de derecho se encuentra hoy frente al problema sobre la importancia de la verdad en el lugar del *judicare*. ¿Descansa el Estado de derecho, aunque sea en términos ideales, en el valor de la verdad, del mismo modo como se afirma que por sus fundamentos está obligado a la justicia y al bienestar común? ¿O el derecho tiene que conformarse con la búsqueda de la verdad? ¿Hay, en el mejor de los casos, verdades contingentes? Y de ser así, ¿el derecho debe renunciar a cualquier pretensión de verdad y aceptar simplemente que el concepto de prueba está fuera del derecho?

Prima facie, esa gran cantidad de problemas, en el mejor de los casos, solo podrán ser mencionados, por cuanto a ellos subyace una problemática en el mundo del derecho que se puede sintetizar en la siguiente pregunta: ¿la prueba judicial tiene algún fundamento distinto al de ser medio para convencer a otros (jueces, funcionarios, etc.) sobre los hechos que interesan a un proceso jurídico? En otras palabras, ¿la prueba judicial es una noción técnica —de método— que no tiene como fin la obtención de la verdad, sino el aseguramiento del propio derecho?

Resolver los interrogantes anteriores, que en últimas se reducen a saber si existe un fundamento metafísico para la prueba judicial, implica ubicarse en una perspectiva particular de análisis: aquí se propone la perspectiva del *realismo jurídico clásico*; esto es, la de la escuela de pensamiento que —desde Aristóteles y Santo Tomás de Aquino— sostiene que las cosas son independientes del pensar y, por tanto, “el derecho es un algo real, un ente susceptible de ser conocido a través de sus causas”⁵, las cuales, en últimas, remiten a realidades ontológicas naturales.

⁴ Francesco Carnelutti, *Cómo nace el derecho* (Bogotá: Temis, 2008), 62.

⁵ Ilva Myriam Hoyos, “Las causas del derecho. Estudio desde una consideración realista”, *Revista Dikaion* 2, (1988): 22.

Algunos autores que asumen el enfoque del *realismo jurídico clásico* con denominaciones análogas son Massini⁶, Fernández⁷ y Castaño⁸. Todos concuerdan en que, como indica Massini: “la doctrina clásica del derecho natural no sólo presupone una gnoseología, sino también una metafísica, una determinada visión de la realidad en sus fundamentos primeros”⁹.

En el texto se desarrolla la propuesta de solución al interrogante presentado arriba, en dos momentos. En un primer momento se describe el sustrato realista del derecho. Desde allí se propone avanzar a la “prueba judicial” en *sentido lato*, desde una perspectiva dialéctica de *qué se entiende* y *qué se debería entender*; y después, con actitud crítica, a los elementos que justifican la prueba como un “instituto”. En un segundo momento se muestran algunos de los modelos de verdad en su relación con la prueba judicial en *sentido estricto*; y, de ahí, se plantean algunas sugerencias para considerar un modelo de adjudicación conveniente al sustrato metafísico del derecho.

1. El sustrato del derecho en el realismo jurídico clásico

Para el realismo jurídico clásico —o metafísico— “el derecho o *ius* es ante todo la cosa justa [...] Siendo la justicia la virtud de dar a cada cual lo suyo [Porque], en efecto, la cosa debida (no la facultad de exigir, ni la ley) es lo que constituye el derecho (*ius*) de cada cual”¹⁰. Por tanto, el derecho es objeto del acto de justicia y no al revés. Mas, para que exista tal acto, deben existir cosas y estas deben estar repartidas, deben tener un titular. Como claramente señala Hervada:

Dos son, pues, los supuestos de la justicia y el derecho. En primer lugar, el reparto de las cosas, las cosas están repartidas; en segundo lugar, las cosas están o pueden estar bajo el poder de otro [...] Allí donde no hay lo mío, lo tuyo, lo suyo, la justicia no tiene lugar. Si se trata de dar lo suyo a cada uno, tiene que existir lo suyo (lo mío, lo tuyo); las cosas han de estar repartidas, distribuidas, asignadas a distintos sujetos. Y si se trata de dar las cosas de aquel

⁶ Carlos Massini, *Filosofía del derecho, tomo 1: El derecho, los derechos humanos y el derecho natural*, 2ª ed. (Mendoza: Lexis Nexis, 1984).

⁷ Lorenzo Fernández, *Temas de filosofía del derecho* (Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2007).

⁸ Alejandro Castaño, *Introducción a la razón práctica del derecho. Una perspectiva del iusnaturalismo renovado*. (Bogotá: Universidad Sergio Arboleda, 2013).

⁹ Carlos Massini, *Sobre realismo jurídico. El concepto de derecho, su fundamento y su concreción judicial* (Buenos Aires: Lexis Nexis-Abeledo Perrot, 1995), 38.

¹⁰ Miguel Sancho Izquierdo y Javier Hervada, *Compendio de derecho natural* (Pamplona: EUNSA, 1980), 209.

a quien pertenecen, es evidente que las cosas están bajo el poder de otro, el cual, por ser justo da —devuelve, restituye, etc.— la cosa a aquel a quien pertenece. Para que opere la justicia, las cosas han de estar o han de poder estar bajo la esfera de poder de otro, esto es, de un sujeto distinto de aquel de quien es la cosa.¹¹

Aquellos que deciden sobre el *ius*; esto es, *de lo suyo de cada cual*, son los precisamente llamados juristas (*iuris prudentes*), pues el objeto de su arte es este¹²; de suerte que decir o determinar el *ius*, es decir, determinar lo justo, es el arte del jurista. Ni la justicia ni el jurista, entonces, atribuyen cosas; solo las devuelve, las restituye, etc., pues el acto primero es el que crea derecho, provee la titularidad, mientras que la justicia sigue tal hecho y, por eso, es un acto segundo. “¿Luego el derecho no es la ley ni el derecho subjetivo? En efecto, el *ius* o derecho es la cosa de cada uno. Se trata del realismo (de *res*, cosa) jurídico clásico”¹³.

Así las cosas, el derecho no es una abstracción, es una realidad, una *cosa iusta*, debida y exigida, que, para existir, requiere necesariamente cosas y personas:

“Las cosas por algún título son atribuidas a las personas, las personas son titulares de las cosas justas. Desde esta consideración se deduce que el derecho tiene dos dimensiones complementarias: la objetiva y la subjetiva. Objetivamente es la cosa que se debe a otra según una relación de igualdad. Subjetivamente es la facultad moral que le corresponde al titular de exigir ese mismo derecho”.¹⁴

La titularidad puede venir dada por un contrato, una convención, un acto de gobierno o del derecho natural. Y corresponde al jurista, por ello, mediante decisiones judiciales —la adjudicación judicial—, reconocer la atribución justa de las cosas para devolverlas; esto es, realizar el acto de justicia¹⁵.

No existe, por ende, una separación conceptual de derecho y moral, pues, en el realismo jurídico clásico, le corresponde al jurista señalar los *contenidos específicos* para una concepción de justicia en cada caso. No obstante: “es preciso advertir desde el principio que la justicia no es la virtud específica del jurista. Su virtud

¹¹ Javier Hervada, “Apuntes para una exposición del realismo jurídico clásico”, *Revista Dikaion* 2 (1988), 285.

¹² Gregorio Rojas González, *De la justicia a los derechos fundamentales; una lectura desde el realismo jurídico clásico* (Bogotá: Universidad Católica de Colombia-Temis, 2013), 9.

¹³ Javier Hervada, “Apuntes para una exposición del realismo jurídico”, 284.

¹⁴ Ilva Myriam Hoyos, “Las causas del derecho”, 45.

¹⁵ Javier Hervada, *Introducción crítica al derecho natural* (Bogotá: Temis, 2000), 204

específica es la prudencia, porque lo propio del jurista es un saber [...] El jurista no es el hombre justo, sino el que guía al hombre justo”¹⁶. De modo que el operar del jurista se da en relación con cosas —corpóreas o incorpóreas— que están en poder de otro distinto a su titular. Así, “lo suyo” de cada cual, su derecho, no puede ser resultado de una atribución arbitraria, porque, de ese modo, no tendría sentido alguno determinar la justicia respecto a algo debido. El débito constituye la esencia de lo jurídico, porque, como sugiere Hervada:

[...] la fórmula de la justicia está elaborada desde la perspectiva del que convencionalmente llamamos deudor, desde la perspectiva del hombre justo, que es quien tiene que dar al titular —convencionalmente, el acreedor— lo suyo. ¿Cómo aparece lo suyo, lo del titular, ante los ojos del deudor, del hombre potencialmente justo? Aparece como lo debido. Lo suyo del acreedor, que está en poder del deudor, es justamente la deuda del deudor, lo debido al titular por quien se encuentra en la posición de ser hombre justo. Lo suyo es *ius*, porque es debido, deuda en sentido propio y estricto. La cosa, al estar en poder de otro, es debida a su titular. También ante éste la cosa aparece como debida, la índole de deuda, es la característica primaria del *ius* —lo que hace que la cosa sea *ius*— desde la perspectiva de la justicia y por ende desde la perspectiva del jurista [...] La relación jurídica —la relación de justicia— es primariamente una relación de deuda, y el derecho o *ius* se constituye como tal —la cosa es *ius* o derecho— por su índole de debida. Luego si es debida, al tratarse de deuda en sentido propio y estricto, resulta ser exigible por el titular; el derecho o *ius* es exigible, lo que implica la facultad de exigir: es el llamado derecho subjetivo. La titularidad de un derecho o *ius*, primariamente consiste en la posición de serle debida la cosa, consecuencialmente comporta el derecho subjetivo o facultad de exigir. ¿Luego existe el derecho subjetivo? Naturalmente que existe, pero no es el derecho en sentido primario; es una consecuencia del *ius*, que recibe el nombre de derecho por analogía de atribución.¹⁷

La primacía de lo debido propio del *ius* tiene una importante consecuencia: la justicia —del hombre justo— no espera la exigencia, da las cosas cuando debe darlas, sin aguardar a que el titular del derecho tenga que ejercer su facultad de exigir las (ejercer su derecho subjetivo), pues: “indagar por la causa jurídica es lo mismo que indagar por la justa causa, pues lo jurídico y lo justo son, en sentido

¹⁶ Javier Hervada, “Apuntes para una exposición del realismo jurídico clásico”, 283.

¹⁷ Javier Hervada, “Apuntes para una exposición del realismo jurídico clásico”, 288-289.

propio y estricto, una misma cosa¹⁸. De tal suerte que no puede pedírsele a la justicia atribuir jurídicamente derecho alguno; el derecho preexiste, solo que este se determina por el *título* y la *medida*. Mejor dicho, por aquello en cuya virtud una cosa está atribuida a un sujeto determinado, su titular; por la ley, el contrato, un hecho jurídico o el derecho natural. Así, se advierte con Hervada:

No hay que confundir el título con el fundamento del derecho, pues son dos cosas distintas. El fundamento es aquello en cuya virtud un sujeto puede ser sujeto de derecho o de determinados derechos. El fundamento habilita para ser titular de un derecho pero no lo otorga; en cambio el título otorga el derecho. Todo derecho se funda en último extremo en la condición de persona del hombre; pero puede haber un fundamento más próximo [...] Cuando se posee el fundamento no se posee por eso el derecho, si falta título. Esta distinción es especialmente importante en aquellos derechos que se fundan de manera próxima en la naturaleza humana, porque fácilmente se puede confundir el título con el fundamento. A veces la naturaleza es título y fundamento simultáneamente; otras veces es sólo fundamento.¹⁹

La titularidad, no obstante, no aparece de una forma cualquiera, pues requiere *medida*; esto es, la delimitación de la cosa: su cantidad, cualidad, naturaleza, etc.; el modo como la cosa es del titular (propietario, arrendatario, usuario, administrador, delegado, etc.); las facultades jurídicas que competen al titular, y los presupuestos y requisitos de uso del derecho, etc.²⁰. Corresponde, por ende, al jurista —y en eso consiste su función— determinar el título y la medida del derecho, decir lo justo tras un juicio, en el sentido del *judicare*, *pronunciado según la recta razón de la prudencia*. Ya que, como sugería Tomás de Aquino: “El juicio no es otra cosa que cierta definición o determinación de lo que es justo, más una cosa se hace justa de dos modos: bien por su misma naturaleza, lo que se llama derecho natural, o bien por cierta convención de los hombres, lo cual se denomina derecho positivo”²¹.

De lo anterior se colige que, de acuerdo con la postura realista,

[...] el derecho referido a cosas con *título* y *medida* constituye la esencia de lo jurídico en cuanto *cosa debida*. Pero, como el origen del *título* y la *medida* del

¹⁸ Ilva Myriam Hoyos, “Las causas del derecho”, 24.

¹⁹ Javier Hervada, *Introducción crítica al derecho natural*, 35.

²⁰ *Ibid.*, 36.

²¹ Tomás de Aquino, *Suma teológica* (México: Porrúa, 1996), 60.

derecho puede ser natural, según la misma naturaleza de las cosas, o *positivo*, producto de criterios fijados por la voluntad humana, se advierte que [l]a ley no es el derecho, pero es *derecho*, forma parte del conjunto de elementos que integran el fenómeno jurídico. ¿Por qué la ley es un componente del fenómeno jurídico? Naturalmente, porque tiene relación con el derecho, con lo justo o cosa justa. ¿Cuál es esa relación? La ley —escrita o no— es *causa y medida* del derecho. Es causa, porque reparte cosas y las atribuye, y con ello crea derechos; es un medio por el cual ciertas cosas se atribuyen a ciertos sujetos. Las leyes reparten y atribuyen con títulos de atribución, que tienen el carácter de deuda y exigibilidad: crea derechos [...]. Además marcan una pauta de conducta, cuyo seguimiento es de justicia; esa conducta justa es el llamado justo legal y, por crearlo la ley, ésta es también causa de lo justo. La ley es muchas veces medida del derecho, medida de lo justo. Así la ley regula los derechos y el modo de usarlos [...] en una palabra, la ley es regla o norma del derecho.²²

La ley no es la única regla o norma del derecho. Causa y medida del derecho lo es además la naturaleza y lo puede ser el contrato o, en general, el pacto de las personas. También es regla del derecho la norma dimanante de la naturaleza humana y la que procede del pacto de las personas. Siempre que constituya deudas o deberes de justicia y, por tanto, norma jurídica²³.

En este contexto, la idea del derecho natural, esto es, de *cosas justas* propias del hombre, sugieren el hecho evidente de que el hombre es *persona*; aunque todo derecho positivo, también, se refiere a dicha realidad jurídica natural, porque “la capacidad para ser titular de derechos positivos no es una mera potencia (capacidad), sino la titularidad misma de los derechos naturales. Esto no debe extrañar, ya que todo derecho positivo se edifica sobre algún derecho natural”²⁴, sin que ello implique, como se ha dicho, que la existencia de derechos por título natural requiera sanción legal.

Así pues, la *persona* es fundamento de la juridicidad, *rationalis naturae individua substantia*; es decir, en cuanto realidad ontológica que es, tanto corporal como espiritual; como unidad sustancial que en su integridad es un ser eminente y excelente, esto es, digno. No hay pues un paso del ser al deber ser, según la conocida tesis de la falacia naturalista expuesta por Hume; ya que, sugiere Castaño: “[...] no se trata

²² Javier Hervada, *Introducción crítica al derecho natural*, 35.

²³ Javier Hervada, “Apuntes para una exposición del realismo jurídico clásico”, 294.

²⁴ Javier Hervada, *¿Qué es el derecho? La moderna respuesta del realismo jurídico* (Bogotá: Temis, 2005), 53.

de un ‘paso’ sino de la peculiar naturaleza que adopta la perfección —el bien— en un ente dotado de razón y libertad [...] que ‘debe’ realizar una serie de acciones para actualizar su naturaleza que, como a todos los entes que son participación, le viene dada de forma incompleta, en potencia de una perfección acorde con su modo específico de ‘ser’”.²⁵

Por eso, para ser sujeto de derecho, poseer la titularidad de algo, se supone un ser dueño de sí, titular de derechos naturales; de otra forma, la concesión de derechos por la ley positiva caería en el vacío: “La persona es dueña de sí, no por atribución de los hombres sino ontológicamente [...] la capacidad ontológica para recibir el derecho positivo consiste en poseer de modo actual el dominio ontológico”²⁶.

La naturaleza humana, en cuanto esencia operativa del hombre, es, entonces, el fundamento de todo derecho, natural o positivo, su causa última y definitiva. Renunciar a su reconocimiento sería renunciar a la inherencia de derechos que muchos pactos y declaraciones internacionales contienen. Pero, como sea que la naturaleza humana es un principio —ontológica y epistémicamente— necesario, los derechos naturales existen, son derechos reales y concretos que expresan contenidos de relaciones jurídicas. De ahí que, destaca Castaño:

[...] como la personabilidad no se reduce a un mero *factum* verificable empíricamente, sino que es constitutivamente natural de un cierto tipo de entes, ese carácter de persona no se adquiere ni se pierde junto con la capacidad efectiva de ejercer los derechos o de ser responsable de las consecuencias; por el contrario, la personabilidad se adquiere con la existencia en cuanto subsistente intelectual y se pierde sólo con esa misma existencia.²⁷

La *titularidad* natural de los derechos, no obstante, no aparece de forma total y acabada al intelecto; se descubre históricamente. Por eso, de los derechos naturales pueden hacerse dos divisiones, según Hervada²⁸:

1. *Derechos originario y derechos subsiguientes*. Llamamos derechos naturales *originarios* a aquellos que proceden de la naturaleza humana considerada en sí misma [...]. En cambio son derechos naturales *subsiguientes* aquellos que

²⁵ Alejandro Castaño, *Introducción a la razón práctica del derecho*, 61.

²⁶ Javier Hervada, *Introducción crítica al derecho natural*, 73.

²⁷ Alejandro Castaño, *Introducción a la razón práctica del derecho*, 73.

²⁸ Javier Hervada, *Introducción crítica al derecho natural*, 78-80.

dimanan de la naturaleza humana en relación a situaciones creadas por el hombre. Por ejemplo tanto el derecho a la vida como su derivado el derecho a medicarse para conservarla, son derechos *originarios*; la legítima defensa, en cambio, es una manifestación *subsiguiente*, pues procede de la naturaleza humana la paz entre los hombres, no el injusto ataque a la vida ajena, que es algo que proviene de la voluntad humana [...]

2. *Derechos primarios y derechos derivados*. Los derechos originarios se dividen en *primarios* y *derivados*. *Primarios* son aquellos derechos que representan bienes fundamentales de la naturaleza humana y los que corresponden a sus tendencias básicas; damos la denominación de *derechos naturales derivados* a aquellos que son manifestaciones y derivaciones de un derecho primario. Por ejemplo, el derecho a la vida es un derecho primario, del cual derivan el derecho a alimentarse, el derecho a medicarse, etc.

La importancia de la división precedente radica en mostrar que los *derechos originarios* y *primarios* son permanentes en su título; mientras que en los *derechos subsiguientes* pueden variar su *título* y *medida*, y en los *derechos derivados* puede variar la *medida*, lo cual no desconoce su carácter general de *derechos naturales*, sino la imperfecta *enumeración concreta de los derechos naturales derivados y subsiguientes*, pues “existe una razón de conocimiento; si bien la naturaleza humana y sus fines son conocidos en lo fundamental por todos los hombres, cabe sin duda enriquecer y profundizar en su conocimiento, descubriendo así aspectos antes imperfectamente conocidos”²⁹.

Los bienes fundamentales que de *suyo* le corresponden al hombre por ser persona son: a. los bienes que forman el ser del hombre, sus potencias y tendencias³⁰; b. las operaciones que tienden a obtener finalidades naturales del hombre; y c. los bienes que son el objeto de esas operaciones. Los anteriores, según Finnis³¹, conforman el conjunto de principios de la razón práctica que ordenan la vida del hombre y de la comunidad. Que, como resumen Bonorino y Peña³²: “[...] derivan de ciertos bienes básicos que se justifican por sí mismos. Estos bienes constituyen valores objetivos, porque cualquier persona razonable debería reconocerles ese carácter. Los sistemas jurídicos existen pues cumplen la importante función de crear las condiciones

²⁹ Ibid., 82.

³⁰ Javier Hervada, *¿Qué es el derecho?*, 104-5.

³¹ John. Finnis, *Ley natural y derechos naturales* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000), 756

³² Pablo Bonorino y Jairo Peña, *Filosofía del derecho* 2ª ed. *Plan Anual de Formación y Capacitación de la Rama Judicial* (Bogotá: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2006), 25-27.

para que los hombres puedan perseguir esos bienes básicos. [...] Estos bienes son intrínsecamente valiosos y se encuentran todos en el mismo nivel de importancia”.

Según el autor, hay siete bienes básicos para la existencia humana³³:

1. La *vida*: con la que se alude a cualquier aspecto de la vitalidad que resulte necesario para que el ser humano pueda determinar los aspectos clave de su existencia de forma óptima.
2. El *conocimiento*: entendido como aquel que se persigue por el puro deseo de saber y no para conseguir algún otro objetivo por su intermedio.
3. El *juego*: entendido como aquellas acciones en las que los hombres participamos y que no tienen ninguna finalidad, excepto la de disfrutar con ellas mismas.
4. La *experiencia estética*: este bien se refiere al goce de la belleza en cualquiera de sus modalidades y con independencia de que fuera generada por el hombre (como en el caso del arte) o por la naturaleza (como en el caso de los paisajes).
5. La *sociabilidad o amistad*: se trata de un bien por medio del cual se consigue la paz y la armonía entre los hombres, y que consiste en la realización de actuaciones a favor de los propósitos de otra persona, por el simple bienestar de esa persona.
6. La *razonabilidad práctica*: se trata de un valor complejo que aglutina la libertad, el razonamiento, la integridad y la autenticidad. Es el bien básico que permite enfrentar con inteligencia las decisiones respecto a las acciones, el estilo de vida y la formación del carácter.
7. La *religión*: se trata de un bien cuyo contenido, según Finnis, deberá ser determinado por cada persona, pues constituye la respuesta al interrogante sobre el origen universal de las cosas (sea esta teológica, atea o agnóstica).

Estos bienes básicos son intrínsecamente valiosos, porque resultan buenos en sí mismos, no como el medio para la obtención de otros bienes.

³³ John Finnis, *Ley natural y derechos naturales*, capítulos 3 y 4.

Ahora bien, la existencia de dichos bienes naturales de la razón práctica tiene un carácter deontológico, pues se dirigen en función del fin natural de perfeccionamiento de la persona humana. Esta constatación de la *recta ratio* se expresa en el *deber* de hacer o evitar, y, por ello, se habla de juicios deónticos del obrar según unos fines; la perfección y realización del hombre en lo individual y la del bien común en lo social; aunque el *deber* para con otros —*ad alterum*— es también un *deber para con uno mismo*, el *deber* de conducirse de acuerdo con la propia *dignidad natural de ser persona*.

De la constatación ontológica de dichos juicios emerge, entonces, la ley natural, definida “como el conjunto de leyes racionales que expresan el orden de las tendencias e inclinaciones naturales a los fines propios del ser humano, aquel orden que es propio del hombre como persona”³⁴.

La ley natural, sin embargo, no es la misma inclinación o bien natural, sino el juicio deóntico respecto a aquel; de suerte que no cabe alegar la falacia naturalista aquí. Porque, explica Hervada: “el deber no es la inclinación sino el fin [...] La ley natural no expresa lo que ya es, sino lo que todavía no es. No hay pues tránsito de lo que es a lo que debe ser, sino al contrario”³⁵. De ahí que la ley natural no sea una abstracción —una idea regulativa—, sino un juicio deóntico que nace de una situación concreta, en términos de preceptos y prohibiciones singulares y concretas.

Para los autores *realistas*, los principios ético-jurídicos son formulados por la razón práctica, a partir de un elemento material dado por el conocimiento experimental de las realidades humano-sociales, y de un elemento formal provisto por los principios autoevidentes de la razón práctica; pero en todos los casos, el contenido de los principios proviene del conocimiento de las estructuras de la realidad, en especial del conocimiento práctico de las dimensiones de la perfección humana, llamados por algunos autores (Finnis) “bienes humanos básicos”. De este modo, la objetividad que se pretende para los principios jurídicos es más radical que la meramente transubjetiva, ya que depende de modo decisivo e inexcusable del modo de ser de una realidad, independiente del sujeto³⁶.

Y aquí precisamente tiene lugar la función del jurista, porque la idea de la adecuación social de la norma jurídica al bien común, desde el punto de vista *realista*, significa:

³⁴ Javier Hervada, *Introducción crítica al derecho natural*, 128.

³⁵ *Ibid.*, 131.

³⁶ Alejandro Castaño, *Introducción a la razón práctica del derecho*, 81.

[...] actuar conforme a ese orden que rige las cosas (el orden de las cosas y el orden natural de la justicia), esto es, según la razón, que conoce ese orden y le dicta al hombre lo que debe hacer de acuerdo con él. Pues bien, el hombre *es como es*, no sólo en el plano físico y biológico, sino también en el moral. El hombre es persona y ser persona comporta una dignidad, un modo específico de ser, que hace que haya cosas en su actuar que sean buenas o malas en sí mismas.³⁷

Señalado el horizonte de este artículo, no se analizará aquí la estructura y clases de preceptos de la ley natural ni las clases de normas jurídicas naturales, descritas por Hervada en otro lugar³⁸. Baste retener, por ahora, que la ley natural expresa la naturaleza humana en acuerdo con sus fines, por lo que la ley positiva está subordinada a esos fines, y le corresponde establecer los *medios*. Esto es, los enunciados positivos que constituyen verdadero derecho *determinan* por *conclusión* un enunciado de ley natural o desarrollan enunciados propios que le resultan *indiferentes* a aquella, según lo dicten las circunstancias históricas, sociales, económicas, etc. De lo que se infiere que la legitimidad y validez de la ley positiva, en cuanto su fuerza vinculante, no puede contrariar la ley natural, porque, de hacerlo, olvida el sustrato ontológico de todo derecho: la persona. Por lo mismo, remarcaba Tomás de Aquino: “[l]a voluntad del hombre no puede cambiar la naturaleza. Por la cual, si la ley escrita contiene algo contra el derecho natural, es injusta y no tiene fuerza de obligar, pues el derecho positivo sólo es aplicable cuando es indiferente al derecho natal [...] de ahí que tales escrituras no se llamen leyes, sino más bien corrupciones de la ley [Y] por consiguiente no debe juzgarse según ellas”³⁹.

El papel del jurista, en cuanto “devuelve” lo *debido*, se encuentra circunscrito a establecer lo justo de cada cual, en cuanto a su derecho, respecto a la ley; pero solo de la ley, en el entendido de que solo es ley —es decir, tiene mérito, legitimidad y validez— aquello que desarrolla un bien natural o es indiferente a una ley natural. Pero como entre el establecimiento del derecho y su *ejecución* media una de *cognición*, *debe* existir, por lo mismo, un elemento que permita establecerlo, y es aquí, precisamente, cuando tiene lugar la “prueba judicial”, tal cual será descrito abajo.

³⁷ Javier Hervada, *¿Qué es el derecho?*, 81.

³⁸ Javier Hervada, *Introducción crítica al derecho natural*, 139-55.

³⁹ Tomás De Aquino, *Suma teológica*, q. 60, art. 5.

2. La “prueba judicial” en *sentido lato*

Tal cual se ha dicho, para que exista derecho ha de existir la realidad ontológica de persona; de lo que sigue que ciertos derechos naturales y, por conclusión, la adscripción y/o circunscripción a ciertas leyes naturales son inherentes a la persona. Pero como todos los derechos, por las circunstancias contextuales, históricas, etc., no pueden adscribirse directamente a los derechos naturales, los derechos “puestos” por la ley positiva han tomado su lugar. Ello, no obstante, no descalifica como verdadero derecho el derecho natural —y, en consecuencia, la ley natural—; al contrario, imprime a la juridicidad esa doble dimensión.

Ahora bien, si es del jurista realizar *lo justo*, decir el derecho, y ello es una labor de *cognición*, ha de suponerse que existe un momento de medianidad —esto es, de constatación—, por medio del cual quien dice “lo justo” justifique su obrar; de otro modo, el jurista podría suplantar al competente o simplemente declararse impedido —como de hecho muchas veces ha sucedido—. De ahí la necesidad de la “prueba judicial”: si ontológicamente no existe derecho, por ende, no puede haber título; si lo hay, solo puede ser espurio; y, por lo mismo, no hay ley aplicable. O bien, si hay derecho natural y un derecho positivo que le desarrolla, entonces hay título y, por tanto, hay necesidad de dar (restituir, devolver, etc.). La prueba judicial, entonces, es también una realidad inherente al acto de justicia; por ello, en cuanto instituto, tiene una naturaleza ontológica independiente a los hechos. Así, para el jurista, como señala Hervada:

[...] es necesaria la utilización simultánea de criterios naturales y positivos [...] el arte del derecho es, arte del derecho natural y arte del derecho positivo [Sin embargo] en la solución de los casos concretos no hay más que un arte, el arte del derecho, el cual en parte utiliza criterios naturales y en parte criterios positivos. La exclusiva utilización de los criterios positivos conduce, de uno u otro modo[,] a la injusticia”.⁴⁰

En este último sentido, como corresponde al jurista la determinación del derecho —de lo justo—, y al ser la ley regla del derecho, resulta claro que la función principal del jurista es la *interpretatio legis*, es decir, la interpretación de la ley. Pero el término de la función del jurista no es la interpretación de la ley por sí misma. El jurista interpreta la ley para determinar y decir lo justo; no es un funcionario

⁴⁰ Javier Hervada, *Introducción crítica al derecho natural*, 67.

al servicio de la ley, sino un servidor de la justicia⁴¹, por lo cual, al momento del *judicare*, requiere elementos —distintos a los presentados por los pretendientes en la *litis*— para *dar*.

Aquellos otros elementos, por lo regular, son denominados elementos de *juicio*; aunque, en clave realista, sería mejor denominarlos elementos *de adscripción*, ya que —sean fenoménicos o no— refieren por *conclusión* o *derivación* de algún derecho natural. La prueba judicial, en suma, es un elemento de adscripción y, por ende, comparte una naturaleza semejante a la del débito. Sin débito no es posible establecer lo suyo; sin lo suyo no es posible hablar de derecho; de suerte que, para establecer lo suyo, se requiere la prueba. En el ámbito jurídico, si alguien pretende —el jurista— devolverle lo suyo es porque existen razones que justifican que “eso” —“la cosa” — es suya; y a dichas razones, precisamente, se les denomina *prueba*. Luego, es verdad que el jurista ha de interpretar la ley, ha de buscar su sentido y ha de atenerse a lo que la ley prescribe, pero no puede olvidar que su función de intérprete de la ley la tiene en función de lo justo —la ley es regla del derecho— en el caso concreto. El término de su arte no es decir lo que la ley prescribe, sino decir lo justo⁴².

En este último sentido, probar implica *decir*. Lo que de suyo no es igual a *establecer*. La diferencia no es menor, pues para la doctrina, la “prueba judicial” (acto cognoscitivo por medio del cual se convence en el *judicare*) es la “demostración” de la realidad de un hecho o de la existencia de un acto jurídico. Mientras que, para la postura realista, “probar” implica sustraer de la relación jurídica —si la hay— los elementos que corresponden por derecho a las partes, según la *recta razón de prudencia*.

Con todo, es cierto que la “prueba” (del latín *probo*, bueno, honesto, y *probandum*, recomendar, aprobar, experimentar, patentizar, hacer fe) refiere a una transpolación entre “un estado de cosas” y lo que se dice de ellas, pero en el ámbito judicial se ha considerado una noción técnica —de método—, que varía según el área o la actividad de que se trate. Sin embargo, por lo regular, se reconoce que en el derecho la prueba se refiere a los medios para convencer a otros (jueces, funcionarios, etc.) de una pretensión. De ahí su carácter de medianidad, entre el *deber* y el *debe*. Mejor dicho, entre quien exige el *débito* —que puede incluso ser alguien distinto a quien

⁴¹ Javier Hervada, “Apuntes para una exposición del realismo jurídico clásico”, 296.

⁴² *Ibid.*, 283.

posee *título*—y quien se lo *debe*. Lastimosamente, en la actualidad, la prueba judicial equivale a proceso, pues los doctrinantes sugieren⁴³ que, como resume Ovalle⁴⁴: “

[e]n sentido estricto, la prueba es la obtención del cercioramiento del juzgador acerca de los hechos, discutidos y discutibles, cuyo esclarecimiento resulte necesario para la resolución del conflicto sometido a proceso. En ese sentido, la prueba es la verificación o confirmación de las afirmaciones de hechos expresadas por las partes.

En sentido amplio, se designa como prueba a todo el conjunto de actos desarrollados por las partes, los terceros y el propio juzgador, con el objeto de lograr la obtención del *cercioramiento* judicial sobre los hechos discutidos y discutibles. Por último, por extensión, también se suele denominar pruebas a los medios, instrumentos y conductas humanas con las cuales se pretende lograr la verificación de las afirmaciones de hecho. Así, se habla de la prueba instrumental, confesional, testimonial, pericial, inspección personal del tribunal y presunciones.

[Así] Probar es sinónimo de justificar, o verificar, ante otro sujeto la exactitud de un hecho. En el ámbito procesal, aparece esta característica: [...] la parte que pretende que se ha verificado, en la realidad, la situación descrita por la norma o normas que invoca como de su *debe*, ante todo, asumir la carga de afirmar la existencia de esa situación. Ahora bien: los hechos sobre que versan tales afirmaciones pueden ser, a su vez, admitidos o negados por la otra parte. En el primer caso, el juez debe tener por exacto el hecho concordante afirmado por las partes y no cabe otra actividad de éstas como no sea la consistente en exponer sus respectivos puntos acerca del aplicable al caso. En el segundo supuesto, en cambio, debe ir acompañada de una actividad distinta de la meramente alegatoria, cuya actividad consiste en formar la convicción del juez acerca de la existencia o de los hechos sobre [los] que versan las respectivas afirmaciones de las partes. Desde un primer punto la expresión *prueba* denota esa peculiar actividad que corresponde desplegar durante el proceso y que tiende a la mencionada.

Evidentemente, como se ha señalado, la doctrina ha preferido sustraer la prueba judicial de su dimensión ontológica, y verterla de alguna forma a una cuestión de

⁴³ Hernando Devis Echandía, *Teoría general de la prueba judicial*, 5ª ed. (Bogotá: Temis, 2002), 770

⁴⁴ José Ovalle, *Derecho procesal civil*, 9ª ed. (México: Editorial Oxford, 2003), 431.

orden lógico, lingüístico o de algún tipo de experimentación. No se desconoce que dichas dimensiones hacen parte de la prueba, pero, como advierten Horta y Corredor⁴⁵:

[...] 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, 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 [...] una significación polifacética y en muchas ocasiones equívoca al momento de abordar la prueba judicial.

En el contexto presentado aquí, el principal problema de circunscribir la prueba judicial al ámbito probatorio, y restarle el sustrato ontológico que le subyace, es que se olvida la cuestión de la verdad, al punto que llega a afirmarse que el derecho en la práctica no busca la verdad tanto como procura realizar la finalidad autoimpuesta por el propio sistema jurídico⁴⁶. La justificación de ello es que, como refiere Kielmanovich⁴⁷: “[la verdad] resulta inasequible para el conocimiento humano, máxime cuando de lo que se trata en la investigación judicial es de reconstruir (por lo general) hechos pretéritos, recreándolos a través de los sentidos de las personas, naturalmente falibles [...]”. Semejante tesis, resumidamente, parte del supuesto de que no existe realidad aprehensible por el hombre distinta de aquella que proviene de los sentidos; de tal suerte que la prueba por sí misma no es otra cosa que un método para obtener el convencimiento al momento del *judicare* y que su única naturaleza es, por ello, de proceso y no de *sustancia*.

⁴⁵ Edwin Horta y Ariel Corredor, “La razón última de la prueba judicial”, 156-57.

⁴⁶ Arthur Kaufmann y Windfried Hassemmer, *El pensamiento jurídico contemporáneo* (Madrid: Debate, 1992), 92-93.

⁴⁷ Jorge Kielmanovich, *Teoría de la prueba y medios probatorios* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1996), 50.

Ahora bien, sí es inherente al Estado de derecho moderno que *el juez siempre debe fallar la causa al condenar o absolver, y no está facultado, por lo tanto, para declarar que no ha podido decidirse (non liquet)*; resulta que su “proceso” de cognición debe estar alimentado de algo; no de la mera discrecionalidad, como sugería Hart⁴⁸, para los casos difíciles. Y ese algo, precisamente, es lo que, desde un punto de vista realista, consistiría en lo que se denominó arriba como *elementos de adscripción*, según la *recta razón de prudencia*. Por lo mismo, entonces, no es de recibo considerar que la prueba judicial es un instituto que solo tiene sentido en el derecho procesal: la verdad lógica —por deducción, inducción o analogía— descansa en una verdad ontológica.

El derecho procesal es una ciencia que se ocupa de estudiar y establecer los procedimientos. El procedimiento es el sistema particular contenido en las leyes y en los códigos; el proceso es la actividad que surge de la pretensión o de la ley, y que se sujeta a las leyes de procedimiento⁴⁹. Con base en lo anterior, la ciencia jurídica procesal ha definido principios que le atañen a ella misma (derecho procesal), al sistema normativo que regula el proceso (procedimiento) y a la actividad que surge de la pretensión (proceso).⁵⁰

Como bien aclara Oviedo, *el proceso legal se sujeta a las leyes de procedimiento*, por lo que este no puede dar cuenta cabalmente de un instituto que está más allá de sí, aun cuando lo presuma y emplee al momento de la medianidad judicativa. A continuación, se abordará la cuestión de los diferentes modelos de verdad en su relación con la prueba judicial, en *sentido estricto*, pues para la posición realista es consustancial a la labor del jurista establecer aquello que demuestre lo que en verdad sucedió, la prueba, por mediación de la verdad real de los hechos, para así proceder a calificarlos jurídicamente. De ahí que se comparta la sencilla tesis de Carnelutti respecto a que la verdad no puede ser más que una —para acabar con la tesis que algunos pretendieron implantar, al indicar que el proceso buscaba una “verdad formal”—, de suerte que la verdad formal coincide con la material y, en ese caso, no es más que verdad; o se aparta de ella y se convierte, entonces, en una falsedad⁵¹.

⁴⁸ H. L. A. Hart, “Poscriptum”. En *La decisión Judicial*, editado por H.L.A. Hart y Ronald Dworkin (Bogotá: Siglo del Hombre, Editorial Uniandes, 1997), 135.

⁴⁹ Amparo Oviedo, *Fundamentos de derecho procesal, del procedimiento y del proceso* (Bogotá: Temis, 1995), 124.

⁵⁰ Nattan Nisimblat, “Medios de prueba en particular. Unidad temática I Las etapas probatorias”, 2016, nisimblat.net/.../medios_de_prueba_unidad_primera_nattan_nisimblat.

⁵¹ Francesco Carnelutti, *La prueba civil*, 2.ª edición (Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1982), 7.

3. La “prueba judicial” en *sentido estricto*

Ciertamente, desde un punto de vista general, se puede considerar que la actividad adjudicativa en el *judicare* aspira a la verdad desde cierto modelo de la “pretensión de verdad” en el derecho; el cual sirve de baremo a la *cognición* y, por ende, a la *ejecución* de derecho. Sin embargo, como en el caso práctico, dadas las limitaciones formales, temporales y humanas, el momento de *cognición* puede desembocar en el error del juez; al fin de cuentas, la sentencia no es sino un juicio de verosimilitud que no excluye el error judicial⁵². Varias posiciones *justeóricas* han preferido desconocer cualquier objetividad posible a las premisas jurídicas derivadas de “pruebas”, sino apenas un valor de certezas razonables, lo que equivale a renunciar a cualquier posibilidad de “corrección” de las conclusiones de una inferencia por los defectos de raciocinio de quien construye las premisas. Como recuerda Häberle, refiriéndose a la Ley Fundamental alemana:

[La] definición aristotélico escolástica de verdad puede ser de valor solamente como punto de partida: *veritas est adequatio rei et intellectus* (domina la teoría de la correspondencia). Porque la verdad en cuanto tal no es valor a realizarse; como no hay nada que deba ser comprendido o conceptualizado como verdadero sin más. Tampoco se refiere a una esencia en sí misma reconocida como verdadera ni se refiere a los límites pragmáticos para fundamentar las afirmaciones jurídicas [...] Aquí no se entiende por “verdad” ni un objeto (de la ontología) como tampoco un tipo de conocimiento, si no es entendida como un predicado semántico.⁵³

En el fragmento anterior se encuentran varias de las objeciones que se han apurado a una opción realista del derecho. Primero, se afirma que no es posible un modelo de la verdad desde la correspondencia, pues ella no es un valor por realizarse; lo cual, a ojos de lo que ya se dicho con Hervada, es un error, porque ciertamente lo que interesa al derecho son los juicios deónticos (del jurista no importa su cualidad de justo, sino la sentencia justa). Dichos juicios, en efecto, expresan un algo que es comprendido y conceptualizado como *verdadero sin más*: la persona humana. Realidad ontológica que sustenta el *débito* y que, por supuesto, tiene unos límites pragmáticos: los límites *de la ley natural*. De suerte que no puede ser solo un predicado semántico, sin el supuesto de *ser algo* aquello de lo que se predica.

⁵² Luis Muñoz Sabaté, *Técnica probatoria* (Bogotá: Temis, 1997), 51.

⁵³ Peter Häberle, *Verdad y Estado constitucional* (México D. E.: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006), 30.

Con todo, las denominadas *teorías semánticas de la verdad* afirman que, la inclusión coherente de una oración dentro del complejo enunciados lingüísticos (así Tarski y el positivismo lógico). Como describe Neumann⁵⁴:

[...] el modelo semántico de verdad, es ofrecido por Tarski. Este autor define la verdad como relación entre una frase objetiva del lenguaje y una frase del metalenguaje [...] de modo correspondiente la frase “los derechos jurídicos del hombre comienza con la concreción del nacimiento” tan sólo es cierta cuando los derechos jurídicos del hombre comienzan con la concreción del nacimiento. El concepto de verdad juega un papel en la discusión jurídico-teórica con la relación a la disputa sobre la aplicabilidad, a normas jurídicas, de una lógica definida en la verdad. No llega más lejos en el sentido de la filosofía del derecho porque renuncia a un criterio de verdad material, y con ello deja de lado la cuestión de cuando estamos justificados a formular pretensiones de verdad.

Las observaciones de Neumann son claras, aunque desde la perspectiva realista cabe agregar que el concepto de verdad semántica no sirve al objeto del derecho, en cuanto allí no interesa la “corrección” de los actos de habla, sino la decisión sobre un estado de cosas. La prueba judicial, por lo mismo, apunta a conocer si existe una relación de derecho —de justicia— entre un estado de cosas y una pretensión de acto, como restituir, devolver. Por tanto, la definición de verdad que se requiere, aunque bien puede necesitar la depuración semántica de actos de habla, no se agota en ello.

Las falencias de una teoría semántica fueron claramente advertidas por las *teorías de la verdad del consenso* (Habermas), que constituyen una forma especial de las denominadas teorías procedimentales de la justicia (Rawls, Nozick, Luhmann), que a su vez consideran, como resume Kaufmann⁵⁵:

[...] no es el derecho (a diferencia de la ley) ni existencia (*parágrafos*) ni estado (*naturaleza*), sino acto y por ello no puede ser *objeto* independiente del conocimiento de un *sujeto*. Así no puede darse una *precisión objetiva* del derecho por fuera del proceso de creación jurídica. Se plantea *solo* si el derecho se realiza únicamente *mediante el proceso* (como cree Niklas Luhmann), o bien se logra

⁵⁴ Ulfried Neumann, *La pretensión de verdad en el derecho* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006), 34-35.

⁵⁵ Arthur Kaufmann, *La filosofía del derecho en la posmodernidad* (Bogotá: Temis, 1992), 40-41.

su concreción en el proceso, pero este proceso es cimentado objetivamente (lo que no significa que sea substancial).

En síntesis, las teorías procesales de la verdad y la justicia pretenden, desde la pura forma, un proceso estatuido idealmente, para obtener contenidos concretos de conducta “correcta”; esto es, a la manera del imperativo categórico kantiano, sugieren que para salirle al paso a la dificultad de la verdad, es mejor fiarse en un ejercicio mental del sujeto —bajo unas determinadas reglas presupuestas—, que provea definitivamente, tanto para el orden político como jurídico, unos criterios claros de contraste, por los cuales pueda decirse que un “enunciado jurídico” es o no “correcto” respecto al mismo proceso. Los modelos neocontractualistas de Rawls⁵⁶ y Nozick⁵⁷, así como el funcionalismo de Luhmann⁵⁸, son modelos de este tipo. Sin embargo, dadas las cuestiones de espacio, se omite su examen, aunque es importante anotar que todos estos modelos tienen en común que la idea del *consenso* es vista como el criterio decisivo de verdad y exactitud.

Efectivamente, como la tesis semántica carece de un referente factual, las *teorías de la verdad del consenso* sugieren que el elemento de la intersubjetividad en el discurso puede proveer dicho elemento. Pero, como apunta Neumann⁵⁹:

[...] en tanto la teoría del consenso desea elevar el consenso potencial de todos los participantes a un *criterio de verdad*, quedan dos tareas por realizar. Por una parte tiene que ser justificado que en el cuestionable campo del objeto del discurso las pretensiones de verdad sean planteadas con razón, o sea que no se trate nada más que del manejo de opiniones. Por otro lado ha de aclararse cuál parte de la relación del consenso de verdad es la activa y cuál toma posición pasiva. Formulado de una manera simple: ¿la afirmación es verdadera debido a su capacidad de consenso, o capaz de generar consenso debido a su verdad?

La pregunta señalada por Neumann no es menor, porque destaca un grave problema de una teoría semejante en el campo de la prueba judicial: lo dado en el proceso, ¿es consecuencia de la convalidación del auditorio legislativo que “acordó” la norma bajo el supuesto de los principios de racionalidad que llevaron a su estipulación, de suerte tal que la adjudicación judicial debe seguir el baremo de dicho criterio,

⁵⁶ John Rawls, *Teoría de la justicia*, 2.ª ed. (México: Fondo de Cultura Económica, 1996).

⁵⁷ Robert Nozick, *Anarquía, Estado y utopía* (México: Fondo de Cultura Económica, 1988).

⁵⁸ Niklas Luhmann, *Sistemas sociales* (Barcelona: Anthropos, 1998).

⁵⁹ Ulfried Neumann, *La pretensión de verdad en el derecho*, 36-37.

pues, de otro modo, faltaría a la verdad y corrección en el procedimiento?, ¿o es que el procedimiento posibilita la consideración de todos los puntos de vista objetivos y, por lo tanto, genera resultados correctos? Al respecto, Neumann agrega⁶⁰:

Si la teoría del consenso se le atribuye al primer modelo[,] entonces el consenso buscado bajo condiciones procesales ideales garantiza, por definición, la verdad (la corrección) del resultado. En este caso el resulta[do] es cierto (correcto) debido al consenso potencial. Pero esta interpretación, que acaso es correcta para votaciones democráticas, es poco plausible para procedimientos que sirven para la consecución de juicios, teóricos o prácticos, pues allí la consideración de los puntos de vista objetivos relevantes se encuentra atada a otras condiciones.

Claramente, las condiciones ideales del discurso son difíciles de cumplir por lo que, en el mejor de los casos, a lo que se puede llegar es a una “fundamentación final” de los contenidos jurídicos —y morales— desde una forma sin contenido, sin experiencia. “Tampoco el principio de consenso garantiza ninguna verdad (exactitud) en última instancia, sino nada más que plausibilidad, como probabilidad, como decisión riesgosa”⁶¹. Este argumento, perfectamente aplicable para la denominada *tesis de la sustentabilidad*, a la que se adhiere Neumann, sugiere “que cierto (correcto) es una aserción jurídica cuando puede ser justificada mediante las reglas jurídicas de la argumentación. Ése, de hecho, me parece el único criterio de verdad en área de las afirmaciones jurídicas. Lo correcto de la decisión es una función de la sustentación de la decisión”⁶².

Desde la perspectiva del acto de cognición de *judicare*, sin duda es cierto que la decisión jurídica demanda sustentabilidad, por medio de la “prueba judicial”, pero aquella debe descansar en algún contenido y no en las propias “reglas jurídicas de la argumentación”, pues eso supondría que el ejercicio de la verdad en este ámbito es un negocio acabado consigo mismo; además, olvida el hecho, evidente hoy en día, de que el derecho no está constituido solo por reglas, sino, también, por unos principios no sustentables, pues para cada caso en concreto es necesaria la ponderación de estos⁶³.

⁶⁰ Ibid., 40.

⁶¹ Arthur Kaufmann, *La filosofía del derecho en la posmodernidad*, 48.

⁶² Ulfried Neumann, *La pretensión de verdad en el derecho*, 43.

⁶³ Robert Alexy, *El concepto y la validez del derecho* (Barcelona: Editorial Gedisa, 1997); *Teoría de los derechos fundamentales* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002).

En suma, en el debate judicial, en el escenario en el que la sustentabilidad tiene su asidero, la necesidad de un sustrato ontológico es una realidad necesaria e indispensable; pero no tan solo —como pretende Neumann refiriéndose a Dworkin⁶⁴— en cuanto idea regulativa:

[...] en la ciencia y práctica jurídicas la idea de una única decisión correcta no debe ser tomada como una afirmación de existencia, sino como una “idea regulativa”. Para la sustentación de este modelo, ello significa el cambio de una argumentación teórico-jurídica. Aquellos participantes en una discusión jurídica necesariamente tendrían que elevar la pretensión de que su posición es la única correcta [...]. Con ello ya no se trata del carácter identificable teóricamente, sino de la función práctica de las pretensiones de verdad.⁶⁵

Cuestiones de espacio impiden que se aborde aquí la cuestión de las funciones de la pretensión de verdad para el derecho en general y para la prueba judicial en particular; por el momento, cabe objetarle a Neumann que la determinación de la decisión correcta, tal y como él la considera, no es una función de la razón teórica, sino de la razón práctica, y de los modos de determinar lo justo por el jurista, como lo entiende Hervada⁶⁶; ya 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 —de acto segundo— denominada justicia”⁶⁷. Una justicia que, según palabras de Hervada, resulta del ejercicio del arte de jurista y de la *recta ratio de prudencia* que desarrolla aquel desde:

[...] el arte de lo justo y de lo equitativo. [Pues] La equidad no es un elemento secundario del arte del derecho, sino parte principal suya. La equidad es el arte de armonizar la justicia con las otras virtudes que regulan las relaciones humanas. La justicia no puede ser contemplada aisladamente, sino en el contexto general de las relaciones humanas y del bien común. A cada uno hay que darle lo suyo, porque así lo exige la ontología de la persona humana y la estructura misma de las relaciones humanas. Pero en las relaciones humanas no todo es justicia; hay también otros deberes, que son propios de otras virtudes. La solidaridad y la caridad, la misericordia y la moderación y otras tantas virtudes

⁶⁴ Ronald Dworkin, *Los derechos en serio* (Barcelona: Ariel: 1997).

⁶⁵ Ulfried Neumann, *La pretensión de verdad en el derecho*, 57.

⁶⁶ Javier Hervada, “Apuntes para una exposición del realismo jurídico clásico”, 283.

⁶⁷ Javier Horta y Ariel Corredor, “La razón última de la prueba judicial”, 164.

engendran también deberes que han de armonizarse con los de la justicia. [...] La equidad atempera el deber y acomoda el derecho. La atemperación de lo debido consiste en rebajar, disminuir o dulcificar la deuda, o en dilatar la perentoriedad de los plazos en que la obligación debería ser cumplida. [...] Otra forma de equidad es la acomodación del derecho. Si en la atemperación de lo debido la equidad mira a la deuda o deber, buscando el bien del obligado, en la acomodación del derecho la equidad se fija en el derecho, buscando su satisfacción en lo posible por el bien del titular del derecho.⁶⁸

Conclusiones

Decir el derecho, lo justo y equitativo es el arte del jurista. Lo justo se establece por la restitución, devolución, etc., de lo *debido*, de tal suerte que el fondo del derecho está en el debido respeto de una realidad ontológica fundante: la persona humana; pues solo ella se puede predicar poseedora de “lo suyo” en *título* y *medida* actual.

Las cosas son independientes del pensar y, por tanto, “el derecho es un algo real, un ente susceptible de ser conocido a través de sus causas”, las cuales, en últimas, remiten a realidades ontológicas. “Lo suyo” de cada cual, su derecho, no puede ser resultado de una atribución arbitraria, porque, de ese modo, no tendría sentido alguno determinar la justicia respecto de algo debido. El *débito* constituye la esencia de lo jurídico, pero el origen del *título* y la *medida* del derecho puede ser natural, según la misma naturaleza de las cosas, o positivo, producto de criterios fijados por la voluntad humana.

La *rationalis natura individua substantia* (la naturaleza humana) es principio, ontológica y epistémicamente, necesario a los derechos naturales. Por ello, tales derechos existen y expresan contenidos de relaciones jurídicas exigibles: bienes naturales de la razón práctica que tienen un carácter deontológico, pues se dirigen en función del fin natural de perfeccionamiento de la persona humana digna. Esta constatación de la *recta ratio* se expresa en el *deber* de hacer o evitar, y por ello se habla de juicios deónticos del obrar según unos fines: la perfección y realización del hombre en lo individual, y la del bien común en lo social.

De la constatación ontológica de dichos juicios emerge, entonces, la *ley natural*, definida “como el conjunto de leyes racionales que expresan el orden de las tendencias

⁶⁸ Javier Hervada, “Apuntes para una exposición del realismo jurídico clásico”, 298-300.

e inclinaciones naturales a los fines propios del ser humano, aquel orden que es propio del hombre como persona”⁶⁹. El papel del jurista, en cuanto “devuelve” lo *debido*, se encuentra circunscrito a establecer lo justo de cada cual, en cuanto su derecho, respecto a la ley; pero solo de la ley, en el entendido de que solo es ley —tiene mérito, legitimidad y validez— aquello que desarrolla un bien natural o es indiferente a una ley natural. Pero, como entre el establecimiento del derecho y su *ejecución* media una de *cognición*, *debe* existir, por lo mismo, un elemento que permita establecerlo: la “prueba judicial”. Si ontológicamente no existe derecho, por ende, no puede haber título; si lo hay, solo puede ser espurio; y, por lo mismo, no hay ley aplicable. O bien, si hay derecho natural y un derecho positivo que le desarrolla, entonces hay título, y, por tanto, hay necesidad de dar (*restituir*, *devolver*, etc.). La prueba judicial, entonces, es también una realidad inherente al acto de justicia, y por ello, en cuanto instituto, tiene una naturaleza ontológica.

Al ser la ley la regla del derecho, resulta claro que la función principal del jurista es la *interpretatio legis*, la interpretación de la ley. Pero el término de la función del jurista no es la interpretación de la ley por sí misma; este interpreta la ley para determinar y decir lo justo, por lo cual, al momento del *judicare*, requiere elementos para *dar* —distintos a los presentados por los pretendientes en la *litis*—. Estos son *elementos de adscripción*, ya que, sean fenoménicos o no, refieren por *conclusión* o *derivación* de algún derecho natural. Por ello, destaca Castaño⁷⁰:

En el desarrollo de su filosofía, el jurista incorpora de manera central las conclusiones de la semántica normativa que le permitirán indicar el estatuto de las expresiones normativas como referidas a ciertas notas de la naturaleza humana, y que se constituirán como la realidad a que esas expresiones se refieren, dejando la posibilidad de que el lenguaje jurídico, en particular el ejercicio interpretativo, se reduzca a un juego en donde las palabras solo remiten a otras palabras de manera infinita, lo que generaría un caos en la justificación racional en las tomas de decisiones trascendentales para la vida humana.

Por lo mismo, probar implica *decir*; esto es, sustraer de la relación jurídica —si la hay— los elementos que corresponden por derecho a las partes, según la *recta razón de prudencia*. Lo que sugiere que la *actividad adjudicativa en el judicare aspira a la verdad desde cierto modelo de la “pretensión de verdad” en el derecho, el cual sirve de baremo a la cognición y, por ende, a la ejecución de derecho*. Modelo que, en contraste

⁶⁹ Javier Hervada, *Introducción crítica al derecho natural*, 144.

⁷⁰ Alejandro Castaño, *Introducción a la razón práctica del derecho*, 104.

con otros modelos de verdad (el semántico, el del consenso, el de la sustentabilidad), reposa en una realidad ontológica definitiva y objetiva, sobre la que descansan juicios deónticos: la *persona humana* en cuanto que digna.

Referencias

- Alexy, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Editorial Gedisa, 1997.
- _____. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002.
- Bonorino, Pablo y Jairo Peña. *Filosofía del derecho* 2ª ed. *Plan Anual de Formación y Capacitación de la Rama Judicial*. Bogotá: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2006.
- Cárdenas, Carlos y Édgar Guarín. *Filosofía y teoría del derecho. Tomás de Aquino en diálogo con Kelsen, Hart, Dworkin y Kaufmann*. Bogotá: Universidad Santo Tomás, 2006.
- Carnelutti, Francesco. *Cómo nace el derecho*, reimpresión de la 4ª ed. Bogotá: Temis, 2008.
- _____. *La prueba civil*, 2.ª edición. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1982.
- Castañó, Alejandro. *Introducción a la razón práctica del derecho. Una perspectiva del iusnaturalismo renovado*. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda, 2013.
- Devis Echandía, Hernando. *Teoría general de la prueba judicial*, 5ª ed. Bogotá: Temis, 2002.
- Dworkin, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 1997.
- Fernández, Lorenzo. *Temas de filosofía del derecho*. Caracas (Venezuela): Universidad Católica Andrés Bello, 2007.
- Finnis, John. *Ley natural y derechos naturales*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000.
- González, Gregorio Rojas. *De la justicia a los derechos fundamentales; una lectura desde el realismo jurídico clásico*. Bogotá: Universidad Católica de Colombia-Temis, 2013.
- Häberle, Peter. *Verdad y Estado constitucional*. México D. F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006.
- Hart, H. L. A. "Poscriptum". En *La decisión Judicial*, editado por H.L.A. Hart y Ronald Dworkin, 135. Bogotá: Siglo del hombre, Editorial Uniandes, 1997.
- Hervada, Javier. *¿Qué es el derecho? La moderna respuesta del realismo jurídico*. Bogotá: Temis, 2005.
- _____. "Apuntes para una exposición del realismo jurídico clásico". *Revista Dikaion* 2, (1988): 281-300.
- _____. *Introducción crítica al derecho natural*. Bogotá: Temis, 2000.
- Horta, Edwin y Ariel Corredor, La razón última de la prueba judicial. Una aproximación filosófica. *Revista Novum Jus* 4 (2010): 151-65.
- Hoyos, Ilva Myriam. "Las causas del derecho. Estudio desde una consideración realista". *Revista Dikaion* 2, (1988): 21-45.
- Kaufmann, Arthur. *La filosofía del derecho en la posmodernidad*. Bogotá: Temis, 1992.

- Kaufmann, Arthur y Windfried Hassemer. *El pensamiento jurídico contemporáneo*. Madrid: Debate, 1992.
- Kielmanovich, Jorge. *Teoría de la prueba y medios probatorios*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1996.
- Luhmann, Niklas. *Sistemas sociales*. Barcelona: Anthropos, 1998.
- Massini, Carlos. *Filosofía del derecho, tomo 1: El derecho, los derechos humanos y el derecho natural*, 2ª ed. Mendoza (Argentina): Lexis Nexis, 1984.
- _____. *Sobre realismo jurídico. El concepto de derecho, su fundamento y su concreción judicial*. Buenos Aires: Lexis Nexis-Abeledo Perrot, 1995.
- Muñoz Sabaté, Luis. *Técnica probatoria*. Bogotá: Temis, 1997.
- Neumann, Ulfried. *La pretensión de verdad en el derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006.
- Nisimblat, Nattan. *Medios de prueba en particular. Unidad temática I Las etapas probatorias*. 2016. nisimblat.net/.../medios_de_prueba_unidad_primera_nattan_nisimbl.
- Nozick, Robert. *Anarquía, Estado y utopía*. México: Fondo de Cultura Económica, 1988.
- Ovalle, José. *Derecho Procesal Civil*, 9ª ed. México: Editorial Oxford, 2003.
- Oviedo, Amparo. *Fundamentos de derecho procesal, del procedimiento y del proceso*. Bogotá: Temis, 1995.
- Rawls, John. *Teoría de la justicia*, 2.ª ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1996.
- Sancho Izquierdo, Miguel y Javier Hervada, *Compendio de derecho natural*. Pamplona: EUNSA, 1980.
- Serrano Villafañe, Emilio. *Fundamentación Metafísica del Derecho en el Realismo Filosófico*. Pamplona: EUNSA, 1982.
- Tomás De Aquino, *Suma teológica*, núm. 301. México: Porrúa, 1996.
- Weber, Max. *Economía y sociedad*. México: Fondo de Cultura Económica, 1987.