

¿La prueba busca generar “convicción” en el juzgador?  
Algunos apuntes sobre la finalidad de la prueba en el proceso civil.

Martín Alejandro Hurtado Reyes\*

1. Introducción:

La prueba es un tópico de mucha relevancia en todo proceso, ya que de esta actividad depende el resultado del proceso. Por ello, se requiere que el juez y también los abogados –por supuesto los que se vienen formando como abogados- tengan un manejo adecuado de las instituciones vinculadas a este tema.

Uno de los tantos temas polémicos en materia de prueba, está referido a la finalidad de la prueba en el proceso, lo que equivale a decir, que existe dificultad en la procesalística actual (e inclusive es un tema de debate en la filosofía jurídica, como veremos) para determinar qué objetivo, propósito o finalidad se busca con la actividad probatoria.

Este texto me resulta imprescindible escribirlo puesto que aun cuando la doctrina tiene posturas claras sobre esta materia, se continúa sosteniendo en las decisiones judiciales que lo que busca la prueba es generar “convicción” en el juez. Se afirma en las decisiones de naturaleza judicial que la prueba no le produjo “convicción” al juzgador, para no dar por probado un hecho. Esta idea es uso cotidiano y reiterado en las decisiones judiciales.

Nos atreveremos a desnudar esta posición y nos enfrascamos en la búsqueda de desterrar de las decisiones judiciales una posición de esta naturaleza, permitiendo de esta forma que nuestros jueces reflexionen sobre esta postura errada que se ha convertido en la expresión más usada en las sentencias que se emiten en sede judicial, sobre todo en el proceso civil.

El punto de partida en este trabajo es obvio, partimos de la posición que descarta desde ya que la finalidad de la prueba sea buscar la “convicción” del juez, más si como veremos es la posición que menos aceptación tiene en la doctrina, tanto que se ha convertido en una tesis absolutamente desfasada y rechazada por estar vinculada a criterios subjetivos y no a criterios racionales de la prueba.

Reiteramos, es muy usual ver en las decisiones judiciales y en el léxico de los abogados sostener como premisa sin objeciones que la prueba aportada en el proceso “no le generó convicción al juez”, por lo cual debe desestimarse la pretensión postulada en la demanda al no dar por probado determinado hecho o un conjunto de hechos.

Es cosa corriente leer en las sentencias emitidas por el poder judicial (incluidas las de la Corte Suprema) que la finalidad de la actividad probatoria es generar “convicción en el Juzgador”, esta afirmación se hace en las sentencias cuando se valoran los medios de prueba de forma individualmente o en conjunto, así se sostiene que determinado medio de prueba o un conjunto de ellos “no le genera convicción al juez”, por lo que se descarta como medio de prueba esencial para resolver la controversia. No aportan para la hipótesis aceptada por el juez para resolver el caso.

Pero, ¿será correcta esta postura que viene asumiendo la judicatura nacional (en general) y que se repite normalmente por los abogados al postular su defensa en los procesos civiles? O ¿En realidad se trata de una postura irreflexiva que no reconoce correctamente la finalidad de prueba en el proceso? En el proceso penal nacional inclusive se habla de “elementos de convicción”<sup>1</sup> para diferenciarlos de los elementos de prueba.<sup>2</sup>

---

\* Doctor en Derecho y Magíster en Derecho Civil y Derecho Procesal. Profesor de la Maestría en Derecho de la PUCP y USMP. Profesor principal de la AMAG y Juez Supremo de la Corte Suprema de Justicia de la República.

1 El art. 321 del Código Procesal Penal establece que el objeto de la investigación preparatoria es reunir los **elementos de convicción** de cargo y de descargo, que permitan al fiscal decidir si formula o no acusación y, en su caso, al imputado le permiten preparar su defensa. Todo esto con el fin de determinar si la conducta incriminada es delictuosa y de conocer las circunstancias o móviles de la perpetración, la identidad del autor o partícipe y de la víctima, así como la existencia del daño causado. En buen romance, los elementos de convicción son aquellas sospechas, indicios, huellas, pesquisas y actos de investigación que realiza el Ministerio Público en la etapa preliminar e investigación preparatoria formalizada, para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe de este. Campos Barranzuela, Edih. ¿Qué son los elementos de convicción? En legis.pe, 06 de noviembre de 2018.

La idea del presente trabajo es dar algunos alcances respecto de la finalidad de la prueba en el proceso civil, tratando de dar algunas pautas teóricas que pueden servir para descartar del lenguaje de jueces y abogados (más de los alumnos de las facultades de derecho) que la finalidad de la prueba es “generar convicción en el Juzgador”.

Es emblemática la disposición normativa recogida en el CPC respecto de la finalidad de los medios de prueba, aquí encontramos al artículo 188 que en ninguna parte de su contenido se refiere “a la convicción” como finalidad de la prueba: Artículo 188: Los medios probatorios tienen **por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza** en el Juez respecto de los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones. Mas, por el contrario, al regular la prueba de oficio el legislador ha mencionado la “convicción”, en el artículo 194 del Código Procesal Civil ha señalado: “Excepcionalmente, cuando los medios probatorios ofrecidos por las partes sean insuficientes **para forma convicción** (...)”.

Por ello, es que buscamos con el presente trabajo generar cierto grado de convencimiento de que la postura asumida por la judicatura en estos temas resulta errada y se debe cambiar radicalmente.

## 2. Finalidad de la Prueba:

Como sabemos, con este tópico en materia de prueba, se busca dar respuesta a la pregunta, para qué sirve la prueba, que finalidad tiene en el proceso, se trata de determinar qué se logra con la prueba en el proceso civil.

Las posiciones obviamente se encuentran divididas en la doctrina, ya que no es uniforme en este tópico,<sup>3</sup> no hay pleno acuerdo con relación a la finalidad de la prueba, aunque como corresponde se debería asumir una de las posiciones actualmente consideradas en la procesalística actual.

En la actualidad la doctrina sobre prueba tiene una disyuntiva aún no resuelta y de vieja data,<sup>4</sup> claro está desde el punto teórico y no necesariamente práctico, así en la dogmática se discute:

---

2 El profesor César San Martín prefiere referirse a los elementos de investigación: ‘elementos de convicción’, puede definirse como el resultado acreditativo de los medios de investigación –la expresión ‘elementos de prueba’, como no puede ser de otra manera, puede explicarse como los resultados acreditativos de los medios de prueba. San Martín Castro, César. Ponencia presentada en el Primer Pleno Jurisdiccional de la Sala Penal Nacional, Lima, 05 de diciembre de 2017.

3 Jordi Ferrer ha identificado tres tesis, a saber: i) prueba como fijación de los hechos: la finalidad de la prueba es la fijación formal de los hechos por parte del juez, con independencia de su relación con lo ocurrido. Es la tesis seguida por Camelutti; ii) prueba como convicción del juez acerca de los hechos: la prueba es el conjunto de operaciones por medio de las que se trata de obtener el convencimiento del juez respecto de unos datos procesales determinados; y, iii) prueba como certeza del juez acerca de los hechos: la prueba es la actividad procesal que tiene a alcanzar la certeza en el juzgador respecto de los datos aportados por las partes. Ferrer Beltrán, Jordi. *Prueba y verdad en el Derecho*. Editorial Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales SA. Madrid 2005, pp. 62-63.

4 TARUFFO considera como una tendencia de muchos ordenamientos procesales lo concerniente a la concepción del proceso como procedimiento dirigido a la verificación de la verdad de los hechos relevante para una decisión determinada. Históricamente, es una afirmación muy común que la justicia depende de la verificación de la verdad de los hechos en los cuales se funda la controversia. Ello no amerita ponerse en discusión. Sin embargo, es necesario tener en cuenta que esta concepción de la finalidad del proceso es refutada por muchos: como dice ALVIN GOLDMAN sobre el plano epistemológico general, los *veriphobics* (palabra para calificar a aquellas personas que consideran que ningún tipo de verdad puede ser alcanzada y, por tanto, tienen “fobia” a la verdad) son numerosos y podemos decir que se les encuentra frecuentemente entre los procesalistas. TARUFFO, MICHELE en “Verificación de los hechos y contradictorio en la tutela sumaria”. Congreso Internacional de Derecho Procesal Civil, Derecho Procesal Penal y Derechos Procesal Constitucional. Universidad de Lima, octubre de 2007.

- a) *La prueba busca la verdad de los hechos del proceso*<sup>5</sup>(llamada tesis del cognoscitismo).<sup>6</sup>
- b) *La prueba busca lograr la convicción del juez para que resuelva el conflicto admitiendo las posturas de la parte que logró convencerlo* (conocida como la concepción persuasiva).<sup>7</sup>
- c) *La prueba busca determinar o fijar formalmente los hechos mediante determinados procedimientos* (conocida como fijación de los hechos).<sup>8</sup> Aunque conviene advertir que el mayor debate se ha centrado en las dos primeras tesis.

## 2.1 La prueba busca la verdad de los hechos del proceso (concepción cognoscitivista o racionalista):<sup>9</sup>

De acuerdo con estas reconstrucciones –describe Daniela Accatino- la concepción racionalista ve en la prueba un instrumento de conocimiento, una actividad encaminada a averiguar la verdad sobre los hechos litigiosos, entendida ésta bajo una noción correspondentista. Esa asunción de la verdad como fin de la prueba se considera requerida por la comprensión de la función judicial como función de aplicación del derecho al caso concreto, que supone que la consecuencia normativa se aplique si el hecho previsto como supuesto en el antecedente de la norma ha tenido efectivamente lugar (Ferrajoli 1995: 37; Taruffo 1997 y Taruffo 2003), o incluso por la definición del derecho como un

- 
- 5 Esta posición es defendida por MICHELE TARUFFO en su obra *La prueba de los hechos*. Pero tiene como predecesores a BENTHAM Y BONNIER, esta tesis lanza la premisa de que una proposición está probada si es verdadera y hay elementos de juicio suficientes a su favor. Aunque esta tesis tiene su derivado en aquella posición (sostenida por Ferrajoli y Chiarloni) que manifiesta que “la relación existente entre la prueba y verdad es más bien teleológica; esto es, no adjudica a la verdad ningún papel definitorio de la prueba, sino que la considera el objetivo último de la actividad probatoria. La finalidad principal de la actividad probatoria es alcanzar el conocimiento de la verdad acerca de los hechos ocurridos y cuya descripción se convertirá en premisa del razonamiento decisorio (...) La diferencia entre ambas es que la primera supone la vinculación entre la verdad y la prueba como resultado y la segunda plantea una relación entre la verdad y la prueba como actividad probatoria”. FERRER BELTRÁN. Jordi. *Prueba y verdad en el Derecho*. Op. citada, pp. 55-56.
  - 6 Sobre los estudios de la tesis racionalista Daniela Accatino, precisa que en la literatura teórica más reciente que cultiva esos temas es usual encontrar adscripciones o referencias explícitas a una concepción “racionalista” o “cognoscitivista” de la prueba, que sería compartida por autores como Michele Taruffo, Marina Gascón, Daniel González, Jordi Ferrer y Carmen Vázquez. Una etiqueta similar, “tradición racionalista”, comenzó a ser utilizada algunos años antes en el ámbito angloamericano, cuando también allá se perfilaba una aproximación teórica a la prueba jurídica – la New Evidence Scholarship. En ese contexto William Twining (1982) identificó con la noción de “tradición racionalista” un conjunto de asunciones compartidas, explícita o implícitamente, por los grandes tratadistas modernos de derecho probatorio (desde Gilbert y Bentham en el siglo diecinueve, a Thayer y Wigmore en el siglo veinte), que seguiría actuando luego como una suerte de arena común para las discusiones sobre el razonamiento probatorio que la New Evidence Scholarship propiciaba. Accatino, Daniela. Teoría de la prueba: ¿Somos todos “racionalistas” ahora? *Revus, Journal for constitutional Theory and Philosophy of Law*, 39/2019. *Revus* (2019) 39. URL: <http://journals.openedition.org/revus/5559>
  - 7 Entre otros autores esta posición la defiende Devis ECHANDÍA en su libro *Teoría General de la Prueba Judicial*. Editorial Themis S.A. Bogotá 2002. Parte de la idea de que la teoría de la verificación de la verdad de los hechos como fin de la prueba ha sido abandonada por la mayoría de los autores. El fin de la prueba es darle al juez el convencimiento o la certeza sobre los hechos, que es la creencia de conocer la verdad o de que nuestro conocimiento se ajusta a la realidad, lo cual le permite adoptar su decisión.
  - 8 Esta tesis es sostenida por FRANCESCO CARNELUTTI en “*La proba civile*”: de forma general, probar significa, en efecto, demostrar la verdad de una proposición afirmada. En cambio, en el ámbito jurídico, el control de los hechos controvertidos por parte del juez puede no realizarse mediante la búsqueda de la verdad, sino mediante los procedimientos de fijación normal. Si la ley da cuenta de estos procesos bajo el nombre de prueba, esto supone que el contenido propio del vocablo en el lenguaje jurídico se altera y se deforma. Probar, en efecto, ya no significará demostrar la verdad de los hechos controvertidos, sino determinar o fijar formalmente los hechos mediante determinados procedimientos. CARNELUTTI, FRANCESCO. *La prueba civil*. Editorial Ediciones Acayú. Buenos Aires, p. 55.
  - 9 Daniela Accatino identifica en la tesis de la racionalidad de la prueba, dos posiciones. Las tesis sobre la prueba en el derecho pueden sintetizarse en dos: a) la tesis de la búsqueda de la verdad como fin preferente de la prueba jurídica, que reconoce a la averiguación de la verdad respecto de los hechos del caso prioridad como fin de la actividad probatoria y de la regulación jurídica de la prueba, y b) la tesis, derivada de la anterior, de la justificación probatoria como caso especial de la justificación epistémica general, que afirma la debida aplicación a la valoración de la prueba de los criterios de la racionalidad epistémica general, mediante la construcción de inferencias inductivas basadas en generalizaciones empíricas que permiten justificar conclusiones de carácter probabilístico. Se trata de dos tesis normativas, que identifican las bases de un derecho y un razonamiento probatorio racionales en tanto instrumentalmente funcionales a la averiguación de la verdad y la minimización del riesgo de error. Como puede apreciarse en la formulación de estas dos tesis definitorias del racionalismo probatorio, la coincidencia en ellas no excluye la posibilidad de discrepancias respecto del alcance de la preferencia a favor de la verdad como fin justificativo de las normas probatorias y de la especialidad del razonamiento probatorio respecto del puramente epistémico. Accatino, Daniela. Op. Citada.

orden cuya función principal es dirigir la conducta de sus destinatarios (Ferrer 2007: 29ss). Y de esa relación teleológica entre prueba y verdad la concepción racionalista deriva la sujeción de la valoración de la prueba a los criterios generales de la racionalidad epistémica, que suelen identificarse con el método de la corroboración y refutación de hipótesis. Esto implica a su vez tanto la asunción de la libre apreciación como modelo general de valoración normativamente óptimo como su interpretación en términos de un reenvío a esos criterios. Aun bajo esas condiciones normativamente óptimas, sin embargo, se reconoce que el conocimiento que es posible obtener mediante la prueba es sólo probable y falible, dada su naturaleza inductiva y las limitaciones que se derivan de su institucionalización.<sup>10</sup>

Es posible que, con la prueba, las partes busquen que se determine la verdad de los hechos propuestos en la *causa petendi*, pero, no se trata de encontrar la verdad en términos absolutos. Corresponderá al juez, tomando las afirmaciones realizadas por las partes y contrastando el material probatorio, determinar qué hechos son verdaderos y cuáles no lo son, logrando así establecer la verdad a partir de las afirmaciones efectuadas por las partes respecto de los hechos controvertidos. Es una verdad que queda establecida en el proceso a partir de la actividad de las partes.

Aunque conviene decir que las posiciones en doctrina han llegado a sostener que en el proceso resulta imposible encontrar la verdad (entendida ésta en términos absolutos),<sup>11</sup> aun con esta posición en contra, consideramos que con la prueba se debe buscar una aproximación a la verdad,<sup>12</sup> se debe intentar, tentar reconstruir el pasado buscando acercarnos a la verdad de lo que ocurrió en la realidad.<sup>13</sup> En el proceso no se debe renunciar a la búsqueda de una aproximación a la verdad<sup>14</sup> de los hechos vinculados al conflicto.<sup>15</sup> Esta última tesis sustentada en la verosimilitud, tampoco es pacífica, ya que el propio Devis ECHANDÍA sostiene que no es admisible considerar como fin de la prueba el obtener la verosimilitud del hecho, es decir, su mayor probabilidad y citando a WACH y a

---

10 Accatino, Daniela. Op. Citada.

11 Dijo GENUZIO BENTINI (en su libro *La mentira en los tribunales*): “La verdad, la legítima, jamás es aquella que se conoce (...) Me he convencido de que la verdad no entra en la Sala del tribunal ni tampoco en pleito celebre alguno. Ella se ha quedado siempre en las escaleras o en la calle”. Citado por GOZAINI, Osvaldo Alfredo. “La verdad y la prueba” en *Revista de derecho procesal* 2005.1. Prueba – I, dirigida por Roland ARAZI. Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2005, pp. 77 a 103.

12 Twining identifica como central es el compromiso con una forma ‘racional’ de determinación de los hechos, en contraste con las antiguas formas ‘irracionales’ a través de duelos u ordalías, y la adopción de una específica perspectiva acerca de la ‘racionalidad’, propia de la filosofía empirista de Bacon, Locke y Mill (Twining 2006: 78). Especificaciones de esa aproximación serían las siguientes asunciones: a) que el conocimiento de hechos particulares del pasado es posible; b) que la determinación de la verdad de los hechos objeto de un proceso judicial es típicamente un asunto de probabilidades y no de certezas absolutas; c) que pueden formularse juicios sobre la probabilidad de una alegación de hecho razonando a partir de evidencias relevantes presentadas a quien debe decidir, que el modo característico para razonar a partir de ellas es la inducción y que los juicios de probabilidad deben basarse, de manera general, en el conocimiento común disponible acerca del curso regular de los acontecimientos (Twining 2006: 76). Aunque no la identifica en lista de asunciones con que caracteriza el segundo de los modelos distintivos de la tradición racionalista, Twining constata luego la adhesión, entre los autores estudiados, a una noción correspondentista de verdad (Twining 2006: 78; Anderson, Schum & Twining 2005:79). Accatino, Daniela. Op. Citada.

13 La verdad, en el sentido de cómo son las cosas, no está en juego en el proceso. Lo que interesa al proceso judicial es la correspondencia entre lo que se dice que las cosas son (afirmaciones) y las pruebas. SOSA, TORIBIO Enrique. “*El fin de la prueba*”. En *Revista de derecho procesal* 2005.1. Prueba – I, dirigida por Roland ARAZI. Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2005, pp. 243 a 251.

14 Si en el proceso el juez reconstruye el pasado, lo hace con hechos propuestos por las partes, en los cuales no estuvo presente, reconstruirlo entonces, no es fácil, más aun si tiene la limitación que en la aproximación a la verdad sólo se debe basar en los hechos propuestos por las partes y que llegan al proceso muchas veces no precisamente en su estado original, de ahí la expresión de que el juez tiene en el proceso “hechos de segunda mano”, por lo cual la tarea de encontrar la “verdad” con los hechos suministrados por las partes resulta ser una labor harto difícil, por lo cual, consideramos que no es posible con la prueba judicial “hallar” una “verdad absoluta”, incontrastable, incontrovertible, pero, ello no significa que el juez y las partes deban renunciar a una aproximación a la verdad, a un acercamiento a la misma.

15 Aunque esta tesis es rechazada tajantemente por TARUFFO al sostener que es habitual encontrar la afirmación de que el proceso está dirigido hacia la determinación de la verdad de los hechos o, al menos de su verdad probable. Sin embargo, es habitual que esta afirmación carezca de justificación o de análisis crítico y se reduzca a una mera petición de principio fácilmente destinada a ser contradicha hasta por el propio autor cuando se ocupa de otros aspectos del proceso o al definir las funciones de este. TARUFFO, MICHELE. Op. Citada, p. 56.

CARNELUTTI si se excluye la certeza del campo de los resultados de la prueba, "sería tan sólo prueba lo que no produce prueba alguna, porque no aporta certeza alguna" (Op. Citada).

De otro lado, se considera que al tener la prueba un destinatario -el juez-, las partes con la prueba buscan crear convicción en otro sujeto, su objeto es la búsqueda del convencimiento en un tercero imparcial respecto de los hechos del proceso, busca convencer al juez de que éstos corresponden a la realidad, con lo cual tenemos que la prueba igualmente -según esta tesis- busca la convicción, convencimiento a quien tiene en sus manos la resolución del conflicto, convencer al juez de lo que sostenemos es verdadero, es importante para esta tesis, pues es él quien debe decidir a cuál de las partes le corresponde la razón en el proceso.

La posición bivalente de estos dos fenómenos en el proceso: verdad y convicción, de alguna manera es considerada por CARDOSO para el cual la prueba en general busca la verdad y la prueba judicial busca la convicción del juez, por lo cual, sostiene que de forma general el fin de la prueba es establecer la verdad. Pero tal cosa no es absoluta si se trata de la prueba judicial porque su finalidad es, además, eminentemente procesal puesto que sirve de fundamento para la decisión del juez. Por lo que concluye que el fin de la prueba consiste en dar al juez convicción suficiente para que pueda decidir con certeza sobre el asunto.<sup>16</sup>

Así entendido el problema, tenemos que la búsqueda de la verdad<sup>17</sup> en el proceso a través de la prueba es un gran punto de controversia en la doctrina, ya que se sostiene -por un lado- que no es posible encontrarla en pureza, quien la descubre al final del proceso es el juez, pero lo hace a través de los hechos propuestos por las partes, la cual no necesariamente coincide -muchas veces- con la verdad ocurrida en la realidad.

Por lo cual, un sector de la doctrina parte de la premisa de que, si metafísicamente no es posible encontrar la verdad, pues este es un concepto etéreo, entonces, ello tampoco es posible en el proceso. La verdad según DEVIS ECHANDÍA es una noción ontológica, objetiva, y el conocimiento que creemos tener de ella es subjetivo. Si el fin de la prueba fuese la verdad, resultaría que en muchos procesos no se habrían cumplido ese fin, a pesar de que el juez hubiera adoptado una decisión convencido por ella (Op. Citada).

PARRA QUIJANO expresa la idea de que toda verdad es relativa no cualitativamente, sino cuantitativamente, ya que no hay verdades absolutas, las cuales requerirían instrumentos ilimitados y sin ninguna utilidad. Esa verdad absoluta sólo tiene "realidad" en la imaginación.<sup>18</sup> En su oportunidad GOLDSCHMIDT señalaba sobre este debate que el fin de la prueba es lograr el convencimiento del juez, siendo la verdad que se persigue sólo relativa, es decir, simple verosimilitud, debe sustituirse el patrón objetivo para apreciarla por uno objetivo: el convencimiento del juez. Con lo que tenemos que la posición de la verdad en el proceso es relativizada por la doctrina. Por su parte WACH afirma que la comprobación de la verdad no es la finalidad del proceso civil, ni puede serlo.

En esta misma línea encontramos a CABAÑAS quien afirma que la palabra "prueba" identifica en su mejor acepción técnica y pura, al ya referido estado psicológico de convencimiento del juez sobre la veracidad de todos o algunos de los hechos alegados por las partes. En efecto, una afirmación de hecho no estará "probada" aunque se utilice en tiempo y forma oportunos alguno de los instrumentos previstos por la legislación, si finalmente tal actividad no excita en el juez la certidumbre de la realidad física del acontecimiento descrito en esa afirmación.<sup>19</sup>

Y de otro lado, se considera que entre las finalidades del proceso se encuentra "la de verificación de la verdad de los hechos de la causa. Considerando el plano filosófico y epistemológico general en donde se va recuperando el valor ético-político y científico de la verdad, existen razones válidas para sostener que la verdad es también un *valor procesal*, en el sentido que el proceso debe estar dirigido a la consecución de decisiones justas y correctas" (TARUFFO).

Sobre la verdad del proceso PARRA QUIJANO expresa: i) Limitamos esa averiguación a los hechos y se ha sostenido sensatamente que el hombre teóricamente sí tiene acceso a la verdad; ii) Ideológicamente resulta muy difícil

---

16 CARDOSO ISAZA, Jorge. Pruebas Judiciales. Editorial Ediciones Librería del Profesional. Bogotá 1986, p. 19.

17 El concepto de verdad se relaciona estrechamente con la esencia del conocimiento. Un conocimiento es verdadero cuando su contenido concuerda con el objeto mentado, implicando el concepto de verdad la relación existente entre el sujeto y el objeto. VARELA, CASIMIRO A. Valoración de la prueba. Editorial Astrea. Buenos Aires 2004, p. 68.

18 PARRA QUIJANO, Jairo. *La concepción ideológica de las pruebas en el proceso civil* en Revista Jurídica Advocatus 11-2004-II.

19 CABAÑAS GARCÍA, Juan CARLOS. *La valoración de las pruebas y su control en el proceso civil*. Editorial Trivium SA. Madrid 1992, p. 21.

sostener que una decisión sobre los hechos es justa, si no se ha logra averiguar la verdad de los mismos; iii) Es posible prácticamente averiguar la verdad, con más dificultad en aquellos países donde no hay limitaciones a los medios probatorios y no existe tarifa legal. Sin embargo, cuando no existen esas libertades no se puede negar que no sea posible averiguar la verdad.

La aspiración de encontrar la verdad en el proceso – sostiene MONTERO AROCA- es un mito en el proceso con el cual se debe acabar, por lo cual expresa que sin pretender plantear cuestiones metafísicas (la verdad a la que se llega por la inteligencia), físicas (la verdad que proporcionan los sentidos) o históricas (la verdad que nos narran otras personas) puede afirmarse que hoy se reconoce comúnmente que esa aspiración era demasiado ambiciosa.<sup>20</sup> Aunque la tesis persuasiva del juez no escapa a las objeciones de la doctrina ya que se sostiene que estas propuestas alimentan una concepción *persuasiva* de la prueba que entiende que la finalidad de ésta es sólo persuadir con el objetivo de obtener una resolución favorable. Por ello, la prueba, en cuanto actividad consistente en comprobar la verdad de enunciados fácticos, es un sinsentido: ni siquiera puede discutirse si el conocimiento<sup>21</sup> del juez es correcto o equivoco; simplemente está persuadido.<sup>22</sup>

Trionfetti estima que el proceso civil no busca la “verdad” sino la seguridad jurídica, y que la eventual coincidencia de determinados eventos históricos con lo expresado en la sentencia es una probabilidad, no una necesidad, para que el proceso sea dirimido.<sup>23</sup>

## 2.2 La prueba busca lograr la convicción del juez para que resuelva el conflicto:

Por otro lado, la doctrina ha cuestionado la tesis persuasiva por estar basada en el subjetivismo del juez, en el estado psicológico al momento de resolver. En este caso – sostiene Ferrer- tampoco se deja ningún espacio para el error: si el juez alcanza la convicción, el hecho está probado. En caso contrario, no lo está. Y ello depende únicamente del aspecto subjetivo psicológico del juez, que nadie más que él puede determinar, conduciendo necesariamente a una concepción irracional de la prueba. La concepción analizada conlleva un problema añadido.

Así, se confunde la noción de prueba con la actitud proposicional del juez acerca de los enunciados que se declaran fundados. Y se vincula, además, la prueba con la creencia (la convicción), de modo que no se puede dar cuenta de un importante número de casos, en los que por razones muy diversas el juez se ve obligado a declarar hechos probados con independencia (y hasta en contra) de sus creencias acerca de los hechos del caso.<sup>24</sup>

Según esta perspectiva, que ciertamente tiene su punto de partida en los estudios clásicos (aristotélicos y ciceronianos, por ejemplo), la dimensión retórico-persuasiva de una argumentación presentaría un carácter *manipulativo* que, apelando a la irracionalidad del interlocutor, más que su racionalidad, estaría en capacidad de inducir a una tercera vía en la formación de la convicción sobre los fundamentos de dicha argumentación (La Torre, 2008; Scarmadella, Forthcoming)<sup>25</sup>

---

20 Así sostiene el mismo autor que de los hechos controvertidos debe recordarse que la actividad probatoria no es investigadora, sino simplemente verificadora, por lo cual la búsqueda de la verdad no puede ser función de la prueba civil. Si los hechos controvertidos pueden ser sólo los afirmados por las partes, sin los medios de prueba a practicar han de ser únicamente los propuestos por las partes y si todo se reduce a que mediante éstos se trata de verificar aquellos, no hace falta más para convencernos de la verdad ésta fuera del alcance de la prueba procesal. MONTERO AROCA, Juan *en La Prueba*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid 2000, pp. 24-25.

21 Ya Platón, en su diálogo con Teetetos, había dicho que son tres los requisitos para que pueda hablarse de conocimiento: creencia, verdad y prueba. En primer lugar, quien formula la afirmación debe creer en ella; en segundo lugar, el conocimiento expresado debe ser verdadero, y, en tercer término, debe haber pruebas de aquel. VARELA, CASIMIRO A. Op. Citada, p. 69.

22 GASCÓN ABELLÁN, MARINA. *Concepciones de la prueba*. Observaciones a propósito de algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad, de MICHELE TARUFFO. En [www.cervantesvirtual.com](http://www.cervantesvirtual.com)

23 TRIONFETTI, Víctor. “La construcción de los hechos en el proceso”. Revista de Derecho Procesal 2005-I: Prueba, Tomo I, dirigido por Rolando Arazi, Santa Fe 2005. Editorial Rubinzal Culzoni, pp. 105 a 112.

24 FERRER BELTRÁN, Jordi. Op. Citada, p. 67.

25 Di Donato y Scarmadella, Francesca. Una aproximación epistemológica-contextual al conocimiento de los hechos en el proceso. El modelo de Michele Taruffo, entre perspectivas analíticas y aperturas interdisciplinarias. En *Debatiendo con Taruffo*. Marcial Pons. Madrid 2016, p. 303.

Sostiene Daniela Accatino que la concepción racionalista de la prueba se suele contrastar con la persuasiva, que entendería a la prueba solamente como un “instrumento de persuasión”, en cuanto el criterio de decisión acerca de lo probado consistiría únicamente en la convicción juzgador, libre de justificación y controles.<sup>5</sup> La forma en que se establecería la contraposición entre esta segunda concepción de la prueba y la racionalista o cognoscitivista no queda, sin embargo, delineada claramente.<sup>6</sup> Pues la identificación de lo probado con aquello que suscita el convencimiento del juzgador podría no ser incompatible con la asunción de la averiguación de la verdad como finalidad de la prueba y aparecer ligada, más bien, a una comprensión de la intermediación como una vía de acceso directo a esa verdad, a través de la impresión global que las pruebas producen, bajo una suerte de objetivismo ingenuo o acrítico (como sugieren Gascón 2003: 47ss., Ferrer & González 2003, Bayón 2008), de modo que el contraste se produciría en el nivel de la epistemología o filosofía del conocimiento subyacente. La concepción persuasiva asumiría entonces que la existencia de convicción sería el efecto evidente, inescrutables críticamente, de la suficiencia epistémica de las pruebas cuyo contenido ha sido percibido por el juzgador. Pero también cabe una segunda forma de articulación del contraste, que parece ser asumida en cambio por Taruffo (1990: 429ss) y que vincula la identificación entre prueba y convicción con una concepción del proceso, y en especial del proceso civil, como instrumento para la resolución de conflictos que sólo requeriría la ‘fijación formal’ de los hechos por el juez.<sup>26</sup>

Se ha considerado incluso que ambas posiciones (tesis cognoscitivista y concepción persuasiva) no son excluyentes ni contradictorias, pues *lograr la verdad* de los hechos (las pruebas son los diversos medios por los cuales llega la inteligencia al descubrimiento de la verdad”: BONNIER<sup>27</sup>) y crear *convicción en el juez*<sup>28</sup> (“la actividad procesal, realizada con el auxilio de los medios previstos o autorizados por la ley, y encaminada a crear la convicción judicial acerca de la existencia o inexistencia de los hechos afirmados por las partes en sus alegaciones”: Palacio), son dos elementos sustanciales y que coexisten en el proceso. La posición de Marina Gascón se torna relevante en este aspecto, pues, considera que por lo general estas concepciones de la prueba (se refiere a la tesis persuasiva y cognoscitivista) no suelen presentarse en estado puro sino que en todo proceso se entremezclan y conviven puntos de vista e intereses adscribibles a ambas, creo que no sólo es posible sino también útil confrontarlas desde una perspectiva (más amplia) que teorice la prueba desde la concepción dominante del proceso, y no desde el punto de vista de cada uno de los sujetos que participan en él.<sup>29</sup> Descartando de alguna manera que la tesis persuasiva tiene que ver con el punto de vista del abogado y la cognoscitivista con el punto de vista del juez. Esta posición bivalente la encontramos en la definición de prueba que nos proporciona QUEVEDO MENDOZA al definirla como la actividad, regulada por la ley procesal, que realiza el juez, las partes y los terceros, para poner a disposición del primero los instrumentos de cuya valoración aquél extraerá las razones o argumentos con los que formará su convicción acerca de la verdad de los hechos que han sido sometidos a su conocimiento y decisión.<sup>30</sup>

Se refleja entonces una dicotomía con posiciones contrapuestas que la determina Dei Vecchi siguiendo el pensamiento de Taruffo, dos concepciones contrapuestas de la prueba judicial: prueba como conocimiento y prueba como persuasión. En ese sentido, se ha dicho que “una concepción de este tipo (de la prueba como medio de persuasión) es compatible (y más aún implica) una concepción irracional de la valoración de la prueba”. De este modo, se entiende que la concepción persuasiva hace colapsar confirmabilidad y verdad, de modo que es verdadero aquello, y solo aquello “que resultado probado en el proceso”. En este sentido, si probado en el proceso significase corazonada o convicción irracional del decisor, entonces la verdad sería el contenido proposicional de la corazonada o convicción irracional. Pero, Dei Vecchi postula una posibilidad de matizar el pretendido enlace necesario entre

---

26 Accatino, Daniela. Op. Citada.

27 Citado por MONTERO AROCA, Juan en *La Prueba*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid 2000, p. 23.

28 ARAZI expresa como postura tradicional de la prueba que cuando nos referimos a la convicción del juez, no identificamos esta noción con la verdad, no podemos decir que el juez tiene que llegar a la verdad, ya que ésta puede ser inaccesible; pero sí tiene que procurar convencerse de que ha alcanzado la verdad; ésta existe de por sí, en forma independiente de toda relación con el sujeto; en tanto que la certeza es la que lleva al juzgador a creer, sin lugar a dudas, que su conocimiento coincide con la verdad, y veremos seguidamente que, para lograr tal certeza, tiene que utilizar todos los medios probatorios que autorizan las leyes procesales. Sólo en caso de imposibilidad absoluta de lograr certeza, recurrirá a las reglas sobre carga de la prueba y fallará en contra de quien dejó incumplida tal carga. Sosteniendo que actualmente el juez tiene la posibilidad de investigar en el proceso la existencia de fuentes de prueba aun cuando ellas no hayan sido mencionadas por las partes. ARAZI, Roland. *La prueba en el proceso civil*. Ediciones La Rocca. Buenos Aires 2001, p. 32.

29 GASCÓN ABELLÁN, MARINA. *Concepciones de la prueba*, Op. Citada.

30 QUEVEDO MENDOZA, EFRAÍN. “*Prueba: ensayo de un concepto general*”. En *Revista de derecho procesal* 2005.1. Prueba – I, dirigida por Roland ARAZI. Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2005, pp. 23 a 51.

prueba como persuasión y valoración irracional de la prueba, así como también como incompatibilidad con el concepto de verdad como correspondencia.<sup>31</sup>

### 2.3 La prueba busca fijar los hechos del proceso:

Con relación a la posición de CARNELUTTI respecto a que la finalidad de la prueba es determinar o fijar formalmente los hechos mediante determinados procedimientos, tiene varios seguidores y de ella podemos rescatar que niega enfáticamente que el vocablo prueba en sentido jurídico sirva para la búsqueda de la verdad a través del control de los hechos controvertidos. Lo cual lleva a CARNELUTTI a sostener que la verdad es como el agua: o es pura o no es verdad. Cuando la búsqueda de la verdad material está limitada en el sentido de que ésta no puede ser conocida en todo y mediante cualquier medio, con independencia de si el límite es más o menos riguroso, el resultado es siempre el mismo: no se trata de una búsqueda de la verdad material, sino de un proceso de fijación formal de los hechos.<sup>32</sup> Con esta tendencia –alega GOZAINI– se concreta la idea de una sola versión para la verdad. CARNELUTTI elimina el mito de la verdad formal, para centrarla en los hechos que con la prueba se determinan. No se refiere al tipo de circunstancias que deben probarse, ni a la apreciación que sobre ellas se ha de realizar, porque estas cuestiones dependen del sistema legal imperante. Con esta regla, el objeto de la prueba persigue la seguridad de encontrar en los relatos y afirmaciones una verdad única que permita llegar a la sentencia componiendo la *litis* con justicia y razón.<sup>33</sup>

### 3. Tratando de asumir posición:

Sea cual fuere la posición de mayor aceptación en la doctrina<sup>34</sup>, lo cierto es que el juez se encuentra en medio de ambas posiciones, el juez es el destinatario de la prueba producida por las partes, es el juez quien valora la prueba, siendo él quien finalmente resuelve el conflicto con la sentencia, y cuando lo resuelve lo hace tratando de llegar a la verdad de los hechos conforme a lo suministrado por las partes y emite sentencia a favor de la parte que mejor logró establecer la veracidad de los hechos afirmados. Ello sin perder de vista que en el proceso civil cada parte cree tener la verdad de los hechos y busca afirmarlos como mejor conviene a su defensa, si ambas partes sostienen afirmaciones falsas, no verdaderas, entonces el juez resolverá como medias verdades.

Lo expuesto sirve para rescatar lo trascendente de la labor del juez en el proceso, aun ante la interrogante si lo que ¿debe primar es la verdad de los hechos de la causa o la tesis de lograr la convicción en el juez, o ambas?, ahí es donde justamente radica la importancia que el juez tenga un manejo adecuado de la prueba, más concretamente en la etapa de valoración del material probatorio, de lo contrario el resultado de su labor será incorrecta e insatisfactiva, no solo para las partes sino para la sociedad en general.

Por el momento, asumo la posición de que la prueba busca la verdad de los hechos afirmados por las partes en el proceso. Dejando constancia –como lo hacen los que defienden esta tesis– que la prueba no busca la verdad absoluta, sino la que la verdad de las afirmaciones realizadas por las partes en el proceso, que la verdad se restringe a lo que resulta del proceso y no a otra situación. Es la verdad producto de las alegaciones probadas y no probadas por las partes en el proceso y sirve únicamente para el caso juzgado.

---

31 Dei Vecchi, Diego. La prueba judicial como conocimiento: Una caracterización poco persuasiva. En *Debatiendo con Taruffo*. Marcial Pons. Madrid 2016, p. 282.

32 CARNELUTTI, FRACESCO. Op. Citada. Pág. 33-34. El maestro italiano precisó que el proceso de búsqueda sujeto a normas jurídicas, que restringen y deforman su pureza lógica, no puede ser sinceramente considerado como un medio para el conocimiento de la verdad de los hechos, sino como una fijación o determinación de los propios hechos, que puede coincidir o no con la verdad de los mismos y es absolutamente independiente de ello.

33 GOZAINI, Osvaldo Alfredo. “*La verdad y la prueba*”. Op. Citada.

34 Nuestro Tribunal Constitucional se ha plegado al parecer a la tesis de la convicción conforme se aprecia de la STC No. 4226-2004-AA al precisar que “el derecho a una sentencia debidamente justificada no se agota en la mera enunciación de la norma aplicable a un caso, sino que importa de manera gravitante la acreditación de los hechos y la forma en que estos han sido introducidos al proceso, a *afectos de crear convicción en determinado sentido al juzgador*” (resaltado nuestro).



No es una verdad absoluta ni filosófica, no es una verdad como la ideal e inalcanzable, no es una verdad que no admita cuestionamientos (puede estar vinculada al error por estar sustentada en una premisa falsa), es la mejor forma de aproximarse a lo que ocurrió en la realidad. Taruffo se refiere a una verdad relativa.<sup>35</sup>

Por lo cual, la búsqueda de la verdad en el proceso puede ser un acercamiento a lo que sucedió realmente entre las partes antes de iniciar la relación procesal. Nunca la verdad en términos absolutos.

Puede decirse, por tanto, que en el proceso es posible que no lleguemos a la verdad de lo que realmente ocurrió en la realidad, pero, ello no impide buscar una verdad probable a partir de la prueba aportada en un proceso concreto. Por ello, es que alguna tesis teórica apunta a señalar que la prueba nos puede llevar a una verdad en grado de probabilidad (González Lagier).

Taruffo señala que en el lenguaje corriente se utilizan varios conceptos de verdad con referencia a los hechos de la causa, con la consecuencia de esta noción acaba siendo vaga, ambigua y sustancialmente indeterminada. Agrega que en la epistemología moderna se reconoce ya uniformemente que no existen verdades absolutas (salvo quizá, en alguna metafísica o teología), y que cada verdad no puede ser otra cosa que algo relativo al contexto en el cual se obtiene. Puede haber contextos más o menos idóneos para la búsqueda de la verdad. Si eso es obvio en general, no se puede uno maravillar del hecho de que tampoco la verdad que se obtiene en el proceso pueda ser pensada nunca como absoluta. Cada verdad procesal, como toda verdad extraprocesal, es entonces relativa.<sup>36</sup> Señala adicionalmente que no está en duda que la verdad de la cual se puede hablar en el ámbito del proceso es relativa, contextual, aproximada y dependiente de la cantidad y calidad de la información que las pruebas introducen en el proceso. Por otro lado, sin embargo, eso no implica que el valor de la verdad se tiene que poner en el mismo plano de cualquier otro valor o interés que pueda tener alguna relevancia, ni mucho menos que el valor representado por la búsqueda de la verdad debe sacrificar siempre para dar la prioridad a cualquier otro valor o interés que, por alguna razón, pueda entrar en conflicto con la búsqueda de la verdad. El problema, entonces, no se resuelve simplemente con constatar que estos factores necesariamente tienen que tener prevalencia. Lo que hace falta es, en cambio, una más apropiada calificación del valor representado por la verdad en el ámbito del proceso.<sup>37</sup>

En esa misma línea se pronuncia González Lagier quien precisa que en el proceso judicial una hipótesis se considera verdadera (correspondiente con la realidad) cuando ha sido probada y ha sido probada cuando, tras la valoración de la inferencia, alcanza un alto grado de credibilidad. Cuando decimos que el enunciado x, al que hemos llegado tras la valoración de la prueba, es verdadero, en realidad estamos diciendo que es “probablemente verdadero”, esto es, que probablemente se ajusta a la realidad. La verdad procesal no es nunca una verdad absoluta, sino aproximativa. O, mejor dicho, puede que haya enunciado con significado empírico absolutamente

---

35 No se puede negar –sostiene Taruffo– en efecto, que en el contexto concreto del proceso no se puede llegar a la verdad absoluta. El proceso es una empresa humana con todos los límites de la empresa humana, por lo que no puede sino aspirar al descubrimiento de *verdades relativas*. Nada hay de extraño o de negativo en esto: también la ciencia es intrínsecamente falible así que se ocupa de verdades relativas (como ya se ha dicho, de verdades relativas al conocimiento y a la información disponible. Por otra parte, en los campos más diversos de la experiencia se toman decisiones de gran importancia en base a la verdad de vez en cuando relativa a la información (o sea: las pruebas) a la cual pueda referirse. De otro lado, en el proceso no se discute sobre la verdad metafísica o absoluta, sino que se discute la verdad o falsedad de uno o de algunos enunciados relevantes a los hechos de la causa. Taruffo, Michele. El concepto de “prueba” en el derecho proceso en *La prueba: teoría y práctica*. Universidad de Medellín, Sello editorial Universidad de Medellín. Medellín 2019, p. 32.

36 Marina Gascón señala que el conocimiento de los hechos que tiene lugar en la prueba judicial es imperfecto o relativo, lo que obedece a dos tipos de razones. De un lado, razones institucionales: la prueba judicial, en cuanto actividad encaminada a averiguar la verdad de los hechos relevantes para la causa, no es una actividad libre, sino que se desarrolla a través de un más o menos estricto sistema de reglas y causas institucionales que muchas veces limitan y otras claramente impiden la consecución de este objetivo. De otro lado, razones epistemológicas: el razonamiento probatorio está constituido básicamente por inferencias inductivas basadas en leyes probabilísticas o incluso por inferencias basadas en generalidades sin demasiado fundamento o sencillamente en prejuicios. Por las razones señaladas no puede suponerse que los resultados de la prueba garanticen la certeza absoluta sino solo un cierto “grado de certeza” o de probabilidad sobre la verdad del enunciado probado. Gascón, Marina. Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos. En [www.biblioteca.org.ar](http://www.biblioteca.org.ar).

37 Taruffo, Michele. Verdad, prueba y motivación de la decisión sobre los hechos. Cuadernos de divulgación de la justicia electoral No. 20. Editado por el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. México 2013, pp. 40 y 50.

verdaderos (en el sentido de totalmente correspondientes con la realidad), pero nosotros nunca podemos tener absoluta certeza de ello, así que debe bastarnos con que tenga un grado de elevado de credibilidad.<sup>38</sup>

Por ello, es que tomamos partido por la tesis cognoscitivista, aquella vinculada a la verdad de los hechos en el proceso, a la que se llega a través de las afirmaciones fácticas de las partes y no por la tesis persuasiva, relacionado con la convicción que se crea en el juez a partir de la prueba, siendo esta última extremadamente subjetiva y poco racional, porque se entiende con ella que la partes buscan “convencer” al juez y este convencido decide la controversia. Cavallone, es crítico de la función persuasiva, esta –sostiene- es una visión no solo arcaica sino que es una actitud abogadesca del juicio de los hechos, del todo incompatible con la moderna concepción racional de la prueba”<sup>39</sup>

Descartamos la tesis persuasiva o de la convicción, ya que como lo sostiene Alfaro desde esta posición se afirma que la prueba es un medio o instrumento básicamente de persuasión,<sup>40</sup> dejando de lado la racionalidad de los argumentos que respaldan la creencia de un sujeto y se ubica en el plano de los hechos psicológicos, con el propósito de formar estados mentales o convicciones (función retórica).<sup>41</sup>

El uso de la convicción para la valoración probatoria es atacado frontalmente por la doctrina, se señala que se trata de “un acto puramente subjetivo, irracional e incontrolable (de hecho, normalmente se excluye que el juez pueda justificar su decisión en la motivación de la sentencia). Si se sigue esta línea de pensamiento, se convierte en un sin sentido hablar de razonamiento probatorio y de estructura de la prueba, porque precisamente la decisión sobre los hechos no sería fruto de un razonamiento sino de algún tipo de intuición no racional”.<sup>42</sup>

La tesis que acogemos es la que más compatibiliza con nuestra Constitución, puesto que en un Estado Constitucional de Derecho el proceso debe tener como objetivo principal encontrar la verdad, la justicia material en cada caso debe apuntar a ello. Sería entonces posible sostener que la finalidad esencial del proceso es la búsqueda de la verdad, siendo la actividad probatoria en el proceso la que logra este propósito. Nieva<sup>43</sup> precisa “que como finalidad material de la prueba sí que puede apuntarse la averiguación de la verdad”, agrega que el objetivo de la prueba es el acercamiento en la mayor medida posible a la realidad de los hechos<sup>44</sup>.

Alfaro, adherido a esta tesis, plantea la idea de que la prueba sería un instrumento de conocimiento (función epistémica), que sirve a los jueces para poder alcanzar la verdad sobre las narraciones de los hechos del proceso. Para ser precisos se habla de una mejor aproximación posible a la realidad de los hechos. Sobre el particular, desde la posición del abogado, la prueba es vista como un medio para persuadir al juez a fin de obtener una decisión judicial más conveniente para su patrocinado (uso retórico). Sin embargo, no se puede desconocer que el punto de vista más relevante es la del juez, dado que tiene el deber de expresar decisiones justas fundadas en una reconstrucción veraz de los hechos de la causa y no tanto de intentar convencer a las partes.<sup>45</sup>

Por lo hasta aquí expuesto, consideramos que dadas las innumerables críticas y cuestionamientos de irracionalidad que presenta la tesis que sostiene que la finalidad de la prueba es lograr la convicción en el juez, es por lo que consideramos que debe abandonarse y no debe aparecer referida en las decisiones judiciales. Por lo cual, debemos rechazar de plano que la prueba busque un convencimiento puramente psicológico del juez, ya que la prueba es

---

38 González Lagier, Daniel. “Inferencia probatoria” en material de trabajo de la Academia de la Magistratura para el curso de Argumentación Jurídica, referido al capítulo de “inferencia probatoria”.

39 CAVALLONE, Bruno. 2012: “Alessandro Giuliani Processualista (Ordine isonomico, ordine asimmetrico, principio dispositivo, principio inquisitorio)”. En: *Rivista di Diritto Processuale*, N° 1, Cedam, Milano, 2012, p. 108.

40 Sobre la convicción como finalidad de la prueba Taruffo sostiene que la prueba –en esta tesis- serviría para condicionar al juez induciendo a decidir en determinado modo, se trataría, por tanto, de un expediente que opera a nivel psicológico produciendo en aquel que debe tomar la decisión un estado de convencimiento en torno a algo si nota que esto no reduce y no condiciona el grado de convencimiento, que puede también alcanzar niveles de certeza absoluta, en particular cuando la persuasión es particularmente eficaz. Por otra parte, un convencimiento inducido con medios de persuasión retórica puede ser perfectamente falso. Taruffo, Michele en El concepto de “prueba” en el derecho procesal, op. Citada, p. 30.

41 Alfaro Valverde, Luis. La motivación y la prueba de oficio: racionalidad de la iniciativa probatoria del juez en Revista de la Maestría en Derecho Procesal PUCP, Vol. 6 No. 01, enero-julio 2016, p.72.

42 Taruffo; Michele en El concepto de “prueba” en el derecho procesal, Op. Citada, p. 34.

43 NIEVA, Jordi. *Valoración de la prueba*. Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 147.

44 Ob. Cit. p. 149.

45 Alfaro Valverde, Luis. Op. Citada, p. 73.

una actividad racional del juez, además que la creencia del juez sobre los hechos relevantes del juez no podría ser controlada objetivamente, por ser altamente subjetiva. En consecuencia, no puede afirmarse que un hecho (su afirmación o enunciado fáctico) está probado en el proceso solo porque el juez ha llegado a la “convicción” de que ocurrió, esta posición es absolutamente irracional y subjetiva.

Por lo que, apostamos por la tesis de la verdad de los hechos como finalidad (tesis del cognoscitvismo),<sup>46</sup> por ser una posición que pone al juez en una posición racional al valorar la prueba y descartamos, que esta finalidad sea la de generar “convicción”, por tratarse de una tesis altamente subjetiva e irracional.

De otro lado, resulta un poco insatisfactorio considerar que la finalidad de la prueba sea *generar certeza en el juez*, siendo esta otra posición cuestionable de nuestra judicatura que es inducida por lo que señala el artículo 188 del CPC: “Los medios probatorios tienen **por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza** en el Juez (...)”, ya que la valoración de la prueba que precede a la decisión judicial no le brinda al juez esta situación, solo le permitirá cierto grado de confirmación de las hipótesis del caso, por ello Ferrer precisa que “la valoración de la prueba habrá permitido otorgar a cada una de las hipótesis en conflicto un determinado grado de confirmación que nunca será igual a la certeza absoluta”<sup>47</sup>.

Así las cosas, tenemos que la valoración de la prueba, nos permite establecer el grado de probabilidad de las hipótesis del caso, y esta se relaciona con la información contenida en el material probatorio actuado en el proceso, la que no es producto de la convicción a la que llega el juez, ni le genera certeza. Es el resultado objetivo de la información que arrojan las afirmaciones de las partes escoltadas con los medios de prueba aportados al caso.

Es bastante cuestionada la posición que asume la certeza como el resultado de la actividad probatoria, por lo cual, Taruffo expresa que es usual que se diga que “se tiene certeza acerca de la verdad” de una afirmación, o que se afirme que una afirmación es verdadera porque alguien tiene certeza de ella, pero esta clase de discurso se funda en un equívoco bastante evidente. La verdad es objetiva y depende de la realidad de los hechos de los que se habla. La certeza, en cambio, es un estado subjetivo, referido a la psicología de quien habla y corresponde a un grado elevado (o muy elevado, cuando se habla de “certezas absolutas”) de intensidad del convencimiento del sujeto. Una afirmación es verdadera con independencia de la certeza o del convencimiento de alguien.<sup>48</sup>

Ampuero, precisa que valorar la prueba es determinar el grado de probabilidad que tienen las hipótesis fácticas de acuerdo a la información que arroja la prueba disponible<sup>49</sup> Entonces, la prueba no logra en el juez certeza respecto de los hechos del proceso, sino cierto grado de probabilidad de que estos ocurrieron a partir de la información proporcionada por las partes.

Ruiz Monroy sostiene que entre la verdad y la certeza no hay una implicación, ni correspondencia mutua, porque: a) una afirmación es verdadera e independiente de que una persona tenga o no certeza, esté o no convencida de lo afirmado; y b) una persona puede tener certeza de que una afirmación es verdadera, pero esto no deriva de esa certeza subjetiva, sino de la concordancia o no entre lo afirmado y la realidad. Incluso, para evidenciar más la diferencia entre verdad y certeza, es posible afirmar correctamente, que una persona puede tener certeza de que algo es falso, o sea, que no es verdadero.<sup>50</sup>

---

46 Optamos, por el “cognoscitvismo” –sostiene Gascón- porque creemos que cuenta con buenas razones en su favor. En primer lugar, porque es el modelo que se corresponde con posiciones epistemológicas de alcance más general que consideramos correctas. En segundo término, porque el cognoscitvismo resulta particularmente adecuado para dar cuenta del conocimiento de los hechos que se desarrolla en sede judicial, así como para salvaguardar los valores de ese conocimiento debe perseguir en una perspectiva que puede calificarse de ilustrada o, si se prefiere, garantista. Agrega que, en resumen, en un modelo cognoscitvista, la idea de verdad de la declaración de hechos de la sentencia es la correspondencia con la realidad, y no la aceptación justificada ni de coherencia del conjunto de enunciados. Esto último puede servir como criterio subsidiario que ayude a determinar la verdad de los enunciados sobre hechos –por ejemplo, si el relato no es coherente, seguramente no sean ciertos-, pero no es la verdad. Verdadero es solo el enunciado sobre hechos que se corresponde con la realidad. Gascón Abellan, Marina. Los hechos en el derecho, bases argumentales de la prueba. Editorial Marcial Pons, Madrid 2010, p. 60 y 67.

<sup>47</sup> Ferrer, Jordi. *La valoración racional de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 45.

<sup>48</sup> Taruffo, Michele. *Simplemente la verdad*. Marcial Pons, Madrid 2010, p. 102.

<sup>49</sup> Hunter Ampuero, Iván. Reglas de prueba legal y libre valoración de la prueba: ¿Cómo conviven en el Proyecto de Código Procesal Civil? *Revista Ius et Praxis*, Año 23, N° 1, 2017, pp. 247 – 272. Talca, 2017, p. 250.

<sup>50</sup> Ruiz Monroy, Jesús Antonio. *La verdad en el Derecho*. En [www.scielo.org.mx](http://www.scielo.org.mx).

Hasta aquí, podríamos sostener, desde nuestra perspectiva que la finalidad de la prueba no es generar “convicción” en el juzgador, menos que la finalidad de la prueba sea generar “certeza” en el juez. Debemos cambiar radicalmente el uso de esta terminología en sede judicial, y debe ser descartada por cualquier operador de justicia.

#### 4. Sobre la verdad material y la verdad formal: otra confusión

Si la tesis de la verdad a la que hemos hecho referencia tiene suma complejidad y expresa posición contrapuesta a la tesis de la convicción al juzgador, tenemos en la doctrina otro tópico igual de polémico, el mismo que está referido a dar respuesta a si en el proceso se busca la “verdad formal” (llamada también como verdad judicial o forense) o se busca la “verdad material” (conocida como verdad objetiva o real). La verdad formal en expresión de GOZAINI sería la que se obtiene y consigue para el proceso; la verdad material es la que luce en el mundo de los fenómenos reales.<sup>51</sup>

Tradicionalmente se pensó que la verdad material de los hechos se podía lograr en el proceso penal y la verdad formal es producto del debate probatorio en el proceso civil debido a la vigencia del principio dispositivo, aunque esta posición a la fecha fue superada.<sup>52</sup>

La diferencia entre verdad material y formal es expresada por Ferrer, la primera es aquella de la que se habla fuera del proceso judicial. Por ello, también puede hacerse referencia a la misma mediante la denominación de verdad *tout court*, sin más calificativos. No está claro cuáles son las condiciones de verdad, en este sentido, en las que estaban pensando los teóricos que propusieron la distinción, pero es plausible sostener que la verdad (material) de un enunciado depende de su correspondencia con el mundo: de la ocurrencia de los hechos cuya existencia se afirme o de la no-ocurrencia de los hechos cuya existencia se niegue. Esta es, precisamente la verdad que se cree inalcanzable al menos en muchas ocasiones en el proceso civil. La verdad formal, en cambio, es aquella que se obtiene en el proceso como resultado de la actividad probatoria. Dicha verdad formal puede coincidir o no con la material (aunque a menudo se admite que es deseable que lo haga), pero sería aquella la que gozaría de autoridad judicial con independencia de la coincidencia con los hechos realmente ocurridos, se atribuye la calificación de verdadera formalmente a la decisión de hechos probados realizada por el juez o tribunal en la sentencia.<sup>53</sup>

Definitivamente en este aspecto la doctrina no se puso de acuerdo, pues algunos alegan que no es posible ya lograr la verdad material en el proceso, pues “no se trata de trasladar los hechos tal como ocurrieron o de demostrar las afirmaciones tal como se produjeron, la actividad probatoria no busca, pues, con la prueba un resultado formal que sea operativo y que sirva para que en la mayoría de las ocasiones podamos decir que existe coincidencia entre los hechos realmente ocurridos y los hechos probados”.<sup>54</sup>

La distinción entre verdad formal y verdad material –sostiene TARUFFO– es inaceptable por varias razones que la doctrina menos superficial ha puesto en evidencia desde hace tiempo. En especial parece insostenible la idea de una verdad judicial que sea completamente distinta y autónoma de la verdad *tout court* por el solo hecho de que es determinada en el proceso y por medios de las pruebas.

La verdad en el proceso es un punto muchas veces dramático. La historia ha recogido la famosa pregunta de Pilatos: “¿Y qué es la verdad?”. Todo juez tiene que preguntárselo algún día, porque los contrastes entre la verdad real y la verdad formal constituyen una de las tantas artificiosidades del derecho de las que nos servimos para nuestras construcciones técnicas, a falta de otra cosa mejor.<sup>55</sup>

---

51 GOZAINI, Osvaldo Alfredo. “La verdad y la prueba”. Op. Citada.

52 A veces, la diferencia trazada entre los tipos de verdades se reforzó mostrando las realidades del proceso penal, donde era evidente la necesidad de encontrar la verdad sobre la ocurrencia de los hechos, porque el juez debía estar íntimamente convencido para condenar al proceso; mientras que el proceso civil se conformaba con una verdad más liviana, menos exigente, en la que bastaba persuadir sobre la fundamentación de los hechos y la certidumbre que de aquellos surgía. Antes que una cuestión de verdades se trataba de solucionar con verosimilitudes. GOZAINI, Osvaldo Alfredo. “La verdad y la prueba”. Op. Citada.

53 FERRER BELTRÁN. Jordi. Op. Citada, pp. 61-62.

54 GIMENO SENDRA, VICENTE. Derecho procesal civil, tomo I, Editorial Colex, Madrid 2005, p. 200. Este mismo autor precisa que con la prueba no se pretende conseguir la verdad absoluta es algo obvio y lógico: primero, porque la verdad absoluta es inalcanzable; segundo, porque al sistema procesal para ser eficaz le basta con que el juez adquiera o se convenza de la certeza o de la verosimilitud de los hechos.

55 RAMÍREZ, Jorge Orlando. Función precauteladora. Editorial Astrea. Buenos Aires 2005, p. 33.

Ante esta disyuntiva y problemática, se ha sostenido que en el proceso no se debe buscar la verdad material ni la verdad formal, sino que se debe apuntar a la verdad jurídica objetiva. Sobre ésta última se ha sostenido que ninguna decisión es justa si está fundada sobre una apreciación errada de los hechos, de ahí que toda la actividad probatoria debe estar encaminada a una búsqueda de la verdad jurídica objetiva; esto es, que la convicción del juzgador no sea reflejo de una verdad formal, ni que consista en una certeza meramente subjetiva, sino en una certeza objetiva, basada en la realidad de los hechos y en el derecho, con la finalidad de asegurar una correcta y justa solución del conflicto o de la incertidumbre jurídica. La doctrina de la verdad jurídica objetiva constituye pues un importante aporte para superar ambas verdades (se refiere a la material y formal) al marcar la necesidad de obtener una verdad única, cimentada en la realidad objetiva, sea cual fuere el tipo de proceso o procedimiento en que ella se obtenga.<sup>56</sup>

Conviene decir que esta vieja clasificación de verdad fue abandonada por la doctrina, en esta posición encontramos a MONTERO AROCA, GIMENO SENDRA, ALMAGRO NOSETE, entre otros<sup>57</sup>.

Algunas posiciones teóricas no admiten la clasificación entre verdad material y verdad procesal,<sup>58</sup> aquí encontramos a González Lagier quien sostiene que esta resulta artificiosa.<sup>59</sup>

De otro lado, Taruffo afirma que, según los partidarios de esta distinción, en el proceso se puede establecer sólo una verdad formal, o una fijación formal de los hechos, mientras que fuera del proceso se comprobaría la verdad real. La verdad que se averigua sería sólo formal de los hechos, mientras que fuera del proceso se comprueba la verdad

---

56 BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. *Derechos fundamentales y proceso justo*. Ara Editores. Lima 2001, p. 282. Nuestra Corte Suprema se ha pronunciado sobre la verdad jurídica objetiva: "(...) así expuestos los hechos, se llega a la conclusión de que la sentencia impugnada no cumple con el requisito de la motivación adecuada y suficiente, sustentada en hechos objetivos y constatables, pues contiene una decisión que no se sustenta en la valoración conjunta y razonada de los medios probatorios aportados al proceso, sino en apreciaciones subjetivas, carentes de fundamentación fáctica y jurídica, que impiden que se establezca la verdad jurídica objetiva en el caso concreto; por tanto, se trata de una resolución que no se ajusta al mérito de lo actuado, contraviniendo el inciso tercero del artículo 122 del antes acotado Código Procesal, así como el inciso quinto del artículo 139 de la Constitución Política del Estado". Casación No. 1382-2007-Lima.

57 La pregunta que viene ahora es crucial a la vista del corsé que impone el derecho probatorio. ¿Cómo puede el juez, a pesar de tantas cortapisas, averiguar la verdad de lo sucedido? Mi respuesta es que no puede, pero necesitamos creer que si puede. Y de ahí el invento de la teoría de las *dos verdades* merced a la cual el derecho probatorio lava su cara. La teoría de las dos verdades viene a significar que en el proceso, aunque indudablemente debe aspirarse a conseguir la verdad material o histórica, cabe contentarse con la verdad formal, es decir, la que resulta de las admisiones de hechos y de la valoración, libre o tasada, de las solas pruebas practicadas en el proceso: *quod non est in actis, non est in mundo*. La célebre frase de Carnelutti "la verdad es como el agua: o es pura o no es agua", no ha logrado por tanto relegar el mero recuerdo la teoría de las dos verdades, que sigue imponiéndose por la sencilla razón de que el papel del juez en la búsqueda de los hechos y el marco de actuación del mismo no son los mismos que los del historiador. Curiosamente a este respecto la realidad se desenvuelve en una inevitable paradoja: cada vez más se insiste en la búsqueda de la verdad histórica, pero al mismo tiempo una hipergarantismo judicial secundariza a veces el valor de la misma. Al paso que vamos ya no resulta escandaloso poder afirmar pues, que el mayor enemigo de la prueba es el derecho probatorio. MUÑOZ SABATÉ, Lluís. *Fundamentos de la prueba civil*, LEC 1/2000. Editorial Bosch. Barcelona 2001, p.39.

58 Alvarado Velloso ve a esta clasificación como un tema no solo fascinante sino como preocupante, gravemente preocupante, enfocándolo desde la función que cumple el juez en el proceso con relación a la prueba. Señala que en la verdad formal, el juez sólo debe buscar –con clara imparcialidad en su actuación– el otorgamiento de certeza a las relaciones jurídicas a partir de las posiciones encontradas de los litigantes (aceptando sin más, lo que ellos mismos admiten acerca de cuáles son los hechos discutidos), con lo que se logra aquietar en lo posible los ánimos encontrados para recuperar la paz social perdida. En cuanto a la verdad real, el juez actúa –comprometiendo su imparcialidad– como un verdadero investigador en orden a procurar la *Verdad* para lograr con ella hacer *Justicia* conforme lo que él mismo entiende que es ese valor, convirtiéndose así en una rara mezcla de justiciero Robín Hood, el detective Sherlock Holmes y del buen juez Magnaud. Alvarado Velloso, Adolfo. *Sistema procesal, garantía de la libertad*. Editorial Rubinzal-Culzoni. Tomo II. Santa Fe 2009, p. 19.

59 La certeza que se obtiene por medio de la inferencia probatoria nunca es una certeza lógica. Siempre hay un margen mayor o menor, para el error. Esta es una de las razones por las que se ha dicho que la finalidad de la prueba no es descubrir la verdad de los enunciados que han de probarse, porque la verdad es un ideal inalcanzable. Basándose en esta afirmación suele distinguirse entre verdad formal y verdad material. La primera es el resultado de la actividad probatoria, pero no la segunda. Esta tesis es peligrosa y equivocada. Es peligrosa porque abre la puerta para dar por justificadas decisiones sin que se hagan esfuerzos para comprobar si realmente ocurrieron o no los hechos que configuran el caso. González Lagier, Daniel. "Inferencia probatoria". Op. Citada.

real. La verdad que se averigua en el proceso sería sólo formal y diferente de la real, a causa de los límites normativos, temporales y prácticos que la disciplina y el funcionamiento concreto del proceso imponen la búsqueda de la verdad; fuera del proceso, se establecería, en cambio, la verdad real dado que estos límites no están. Esta distinción –concluye Taruffo- parece infundada y, por ende, susceptible de ser abandonada. Por un lado, en efecto no es cierto que existen dos verdades diferentes, una procesal y una extraprocesal. Por otro lado, no es cierto que fuera del proceso no haya límites al descubrimiento de la verdad, mientras que el proceso pone límites y, por eso, obligaría a averiguar algo distinto de los que se podría saber fuera del proceso. Como se acaba de decir, en realidad, cualquier verdad está relacionada con las informaciones en las que se funda con los métodos que se manejan para comprobarla, y eso vale de la misma manera dentro del proceso y fuera de él. No existen, entonces, dos verdades diferentes y mucho menos existe una específica verdad típica del proceso y diferente de la verdad extraprocesal. En todos los casos en el proceso y fuera de él, el problema de la verdad es el de la mejor aproximación posible a la realidad histórica y empírica de los hechos que es necesario comprobar.<sup>60</sup>

Participando en el debate de este binomio, entre verdad formal o procesal y la verdad real o material Ruiz Monroy sostiene que adoptar una posición en la que se niegue la diferencia entre verdad formal y real en el derecho, con base en que ontológicamente no son diferentes, en nada ayuda al estudio y resolución de los problemas propios de la decisión judicial, de la prueba y de la verdad en el derecho, y por ende, en el impacto que estas variables tienen en la calidad de la decisión judicial en el campo social que es en donde se ejecuta esta última. Lo único que se hace con esa actitud es, mimetizar cuando menos, una limitación real del proceso judicial, la cual hay que enfrentar y controlar, y no eliminar artificialmente, pues sólo así podrán obtener mejores resultados cualitativos en la actividad jurisdiccional. Agrega que, de aceptarse esa diferencia, se continuará investigando y aplicando el derecho en un contexto y espacio inexistente, y por esto, se seguirá exigiendo al juez algo que nunca podrá alcanzar, esto es, que su decisión –sentencia- tenga una calidad epistémica igual a la que tienen los resultados de investigaciones que se hacen en la ciencias naturales y exactas. Si se reconoce la diferencia entre estos dos tipos de verdad en el derecho, entonces se estará partiendo de un escenario acorde con la realidad, en el cual se están aceptando las limitaciones cognoscitivas inherentes al proceso judicial, lo cual ayuda de manera determinantes a enfrentar y controlar los problemas y deficiencias que se derivan de tal estado de cosas, haciendo posible que la decisión judicial posea un mayor grado de objetividad.<sup>61</sup>

Así las cosas, me parece que la doctrina más informada actualmente no comparte la idea de diferenciar entre verdad material y verdad procesal; sin embargo, en nuestro medio seguimos haciendo esta diferenciación, muchas veces con el propósito de referenciar que la verdad en el proceso no coincidiría siempre con la verdad encontrada en el proceso, como si ésta última fuera secundaria o se le resta importancia dadas las limitaciones<sup>62</sup> o restricciones<sup>63</sup> cognoscitivas que se encuentran en el proceso para encontrarla.<sup>64</sup>

60 Taruffo, Michele. Verdad, prueba y motivación. Op. Citada, pp. 35-36.

61 Ruiz Monroy, Jesús Antonio. La verdad en el Derecho. En [www.scielo.org.mx](http://www.scielo.org.mx)

62 Formarían una primera clase aquellas limitaciones de prueba que coadyuvan a la *averiguación de la verdad* rechazando o minusvalorando pruebas con bajo valor gnoseológico; por ejemplo, el escrito anónimo, el reconocimiento por fotografía, el testimonio de referencia, etcétera. También pueden considerarse incluido en este supuesto el sistema de “inhabilidades” y de “tachas” de los testigos previstos para el proceso civil, aunque el caso más claro talvez sea el de la prohibición de la tortura, pues, aunque se orienta directamente a garantizar la vida y dignidad humanas, qué duda cabe que contribuyen también a evitar la posible obtención de una verdad “torcida”. Formarían una segunda clase aquellas limitaciones de prueba que *claramente entorpecen (o no ayudan a) la averiguación de la verdad*. Se trata, por ejemplo, de reglas que, enderezándose primariamente a asegurar la tutela de determinados valores extraprocesales que se consideran relevantes, hacen prevalecer éstos frente a las exigencias procesal de averiguaciones de la verdad. Son ejemplos de esta regla la prohibición de prueba ilícitamente obtenida. Gascón Abellan, Marina. Los hechos en el Derecho, Op. Citada, p. 118-119.

63 Se aporta como fundamento a la fragmentación –sostiene Ferrer- entre la prueba en general y la prueba en el derecho: a) el proceso judicial puede ofrecer sustento únicamente a verdades aproximadas; la información disponible en el mismo acerca de los hechos a probar es deficiente, tanto por su falibilidad relativa como por su carácter necesariamente incompleto. Nunca el proceso judicial podrá ser un adecuado instrumento para la adquisición de información completa que pueda justificar una decisión sobre los hechos que vayan más allá del carácter aproximativo. Por ello, la decisión que en él se adopte sobre la prueba de los hechos alegados por las partes se caracteriza necesariamente por su producción en un contexto de incertidumbre. Por otro lado, b) es común advertir que el desarrollo de la actividad probatoria está ampliamente reglado, esto es, que no estamos frente a una actividad libre, sino que jueces y tribunales están sometidos a un buen número de reglas jurídicas que regulan su práctica. Ferrer Beltrán, Jordi. La valoración racional de la prueba. Editorial Marcial Pons, Madrid 2007, p. 23-24.

64 El modo de apreciar ambas formas de búsqueda de la verdad está en la presentación de los hechos, mediante los cuales el juzgador entra en escena, así para el proceso civil, serán los hechos de las partes los que definen el *thema probandum* (Roxin, 2000, p. 186), con lo cual la verdad a la cual se puede llegar es solo la formal, disponible por las partes incluso, mientras para visión material o real de la verdad, el juez generalmente tiene amplias disposiciones de investigación sobre todo en materia penal, porque una “justicia” solo se concibe si se alcanza esa determinación histórica del acontecimiento en forma total. Siendo precisamente esta la principal razón para seguir otorgando al juez amplios poderes de determinación; sobre incorporación de

Pero, si la verdad lograda en el proceso (la llamada formal) no es en realidad la verdad, no sirve como tal, por ejemplo, cuando se condena a un inocente (siendo otro el autor del delito), si le considera como casado a alguien se encuentra divorciado, o vivo a alguien que no lo está, no se declara heredero a quien en realidad lo es por una mera formalidad, etc. Esto puede ser lo que arroja el proceso a partir de lo que afirman las partes con los medios de prueba pertinentes, pero que pueda que no se condicen con la realidad. La verdad formal define a un juez que se puede equivocar, que no es infalible, más bien su actividad es absolutamente falible, el error judicial existe y se pone de manifiesto en diversas ocasiones, pero ello no importaría, porque lo más rescatable es que el juez llevo a determinar la “verdad formal” independientemente de lo que pudiera haber ocurrido en la realidad.

Por lo que, no es aceptable la tesis de la verdad formal, si ella puede generar decisiones judiciales apartadas totalmente de la verdad, por ende, injustas. Si la llamada “verdad formal” es la que genera cosa juzgada y vincula a las partes en conflicto (es la que produce efectos jurídicos, independientemente de lo que haya ocurrido en la realidad), entonces esta debe ser siempre lo más aproximada a la denominada “verdad material”.

Por ello, es que la “verdad formal” debe siempre aproximarse lo más posible a lo que ocurrió en la realidad, no debe renunciarse a la búsqueda de la verdad con la prueba, aunque está sea relativa o probable.

Conclusiones:

1. La tesis de que la prueba busca la verdad de los hechos del proceso (llamada tesis del cognoscitismo) resulta, en mi opinión, la posición más aceptable, ya que rescata una posición racional de la prueba.<sup>65</sup>
2. No se debe buscar la verdad absoluta, se trata de acercarse a una verdad relacionada con la realidad, una verdad probable, se trata de una verdad –denominada- relativa. Es una verdad producto de las afirmaciones realizadas por las partes respecto de los hechos relevantes del caso.
3. En cambio, la tesis de la convicción (concepción persuasiva), resulta absolutamente subjetiva e irracional, ya que un hecho no debe darse por probado solo porque el juez resulta convencido o persuadido. Dar por probado un hecho no debe significar una corazonada o convicción irracional del decisor. Un hecho no se considera probado, solo porque las partes han convencido al juez, lo han persuadido de que ello es así.<sup>66</sup>
4. Queda claro igualmente que la finalidad de la prueba no es generar “certeza” en el juez, ya que la verdad en el proceso siempre es probable, aproximativa a la realidad. La prueba no logra en el juez certeza respecto de los hechos del proceso, sino cierto grado de probabilidad de que estos ocurrieron a partir de la información proporcionada por las partes.

---

prueba, interrogatorio de testigos, etc. Zamora Acevedo, Miguel. La búsqueda de la verdad en el proceso penal. En [www.corteidh.or.cr](http://www.corteidh.or.cr).

65 El Tribunal Constitucional se refiere a una valoración razonable de la prueba: “(...) Uno de los elementos que forman parte del contenido del derecho a la prueba está constituido por el hecho de que las pruebas actuadas dentro del proceso penal sean valoradas de manera adecuada y con la motivación debida. De lo cual se deriva una doble exigencia para el Juez: *en primer lugar, la exigencia del Juez de no omitir la valoración de aquellas pruebas que son aportadas por las partes al proceso dentro del marco del respeto a los derechos fundamentales y a lo establecido en las leyes pertinentes; en segundo lugar, la exigencia de que dichas pruebas sean valoradas motivadamente con criterios objetivos y razonables*” (STC 4831-2005-PHC/TC).”

66 Afirma Daniela Accatino que Una vez que la regla de la libre valoración de la prueba deja de ser entendida como criterio positivo de decisión que remite a la creencia subjetiva del juez y pasa a ser concebida como una regla negativa, que excluye la tasación legal de la prueba, pero que no libera al juez de la sujeción a estándares generales de racionalidad, la motivación de las conclusiones probatorias adquiere un papel protagónico como garantía y herramienta de control de su racionalidad. Y, desde esta perspectiva, el modelo analítico de motivación de los hechos representa la forma –exhaustiva y diferenciada– que la fundamentación debe asumir para poder cumplir adecuadamente esa función. Por otra parte ese modelo y, en particular, la exigencia que la motivación se estructure en forma dialógica y comprenda no sólo la justificación lineal de la hipótesis fáctica acogida, sino también la valoración singularizada de las pruebas desestimadas y la confrontación de las hipótesis desechadas, refleja adecuadamente el carácter relacional de la justificación de los enunciados que declaran hechos probados respecto del conjunto de elementos de juicio representado por todas las pruebas admitidas y practicadas en el proceso y constituye el necesario correlato de la garantía de un proceso contradictorio. Accatino, Daniela. La fundamentación de la declaración de hechos probados en el nuevo proceso penal. Un diagnóstico. Revista de Derecho. Vol. XIX- No. 2. diciembre de 2006, pág. 9-26. En <https://scielo.conicyt.cl/pdf/revider/v19n2/art01.pdf>

5. Es cierto que la prueba para encontrar la verdad de los enunciados fácticos presenta una serie de restricciones o limitaciones, restricciones o limitaciones,<sup>67</sup> ello, sin embargo, no debe llevarnos a continuar sosteniendo la diferenciación entre verdad material y verdad formal. Sería insostenible postular la idea de verdad formal o procesal, cuando ésta se encuentra absolutamente divorciada de la realidad y puede generar una decisión injusta. Por ello, la propuesta de que el juez nunca debe renunciar a llegar a la verdad de las afirmaciones realizadas por las partes respecto de los hechos afirmados.
6. En sede penal, debe revisarse la posición legal que ha considerado como categoría a los “elementos de convicción” cuando debería ser preferible denominarles solo *elementos de investigación*, para diferenciarlos de elementos de prueba.

---

67 Daniela Accatino no hace saber que la concepción racionalista de la prueba asume que la averiguación de la verdad es el objetivo fundamental de la actividad probatoria y que de eso desprende que el principal parámetro de evaluación crítica de las normas que regulan la admisión, práctica y valoración de la prueba debiera ser, asimismo, el del grado en que ellas favorecen la minimización del riesgo de error. Desde esta perspectiva el modelo normativo o axiológicamente deseable de derecho probatorio que se promueve es uno que asegure, en la mayor medida posible, la vigencia de los criterios de racionalidad epistémica en la admisión, práctica y valoración de la prueba. Quienes comparten estas asunciones no niegan, por supuesto, que pueda haber otros fines relevantes que justifiquen, excepcionalmente, normas probatorias que produzcan efectos contra-epistémicos. Estos otros fines a los que se presta atención son concebidos, al menos en la literatura de hasta hace algo más de una década atrás, como fines extrínsecos a la prueba – Twining, por ejemplo, se refiere a “otros valores como la seguridad del Estado, la protección de las relaciones familiares o la evitación de métodos coercitivos de interrogación”, y a “otros criterios como la rapidez, la economía, la justicia procedimental, las consideraciones humanitarias o la evitación de vejaciones a los participantes” (Twining 1982, Twining 2006). Accatino, Daniela. Op. Citada.