**CAPÍTULO VI. Bases epistemológicas del proceso. LA VERDAD EN EL PROCESO.**

1. **El proceso como método de conocimiento.**

 Hemos dicho que el proceso es un método de debate dialéctico y pacífico entre dos personas que actúan en pie de perfecta igualdad ante un tercero que ostenta el carácter de autoridad, cuya finalidad es la solución de los conflictos de intereses que surgen en la sociedad.

Michel Foucault describe los diversos métodos por los que ha transitado la humanidad para el juzgamiento de las controversias, desde la magia y la adivinación de los tiempos primitivos; las ordalías del derecho germánico (los juicios de Dios); las competencias entre acusador y acusado (a veces a través de “campeones”), la intervención de los “testigos” (las familias de uno y otro contendiente); la inquisición (con la figura del Procurador del Rey como personaje central del litigio); y finalmente, el proceso judicial, encontrando en todos ellos un elemento común: la tensión entre el saber y el poder. Con la idea de que las contiendas entre individuos deben resolverse pacíficamente -por la razón y no ya por la fuerza-, el proceso judicial constituye, pues, un método de autentificación de la verdad.

 La sentencia judicial es no sólo un acto de ejercicio del poder, sino un acto de saber (de conocimiento). Y en este contexto, adquiere especial relevancia el modo en que se desarrolla y se obtiene este saber o conocimiento judicial. La historia nos revela que el mundo ha pasado definitivamente del sistema de los “juicios sin verdad”, en los que la decisión jurisdiccional constituía la verdad por el solo hecho de provenir de la autoridad suprema del Soberano o sus representantes (como en la Inquisición), al sistema de los “juicios con verdad”, en los que la decisión de la autoridad no se justifica en sí misma (internamente) sino en la razón (externamente). Pero no sólo en la razón del juez, sino en la razón del derecho (En este sentido, el art. 256 de la CN establece que “Toda sentencia judicial debe estar fundada en esta Constitución y en la ley”)

1. **El método de conocimiento empleado en el proceso judicial. Conocimiento científico y conocimiento judicial**

El método de conocimiento judicial debe estar compuesto de tal modo que asegure un doble fin: la garantía del derecho a la defensa de los litigantes, y la resolución más justa posible de la causa. Para lograr esta finalidad se ha ideado un método que consiste de cuatro fases lógicas irreductibles: afirmación (demanda); contradicción (contestación o excepción); confirmación (prueba); y evaluación (alegación).

El proceso judicial se inicia siempre a instancia del interesado (nemo iudex sine actore), quien recurre al juez o tercero designado para resolver el conflicto (ahora transformado en litigio) a fin de que éste cite y constriña al demandado (o sujeto contra quien se dirige la pretensión del actor) a comparecer ante su autoridad para que sea sustanciado el pleito.

Luego de recibida la demanda que le fuera presentada por el actor o iniciador de la instancia, el juez traslada o proyecta la instancia recibida al demandado para que éste ejerza su derecho de contradecir u oponerse a la pretensión del primero (aunque también puede, claro está, allanarse a dicha pretensión).

En el conocimiento judicial tiene validez el método de conjeturas y refutaciones, o de ensayo y error, el cual ha sido desarrollado y explicado satisfactoriamente por Karl R. Popper. Toda teoría debe ser sometida a refutación, y si sobreviviera al examen, podría considerarse momentáneamente corroborada y aceptada como una verdad aproximativa; pero no “verificada” como absoluta o definitiva.

Pero como acertadamente lo ha observado Mario Bunge, la “refutabilidad” no es el único criterio de investigación científica. Normalmente en la práctica los científicos no buscan “falsar” sus teorías, sino descubrir datos, hechos o indicios que puedan confirmar sus hipótesis (aunque a veces esto ocurra por vía de la refutación de otras teorías o hipótesis contrarias). El conocimiento científico es esencialmente “verificable”: las conjeturas de los científicos, sean más o menos audaces, simples o complejas, deben ser sometidas a prueba. Pero la finalidad de estas pruebas no es la “refutación” de las hipótesis, sino al contrario, su “confirmación”.

 Así, simultáneamente, también juega en el proceso judicial la “confirmabilidad”, que opera principalmente en el campo de las pruebas dirigidas a confirmar las hipótesis fácticas enunciadas por las partes en el juicio.

Partiendo de esta idea, en el campo del proceso la afirmación del actor o pretendiente debe ser sometida a la refutación del demandado, quien ejerce así el derecho de contradicción. La lógica del razonamiento judicial exige que el que afirma una pretensión deba confirmarla, sin perjuicio del derecho de la parte contraria de negar y contradecir tal hipótesis, controlar la prueba utilizada por el primero y probar en contrario (o producir la llamada “contraprueba”, o una prueba capaz de “falsar” o demostrar el error de la hipótesis del actor).

Por último, luego de la etapa de confirmación, las partes deben alegar o evaluar los resultados obtenidos de la actividad probatoria, exponiendo al juzgador la tesis resultante de su labor. La sentencia se convierte así en una síntesis, producto del contraste entre las dos teorías sostenidas por las partes: a la tesis del actor se contrapone una antítesis del demandado, quedando a cargo del órgano o la persona encargada de la heterocomposición, el pronunciamiento o la emanación de dicha síntesis, que consistirá en una decisión favorable a una u otra parte.

En la descripción del método se observa que es el actor o pretendiente quien tiene la carga de confirmar las hipótesis fácticas que sustentan el derecho por él invocado y que puedan hacer viable su pretensión; salvo, por supuesto, que exista allanamiento por parte del demandado, o que éste alegue hechos impeditivos o extintivos del derecho sustentado por el actor.

En materia procesal, la carga de la prueba en la parte actora funciona como una suerte de norma de clausura, fundada en la presunción de inocencia del demandado. Así, si el actor no logra confirmar sus hipótesis mediante las pruebas producidas, o no logra desvirtuar la contraprueba producida por la adversa, la demanda debe ser rechazada.

1. **El carácter hipotético de la verdad procesal.** (En este punto desarrolla “La conjetura en el proceso judicial”)

Si bien este método o camino para llegar a la verdad –el proceso- no es infalible, o al menos no asegura que en todos los casos se hallará “la verdad” de los hechos tal cual como ocurrieron, es lógica y científicamente el más aceptable que se ha propuesto hasta el momento. Como puede notarse, el método es inductivo en la apreciación de los hechos y deductivo en la aplicación de la norma. Por el contrario, el modelo inquisitivo en su versión moderna tampoco garantiza que se hallará “la verdad” (dado que supone un excesivo optimismo epistemológico y confianza en el saber-poder del juez), sino más bien una verdad predeterminada por el juez a la cual se busca arribar por medio de la deducción de los hechos a partir de una conclusión (querida y anticipada por la intuición), y no por inducción de los hechos a partir de las pruebas como lo exige la lógica del razonamiento judicial. Siguiendo la epistemología de Popper, todo conocimiento parte necesariamente de otro conocimiento anterior, a través del método de conjeturas y refutaciones. El conocimiento no puede crearse a partir de la nada, de una tabula rasa. El conocimiento avanza a través de la crítica de las teorías propuestas, las cuales mientras no sean refutadas, han de ser aceptadas como “corroboradas”, mas no como verdad absoluta.

 Normalmente la ciencia y la naturaleza no emiten una señal de aviso que nos permita darnos cuenta cuando hemos descubierto la verdad: muchas veces estamos frente a ella y no somos capaces de develarla. La verdad se aparece, así, como una idea reguladora: buscamos aproximarnos a ella aprendiendo de nuestros errores y construyendo cada vez mejores teorías, aun cuando sepamos que ellas podrían no ser del todo verdaderas. Decía el gran filósofo austriaco: *“En realidad, sólo con respecto a este objetivo, el descubrimiento de la verdad, podemos decir que, aunque seamos falibles, tenemos la esperanza de aprender de nuestros errores. Sólo la idea de la verdad nos permite hablar con sensatez de errores y de crítica racional, y hace posible la discusión racional, vale decir, la discusión crítica en busca de errores, con el serio propósito de eliminar la mayor cantidad de éstos que podamos, para acercarnos más a la verdad.”*

De ahí que la verdad que pudiera expresar o contener una teoría es muchas veces contingente y no absoluta, dado que si la teoría resistiera el ataque de la crítica, quedaría momentánea y provisionalmente “corroborada” (aun cuando es posible la existencia de verdades definitivas, como por ejemplo, que la Tierra gira alrededor del Sol). Y la corroboración sólo implica un grado superior de certeza o verosimilitud, pero no una verdad incuestionable, dado que no pocas veces queda resquicio para la posibilidad de una refutación sobreviniente (y la historia nos brinda un sinnúmero de teorías reputadas casi infalibles que luego quedaron sepultadas por la ciencia).

Así, cuando no existe posibilidad de refutación, nos hallamos frente a un tipo de conocimiento no-científico, puesto que la refutabilidad o testabilidad es el criterio de demarcación entre la ciencia y la pseudociencia.101 Si una teoría no pudiera ser de modo alguno refutada (ni verificada), dejaría de ser científica, puesto que se trataría de un conocimiento inalcanzable.

Por tanto, a pesar de lo contradictorio que suena, el criterio de cientificidad no radica solamente en la posibilidad de “verificabilidad” de las teorías, sino también en la de su “refutabilidad”. De este modo, una proposición teórica sólo puede ser aceptada como verdad (parcial y momentánea) sólo luego de haberla sometido a una crítica racional, y siempre que fuera refutable (además de ser verificable).

Pero al mismo tiempo, debe tenerse en cuenta que si bien el método del ensayo y error resulta útil para la eliminación de errores, la refutación o falsación y la búsqueda de nuevas teorías o el mejoramiento de las ya existentes, como lo observa Mario Bunge, el científico en realidad orienta la prueba a la confirmación de sus teorías o sus hipótesis, manteniendo en todo caso la indecisión hasta que pueda reunir nuevas pruebas o elementos de juicio. Al criterio de “refutabilidad”, se le debe agregar, pues, el de “confirmabilidad”

Al igual que en el campo del conocimiento científico, el conocimiento judicial al cual se arriba por medio del proceso y que se vierte en la sentencia, es meramente conjetural. La verdad funciona en el proceso, al igual que en la ciencia, como una idea reguladora: la sentencia no siempre es la expresión de la verdad, o más aún, podría resultar difícil saber cuándo se ha llegado a ella.

 Ello tiene que ver con las limitaciones propias del proceso, en el que sólo pueden ser juzgados los hechos tal como los han afirmado las partes y sobre la base de la prueba debidamente rendida por ellas (“secundum allegata et probata”); a diferencia de la ciencia, la experimentación o confirmación se refiere a hechos pretéritos y no voluntariamente seleccionados; se opera sobre la base de ciertas reglas jurídicas o presunciones; los medios confirmatorios deben ser postulados y producidos de acuerdo con reglas de procedimiento particulares y ciertos plazos (que varían de legislación en legislación); y como en toda empresa humana, se tropieza con la imperfección, la falibilidad y la subjetividad propia de los sujetos que intervienen en el proceso (partes, juez, testigos, peritos, etc.).

Por lo demás, en el proceso judicial existen límites que impiden ir en busca de una verdad sustancial, absoluta o providencial; sino de una verdad controlada y reducida a los márgenes que permitan asegurar el derecho a la defensa de las partes en el juicio. El hallazgo de la verdad (como meta) no puede justificar la ruptura de las garantías procesales, que vienen a ser las líneas demarcatorias del camino (o método) que indefectiblemente debe seguirse hasta llegarse a la conclusión (la sentencia). Éste es el precio que necesariamente debe pagarse como presupuesto de un Estado de Derecho.

Según Ferrajoli, la verdad que se persigue en el proceso es “una verdad formal o procesal”, una verdad “controlada” y reducida en su contenido, en el sentido de que: a) está limitada a las hipótesis acusatorias, es decir, a las pretensiones deducidas por la acusación; b) debe estar corroborada por pruebas recogidas a través de técnicas normativamente preestablecidas; c) es siempre una verdad solamente probable y opinable; y d) en caso de duda, “prevalece la presunción de no culpabilidad, o sea, de la falsedad formal o procesal de las hipótesis acusatorias.”

 Obviamente, al igual que las teorías científicas, las hipótesis contenidas en la sentencia, si bien deben tomarse como la expresión de la “verdad en el proceso”, están sujetas al error; y precisamente a dicha posibilidad de error se debe la institución de los recursos, especialmente el de apelación. La concesión del recurso de apelación ante un Tribunal Superior no tiene otra razón de ser que la aceptación de las limitaciones del conocimiento judicial y de que al igual que cualquier otra obra humana, la sentencia es falible y susceptible de error.

En el campo de las ciencias, la validación de las teorías es a veces una tarea inacabable, que requiere de años de nuevas observaciones, hipótesis y experimentos que puedan servir para su corroboración. Pero mientras no se reúnan pruebas concluyentes para la refutación definitiva o una confirmación satisfactoria, la investigación deberá seguir.

Por el contrario, el conocimiento judicial no puede darse este lujo (de buscar la verdad infinitamente): los procesos, por responder a una finalidad social, deben culminar en cierto momento (principio de transitoriedad procesal). La investigación debe concluir a través de una decisión final que resuelva el conflicto y restablezca la paz social. Así, la calidad de “cosa juzgada” que adquiere la sentencia es una ficción de la ley, que consiste en dar por verdadera y definitiva una hipótesis, aun cuando bien sabemos que ella podría ser falsa.

 En pocas palabras, prevalece el valor “paz” por sobre el valor “verdad”; lo cual viene a confirmar la tesis de Alvarado Velloso de que la verdad, si bien es importante para el derecho, no es un valor absoluto.

De ahí que la revisión de los fallos se dé en forma limitada y cada vez más estrecha (la apelación no es un novum iudicium sino que se remite a ciertos puntos cuestionados), según los diversos tipos de ordenamientos procesales. Pero teniendo en vista la línea de eficacia, los pleitos deben culminar alguna vez, con lo que no siempre se puede evitar el error

El gran Calamandrei ya advirtió las limitaciones del proceso civil como instrumento para hallar la “verdad sustancial” o “verdad jurídica objetiva”: *“Todo el sistema probatorio civil está preordenado, no sólo a consentir, sino directamente a imponer al juez que se contente, al juzgar acerca de los hechos, con el subrogado de la verdad que es la verosimilitud. Al juez no le es permitido, como se le permite al historiador, que permanezca incierto acerca de los hechos que tiene que decidir; debe a toda costa (ésa es su función) resolver la controversia en una certeza jurídica. Para obtenerlo, se ve constreñido como extrema ratio a contentarse con la que alguien continúa llamando ‘verdad formal’, lograda mediante el artificio de las pruebas legales y el mecanismo autónomo de la distribución de la carga de la prueba...”*

 Sin embargo, el maestro italiano no volcó esta reflexión al campo de las medidas cautelares y más específicamente al concepto de verosimilitud del derecho, con lo que su teoría presenta una seria contradicción: si la sentencia final representa sólo “verosimilitud” y no “verdad”, no es posible que el conocimiento aun inferior que se requiere para las medidas cautelares sea calificado como “verosímil”.

Tenemos así que la verdad que se obtiene a través de la sentencia es siempre una verdad hipotética, conjetural, expuesta a la refutación; que dista muchas veces de alcanzar la “verdad sustancial” o la “verdad real” (o la verdad de los hechos tal como ocurrieron), sino sólo un grado de aproximación a la verdad o “verosimilitud”.

 Como corolario, podemos afirmar que no existen en el proceso judicial “dos verdades” (una real y una procesal) como típicamente se afirma desde la doctrina, sino que en realidad, una sentencia judicial contiene cierto grado de verdad o de aproximación a la verdad (la cual funciona como “idea reguladora”, como guía). Ahondaremos sobre ello en el título siguiente.

1. **Verdad sustancial y verdad procesal. Implicancias, límites y distinciones.**

**4. Verdad sustancial y verdad procesal**.

Con relación a la verdad, merece especial comentario la doctrina “sustancialista” del proceso, que parte de la idea de que el juez debe en todo caso llegar a la denominada “verdad jurídica objetiva”, mediante el impulso procesal y la iniciativa probatoria de oficio, a fin de satisfacer la finalidad del proceso: hacer justicia en el caso concreto, mediante el encuentro de la “verdad real”.

A nadie escapa que el tan mentado “logro de la justicia en el caso concreto” es una noble finalidad y que el proceso judicial, en lo posible, debe concluir con una sentencia dictada con arreglo a la “verdad de los hechos” y que constituya una derivación razonada del derecho. Pero no pueden desconocerse las dificultades que de ordinario se presentan para alcanzar la tan anhelada “verdad real” que pregonan los sustancialistas.

 Para traer claridad al debate sobre la dicotomía verdad sustancial/verdad procesal, conviene analizar los tópicos siguientes:

 (i) Las reglas procesales de sujeción a los hechos tal como fueron alegados y probados en la causa (secundum allegata et probata);

(ii) El objeto de la actividad confirmatoria: la distinción entre “verdad de las afirmaciones” y “verdad de los hechos”;

(iii) Los límites “formales” impuestos por las leyes de fondo (o sustantiva) en cuanto a la prueba;

 (iv) La disputa entre “formalismo” y “sustancialismo”;

(v) El concepto de que la verdad no es el fin último del proceso; y,

 (vi) El valor justicia y su relación con el proceso.

* 1. **La sujeción de la sentencia a los hechos “como fueron alegados y probados” (secundum allegata et probata).**

Una primera restricción al conocimiento de la verdad “extraprocesal” consiste en las reglas procesales que limitan la discusión al material fáctico aportado por las partes. Los hechos no alegados simplemente no existen para el proceso y bajo ningún pretexto pueden ser incorporados en la sentencia.

Hasta los más fanáticos defensores de la prueba de oficio y la fuerte actividad instructoria de los jueces, reconocen que el juez no aporta hechos y no puede juzgar hechos que no hayan sido alegados por las partes.

Parece lo suficientemente claro que la regla secundum allegata et probata constituye un filtro que restringe enormemente la posibilidad de buscar la “verdad real”, dado que en el proceso se trabaja –como lo he apuntado antes- con un esquema epistemológico notoriamente divergente que el de la ciencia común.

Conviene a la vez discernir que de poco valen aquí los ejercicios académicos últimamente realizados con el afán de demostrar que la regla *secundum allegata et probata* no se circunscribe solamente a la prueba realizada por las partes; ya que aun cuando se admita la injerencia judicial oficiosa en materia de prueba (o confirmación), la prueba sólo podrá versar sobre las afirmaciones que las partes hayan efectuado con relación a los hechos. Es decir, más allá de la dudosa posibilidad legal y constitucional de que el juez ordene prueba de oficio, no se puede probar otra “verdad” que no se refiera exclusivamente a las afirmaciones sobre los hechos aportados por las partes, con lo cual, no es mucho lo que se puede avanzar (con lo que se vuelve fútil la búsqueda ilimitada de la verdad que se pretende justificar).

* 1. **Objeto de la actividad confirmatoria: la “verdad de las afirmaciones” y la “verdad de los hechos”.**

Resulta un lugar común en toda la doctrina procesal la referencia a la “prueba de los hechos” y la “verdad de los hechos”. A mi modo de ver esto trae serias confusiones que merecen ser resueltas.

Como primera medida, debemos reivindicar la teoría de la verdad de Tarski de la “verdad como correspondencia”, según la cual la “verdad de un hecho” no existe en forma autónoma, sino solo la “verdad de un enunciado” respecto de un hecho. La teoría objetiva de la verdad (o de “la verdad como correspondencia con los hechos”) sólo es aplicable respecto de enunciados que se formulen acerca de un hecho, no de los hechos en sí. Por ejemplo, la afirmación de que “la nieve es blanca” solo será verdadera si en realidad la nieve es blanca, y será falsa si no lo es.

 Similarmente, dentro del proceso judicial, el objeto de conocimiento de la actividad probatoria (o mejor, confirmatoria) que se emprende no son “los hechos” (o la “prueba de los hechos”), sino las afirmaciones vertidas por las partes en el proceso, que pueden conformarse o no con la realidad de los hechos. Por eso lo correcto es hablar de “confirmación procesal de las hipótesis fácticas” en lugar de “prueba de los hechos”, sin perjuicio de que dicha confirmación se efectuará a través de la verificación empírica de los hechos que permitan conocer acerca de la realidad o no del enunciado en cuestión.

En segundo lugar, debemos apuntar que la verdad o falsedad de los hechos, tanto dentro del proceso judicial como en la vida corriente, no puede escindirse delos enunciados que a esos hechos se refieren. Los hechos podrán ser verdaderos o falsos en la medida en que se predique algo sobre ellos: si nada se dice, no puede haber verdad o falsedad. Podrán haber existido los hechos o no, pero no puede juzgarse la verdad acerca de ellos.

 En la labor judicial, el juez juzga, interpreta, valora y reconstruye los hechos que las partes alegan mediante enunciados que son vertidos en los escritos y declaraciones producidas en el juicio. Por ende, los enunciados de las partes acerca de un hecho (por ejemplo “pagué la deuda”) solo se reputan como verdaderos en la medida en que exista una comprobación fáctica acerca de la realidad que indique que “la deuda se pagó”. Sin estas pruebas, no puede ser tenida como cierta esa afirmación.

 Precisamente, para comprobar si lo que dijeron las partes acerca de los hechos se ajusta a la realidad o mejor aún, quién tiene la razón, se ha establecido el proceso judicial. El objeto de la prueba es pues, determinar si existe correspondencia entre lo que se afirmó acerca de los hechos y lo que en realidad pudo haber sucedido. Para tal cometido, como el derecho no es ciencia exacta, opera sobre la base de valoraciones, indicios, presunciones y deducciones lógicas, con un margen aceptable e irreductible de error que difícilmente pueda ser eliminado).

* 1. **Límites impuestos por el derecho “sustantivo” con relación a la prueba y la verdad.**

Ya nos hemos referido a los límites “procesales” respecto del conocimiento judicial y más concretamente de la función judicial, que son reconocidos, con algunos matices, por casi toda la doctrina.

Sin embargo, la doctrina procesal poco se ha interesado por escudriñar en los límites impuestos por la ley de fondo (es decir, la misma ley sustantiva invocada por el actor para reclamar su derecho subjetivo) a la labor judicial, que sin duda constituyen un condicionante para la tarea de la “confirmación procesal” o probatoria.

 Normalmente y desde tiempos inmemoriales, la doctrina ha aceptado que el derecho procesal es un derecho instrumental, destinado a procurar “la actuación de la ley en el caso concreto” (Chiovenda), o dicho en otras palabras, lograr la justicia particular a través de la satisfacción del derecho violado. Los procesalistas modernos, yendo un poco más allá, proponen un acentuado protagonismo del juez mediante la producción de pruebas de oficio, la “relativización” de los principios procesales y el postergamiento de las garantías, al servicio de una pretendida “eficacia” procesal.

Pero no se ha puesto la suficiente atención en que muchas veces es la propia ley de fondo o sustantiva cuya actuación se pretende (y no necesariamente la ley procesal), la pone límites insalvables a la búsqueda de la verdad y condiciona la actividad probatoria en sede judicial.

No debe olvidarse que cuando la pretensión del (presunto) titular del derecho subjetivo no es cumplida espontáneamente por parte del deudor, el acreedor o titular debe recurrir al proceso judicial para requerir su ejecución. Pero como requisito previo para obtenerla, debe “probar su derecho”, que el mismo existe, le asiste y que tiene de su lado la razón para obtener una sentencia favorable.

Se colige, pues, que el “derecho subjetivo” contiene implícitas ciertas normas procesales que regulan su propia existencia y conservación, y la forma en que “el derecho” debe probarse. Podría llamárseles a éstos, “presupuestos o condiciones de ejercicio del derecho subjetivo”. Intentaré exponerlo de la siguiente manera:

 El derecho, en general, establece pautas y normas de convivencia social; y en este esquema, es el propio derecho el que regula de qué manera deben comportarse las personas para ejercer sus “derechos subjetivos”, es decir, para crear, conservar, modificar, transmitir o extinguir derechos.

 Como lo explica Hart, no todas las normas jurídicas pueden ser comprendidas como “órdenes precedidas de amenazas”, haciendo referencia al tipo de normas que prescriben la forma de realizar actos (emitir un testamento, casarse, etc.) para que los mismos logren el efecto jurídico deseado. En muchos casos, estas normas son típicamente “procedimentales”, ya que imponen conductas o la realización de procedimientos para que los actos surtan efecto.

 Por ejemplo, el Código Civil establece que el pago de una obligación se prueba mediante la anotación en el título o la restitución del mismo como prueba de liberación o a través de un recibo que revista ciertas características (arts. 570 y 571); el tenedor o beneficiario de un cheque debe presentarlo al Banco girado dentro del plazo de treinta días para retener la acción ejecutiva (art. 1742); los contratos que superen cierto monto en dinero, deben necesariamente ser probados por escrito y no se admiten testigos (art. 706); el asegurado debe denunciar el siniestro a la Compañía Aseguradora dentro de cierto término. Esto es extensible a otros campos: algunas instituciones de enseñanza prescriben que los alumnos se presenten con cierta vestimenta o estar al día con la administración para poder dar un examen (o su “derecho al examen”); algunas clínicas médicas establecen un horario o un turno para los pacientes, además de exigirles la exhibición del carnet del seguro médico (para ejercer su “derecho de ser atendido”), etc.

Las normas de fondo o sustantivas prescriben diversas conductas -como las citadas- que a la vez de constituir “directivas” para los jueces (obviamente, para el caso de un proceso posterior) establecen “cargas” para los interesados, que no son otra cosa que “imperativos jurídicos del propio interés” cuyo incumplimiento por parte del afectado, acarrea un perjuicio para su propio interés que puede consistir en la pérdida del derecho o la imposibilidad de que se haga lugar a su pretensión (conforme con la teoría de James Goldschmidt).

Se debe aceptar, pues, que el derecho funciona normalmente sobre la base de reglas de conducta y presupuestos formales que condicionan la existencia o validez de los derechos subjetivos conferidos por la ley. De hecho, todo el sistema legal se halla ordenado de modo tal que para la adquisición o el ejercicio de los derechos, se imponen cargas (o formalidades), ya antes del proceso (que tiene la peculiaridad de que siempre habrá de llevarse a cabo después de ocurridos los hechos, ex post facto).

Cuando la ley exige que un contrato sea perfeccionado de determinada forma (por escrito, por ejemplo), no cabe juzgar “la verdad” de si existió o no el contrato ante el incumplimiento de la forma estipulada: la ley lo determina. Por ende, si se llevara la cuestión a un juicio, la solución sería invariable: para la ley y para el derecho procesal, simplemente tal contrato no existe.

Como se observa, la investigación de la verdad en el ámbito judicial se halla determinada por las normas sustantivas que regulan los “derechos subjetivos” invocados por las partes en el proceso, en los que fundan su pretensión. De esta manera, no resulta justificable que “la verdad” sea el epicentro del debate procesal en la última década y hasta si se quiere, su problemática se haya convertido en una obsesión para los procesalistas “modernos”, cuando en rigor, las intenciones de cambio de las reglas jurídicas en materia de prueba deberían ser dirigidas hacia la ley sustantiva (o el “derecho objetivo”).

* 1. **Disputa entre “formalismo” y “sustancialismo”.**

De lo dicho con anterioridad se desprende una conexión inevitable, como lo es la disputa entre “formalismo” y “sustancialismo”.

Es ya clásica en la doctrina procesal la posición de procesalistas modernos que pregonan la eliminación o reducción de las formas, acusando a la legislación vigente de ser “excesivamente formalista”, en lugar de privilegiar la actuación de la “norma sustantiva”.

Por mi parte considero que la imputación es incorrecta y el blanco elegido por la crítica, equivocado.

La identificación del derecho procesal “con lo formal” y del derecho sustantivo “con lo sustancial” resulta ambigua e inexacta. Como se ha visto, el derecho sustantivo contiene muchas “normas procesales” o relativas al procedimiento (por ejemplo, la norma que establece la forma de interrumpir la prescripción; la que invierte la carga de la prueba de ciertos hechos, en el derecho laboral; las presunciones, que están esencialmente dirigidas al derecho probatorio). A su vez, el derecho procesal contiene también numerosas “normas sustantivas” o que confieren “derechos subjetivos”: por ejemplo, las que se refieren a los bienes inembargables (CPC, art. 716); la que confiere la “acción autónoma de nulidad” a los terceros perjudicados por la cosa juzgada irregular (CPC, art. 409); las que establecen los derechos del acreedor embargante (CPC, art. 714), etc.

 Las “formas” existen también – y con frecuencia- en el mismo “derecho sustantivo” cuya actuación se procura, desde el cual se imponen reglas (requisitos, presupuestos o condiciones) que el interesado debe cumplir pueda lograr adquirir o conservar su derecho, o para obtener ulteriormente (a través de un proceso) la declaración y satisfacción del mismo. Derecho (subjetivo) y forma son, en muchos casos, indisolubles.

Normalmente incumbe al interesado procurarse la prueba que le sirva para demostrar su derecho, para que llegado el caso de tener que recurrir a un proceso judicial pueda aspirar a la confirmación judicial de las hipótesis que le permitan obtener éxito. Por tal motivo, debemos sostener que el principio de que “el interés es la medida de la acción” es un Principio General del Derecho, el cual, aunque sea de “raíz procesal”, no se halla encapsulado en el derecho procesal.

Entra también a tallar aquí el hecho (bastante evidente) de que el juez no está presente en el momento en que ocurren los hechos que luego serán discutidos para ayudar a los interesados a procurarse la prueba que le ha de servir en el proceso futuro; por lo que sería ilógico y hasta descabellado propugnar que ya dentro del proceso, sea el juez quien “colabore” con las partes para producir la prueba de los hechos o hipótesis que favorecen sus respectivas pretensiones.

 Los derechos individuales deben ser garantizados y tratados como tales, por lo que no puede admitirse que el tercero que debe resolver el litigio (el juez) se inmiscuya a posteriori en la prueba de los presupuestos cuya prueba debe ser aportada por el interesado. En el ámbito privado, por razones obvias, sólo quien aparece como “titular” del derecho subjetivo (pretendiente o actor) y el supuesto obligado contra quien se pretende su cumplimiento (demandado) son partes en el debate procesal, incumbiéndole a estos la defensa de sus respectivas posiciones.

 En estas condiciones, la decisión judicial será necesariamente favorable al que hubiera logrado probar la existencia de su derecho, y no a aquel que pudo tenerlo, pero no lo defendió o no lo probó dentro del proceso. Ya decía Ihering que tener un derecho pero no defenderlo, equivale lisa y llanamente a no tenerlo.

 El pretexto de que “una vez que las partes suben al barco del proceso, el juez las sustituye en orden a lograr la solución justa” (fundamento de la “publicización del proceso”) contraviene los principios fundamentales de la libertad y la responsabilidad de las personas por sus actos, con lo que tal intervención oficiosa redunda en una extralimitación de poder, racional ni lógicamente admisible.

 Como lo entiende Ferrajoli, la verdad procesal es una verdad limitada en cuanto a su contenido y alcance, con respecto a la verdad común, no sólo porque lo que se juzga es solamente la correspondencia de los hechos alegados por las partes con la realidad o su probabilidad, sino porque además, su obtención está subordinada al cumplimiento de las leyes de fondo y a la innegociable verificación de las garantías procesales de los sujetos en disputa (lo cual impide que el juez sea un “activo” cooperador en materia de búsqueda, producción y colección de pruebas dentro del juicio sometido a su conocimiento).

 Ser ciudadano en un Estado de Derecho otorga e impone un conjunto de derechos, deberes, cargas y obligaciones. Implica un esfuerzo para conocer cuáles son nuestros derechos y obligaciones, cómo se ejercen y se cumplen. Nadie puede ampararse en el desconocimiento de la ley ni invocar su propio error o su incumplimiento de la ley en su beneficio. En verdad, somos o tratamos de ser, esencialmente, libres.

Esta es la gran conquista de la civilización occidental: somos seres humanos con derecho a la dignidad y a la autodeterminación; somos personas únicas e irrepetibles; fines en sí mismas; pero también tenemos obligaciones (o cargas) que cumplir para que esos derechos nos sean reconocidos.

* 1. **La verdad no es el fin último del proceso.**

En relación con lo anterior, como se ha visto, el derecho opera normalmente sin interés en la verdad última, conformándose con presunciones o verdades aproximativas, o bien, a través de instituciones que formalmente desconocen el valor de la verdad en el sentido finalista que propone la doctrina procesal moderna.

 Ejemplo de ello es la prescripción como modo de extinción de las obligaciones (con la cual se ve beneficiado el deudor, aunque no haya pagado realmente la deuda), la caducidad de la instancia (que pone fin a los juicios, sin consideración de la verdad o el derecho de los litigantes), el allanamiento (en el que no se discute si el derecho del actor existía o no realmente), como tantos otros supuestos.

Podría perfectamente ocurrir que el proceso sea incoado por quien no tiene la razón (por ejemplo el acreedor que recibió el pago pero no otorgó el recibo), y que éste resulte favorecido por negligencia de su contraparte anterior al proceso o durante el mismo. Y en este caso, no le queda otra salida al juez que condenar al deudor al pago de la deuda. Como reza el refrán popular: “quien paga mal, paga dos veces”. Pero además, éste dista de ser un problema jurídico o inclusive, axiológico, para el derecho procesal. El juez que rechaza la demanda ante tal situación, simplemente aplica el derecho vigente y hace lo que él le manda.

Así como algunos podrán decir que “no es justo que el deudor pague dos veces y que el acreedor se aproveche de él”, tampoco es justo beneficiar a quien obró con torpeza. Escapa al cometido del derecho y de la justicia entrar en consideraciones morales como ésta. Si la sentencia se halla conforme con la veracidad de las hipótesis fácticas y jurídicas probadas en juicio, y si el proceso ha sido debidamente llevado a cabo (con todas las garantías), debe ser calificada como justa. Igualmente es justa la sentencia que condena a quien debía probar y no lo hizo, por aplicación de la regla de la carga de la prueba. Cualquier otro análisis resulta, cuanto menos, desprovisto de lógica y divorciado de la realidad de las cosas.

El valor “seguridad jurídica” está concebido por el propio sistema jurídico como superior al valor “verdad” (que no siempre puede ni debe ser alcanzada), e inclusive, al valor “justicia”. Porque sin seguridad jurídica no hay orden, y sin orden no puede haber justicia. Y en rigor no puede hablarse de justicia cuando para obtenerla se propugna la violación de la ley o de las garantías de las partes (como lo es el dotar al juez de facultades inquisitorias para la “averiguación de la verdad” o “dilatar” la oportunidad de la defensa).

 Como lo refiere Karl Larenz: *“El hallazgo de la verdad es, por cierto, un fin muy importante del Derecho procesal, pero no su fin único. Como todo fin jurídico, puede, en cierta medida, tener que situarse detrás de otros fines jurídicos aún más importantes.”*

 Si la verdad fuera el “fin último” para el derecho, no estaría prohibida la utilización de pruebas ilícitamente obtenidas (con violación de las garantías del acusado), como expresamente lo prohíbe la Constitución Nacional (art. 17, 9); tampoco se protegería el secreto profesional o el secreto de confesión (CPC, art. 330; C. P. Penal, art. 206); ni existiría la prescripción o la caducidad de la instancia; todos ellos, institutos que impiden la revelación de la verdad.

Ahora bien, ello no implica que el juez pueda apartarse sin más de las pruebas regularmente producidas en la causa al dictar sentencia, o alterar los términos en que fue trabada la litis, o basarse en pruebas no producidas, o tener por ciertos hechos no alegados o no probados. Allí sí se estaría violando la exigencia de contenido mínimo (verificable, refutable y controlable) de verdad que debe ostentar todo fallo judicial. El hecho de que no siempre pueda hallarse la verdad, no debe dar lugar a la arbitrariedad.

Dentro de un Estado de Derecho, la (búsqueda de la) verdad cede ante las garantías de los derechos individuales. Los principios procesales (como la igualdad de las partes, la imparcialidad del juez y la inviolabilidad de la defensa) son derechos humanos fundamentales y principios ineludibles de justicia, que no pueden ser transigidos o puestos a la venta para satisfacer un supuesto interés público por la verdad que no es justificable en un régimen democrático de protección de los derechos individuales.

 Estos principios procesales son de primer orden y tan valiosos como el hipotético derecho subjetivo que invoca el actor de una demanda, por lo que resulta inconcebible sostener que el proceso sea un simple medio para la realización de aquellos derechos conferidos por la ley sustancial (que serían los fines).

Más bien podría decirse que el “proceso” (junto con sus principios y garantías) constituye un derecho inalienable del ciudadano, anterior al derecho de fondo invocado por el actor de la demanda, quien –como hemos visto- debe recurrir al juicio para obtener el reconocimiento de su derecho. Bajo condición alguna es dable sostener la búsqueda de un “resultado justo” que pueda construirse sobre las ruinas de otros principios (y la vulneración de los derechos individuales).

* 1. **El valor justicia y su relación con el proceso.**

 Queda para el análisis la cuestión de si puede haber “justicia sin verdad”. O mejor dicho, si la decisión judicial solo puede ser justa en la medida en que se halle “la verdad real” o “material”.

De lo dicho en el punto anterior se desprende que el problema de si el juez puede o no abandonar su posición de neutralidad para abocarse a la verificación de los hechos alegados en el juicio y que no han sido debidamente confirmados por el interesado, no puede ser abordado desde el punto de vista de la justicia distributiva, sino de lo estrictamente jurídico-legal.

En efecto, dentro del ámbito de la justicia distributiva es válida toda adjudicación que sea impuesta como producto de un proceso con plenas garantías para las partes, de la correcta apreciación de las pruebas lícitamente aportadas y la correspondiente aplicación del derecho vigente, no siendo ya tarea del derecho entrar a juzgar si aquel que se ve perjudicado por su propia negligencia, inactividad o mala fe, debería en otras condiciones obtener un resultado distinto; y mucho menos sería lícito, justo o moralmente apropiado que el juez se lanzara por su propia iniciativa a modificar los hechos y las pruebas del juicio para trastocar la decisión que correspondería en caso de limitarse a juzgarlos tal como han sido aportados por las partes.

Justicia y verdad no van siempre de la mano para el derecho. La verdad es bienvenida y debe ser buscada, pero debemos rechazarla cuando con ella se causa daño, se viola la ley o se vulneran los derechos individuales.

 Pero esto no significa que se alegue la existencia de un “derecho a la no verdad” o un derecho de trabar, dilatar y enturbiar el proceso judicial mediante tácticas desleales. Pero debemos trazar límites claros: (i) el hecho de que una persona se abstenga de colaborar, lícitamente, con la otra parte para el esclarecimiento de los hechos (por ejemplo, absteniéndose de declarar, oponiéndose a una prueba ilegal, etc.), constituye una garantía y no una conducta que deba ser sancionada; (ii) partiendo de la base de que nadie puede ser obligado a declarar en su contra, en general no se puede coaccionar a una parte a producir prueba en beneficio de la adversa, salvo los casos en que la ley sustantiva así lo imponga expresamente, o ello resulte exigible de la conducta anterior del agente (actos propios).

En muchos casos, la propia ley sustantiva ha preferido contentarse con una verdad presumida o inclusive conformarse con una “no verdad”, antes que emprender la búsqueda de la realidad.

Por ejemplo, en el caso de la mujer que estando casada por más de un año diera a luz un hijo que no ha sido concebido del marido, si el niño es reconocido por éste, no cabe investigar la filiación paterna. Sólo al padre le compete la promoción de la acción respectiva. Aquí se trata de proteger a la familia del niño y de dar seguridad jurídica a las relaciones de familia, antes que a la verdad. La búsqueda de la verdad sería, pues, no solo indeseable, sino injusta (si pudiera caber el término). Y si el verdadero progenitor intentara una acción de filiación, por aplicación del Código Civil (art. 237) ésta ni siquiera sería analizada, debiendo el juez rechazar in limine la demanda.

 Ocurre aquí lo que venimos diciendo: la verdad cede ante principios jurídicos superiores.

Supóngase el caso de una persona que pagó el boleto de entrada al cine para ver una película, pero pierde el boleto. Obviamente, si no lo presenta, es probable que no le permitan el ingreso a la sala. ¿Sería esto justo? La regla jurídica establece que para tener derecho al ingreso, es menester presentar el ticket respectivo, por lo que sería injusto que le permitan la entrada. Si bien podría ser defendido como “verdad” que el sujeto pagó el precio de la entrada, lo cierto es que la perdió, y sin ella, nada puede hacer. No puede decirse aquí que “es injusto que no le dejen entrar”, ya que del otro lado también tendrían derecho a ingresar las demás personas que no tienen el boleto.

Si bien en una justicia natural podría alegarse que si la persona A pagó por el boleto de entrada tiene derecho a ingresar, la justicia legal exige que el hecho aludido sea comprobado mediante la presentación del boleto respectivo; y si no lo presenta, debe deducirse que no lo tiene, por lo que no puede ingresar. Y si el funcionario encargado de la portería lo hiciera ingresar de todos modos, podría ser cuestionado por el resto de los clientes que sí pagaron (porque no fueron tratados igual) y por el público que no pagó la entrada, que podría exigir ingresar también sin el ticket. La única respuesta correcta es aquí la aplicación de la carga de la prueba: si quien debía probar para fundar su pretensión no lo hizo, debe perder el pleito.

Como se ha dicho, ante principios del derecho de firme raigambre constitucional como el derecho a la defensa y la imparcialidad del juez (que realmente sirven a la justicia), no cabe la existencia del mal llamado “principio de indagación” propuesto por la doctrina más reaccionaria, porque no es posible sostener que un “principio” sólo exista a costa de la negación o destrucción de otros principios preexistentes y autónomos, con lo que se concluye que el primero no es un principio.

La posición que criticamos –el sustancialismo- presenta un serio inconveniente: se nutre de la idea de que existiría un método “metaprocesal” (no sabemos cuál es ni cómo funciona) de obtención de la verdad, que debe primar sobre el método estrictamente procesal, de por sí calificado como insuficiente.

 Pero no se vislumbra cómo puede funcionar este método tan providencial para eliminar las limitaciones propias con que se tropieza en la búsqueda de la verdad dentro del proceso, como lo son: la vaguedad, ambigüedad y finitud de las afirmaciones de las partes; la normal inconsistencia de los testigos; la funcionalidad del derecho en cuanto a la inhibición de la investigación (allanamiento, transacción, caducidad de instancia, incompetencia del juez, cosa juzgada, prescripción, nulidades, prohibición de incorporar pruebas ilícitamente obtenidas, etc.); la subjetividad propia del juez; el transcurso de los plazos y demás reglas procesales; y lo más importante, el cumplimiento de las garantías procesales innegociables que conforman el “debido proceso”.

La verdad es que como no existe el método mágico capaz de suprimir los obstáculos mencionados, se intenta acortar el camino por medio de un atajo no menos sinuoso y exento de complicaciones: el de otorgar más poder a los jueces y promover el aumento de la subjetividad e intuición dentro del proceso (máxima arbitrariedad y discrecionalidad), con la confianza en una capacidad casi infalible del juez de encontrar siempre una verdad providencial, no controlada, ilimitada, revelada por la intuición y justificable a posteriori por algún medio disponible (medidas de mejor proveer), como si en estas condiciones alguna vez pudiera salir a luz una “verdad” estimable aunque sea como un subproducto.

Cabe resaltar además que cierta doctrina se halla empeñada en identificar la verdad procesal y la verdad extraprocesal, o más bien, de desterrar la “verdad procesal”, sustituyéndola por la “verdad sustancial” o la “única verdad”. A modo de ejemplo, asegura Gozaíni que “parece insostenible la idea de una verdad judicial que sea completamente distinta y autónoma de la verdad tout court…”; y concluye con “la imposibilidad de individualizar una verdad procesal distinta e independiente de la verdad extraprocesal.”

La doctrina sustancialista pretende encontrar “la verdad pura”, aislada de todo elemento “contaminante” como serían los enunciados formulados por las partes dentro del proceso y las precitadas garantías procesales (lo cual hace notar el menosprecio hacia la actividad de las partes, vistas así como “entorpecedoras” en el camino del juez hacia la verdad); y se empeña en derribar los obstáculos legales y constitucionales antepuestos a la actividad probatoria.

De nuestra parte, sostenemos que dentro del ámbito del proceso judicial no puede obtenerse otra verdad que no sea la “procesal”. Cualquier referencia a otra verdad, es puramente retórica; y la referencia a que del proceso puede extraerse una “verdad sustancial” (que es meramente referencial), cae directamente en el absurdo.

De otro lado, las limitaciones epistemológicas propias del proceso judicial privan de sentido la búsqueda de una verdad “metaprocesal” o “extraprocesal”. Porque no es posible idear un método extraprocesal para obtenerla, ya que aunque se construya una máquina perfecta que permita saber con exactitud la veracidad de los hechos ocurridos, la verdad que se pueda extraer de ella será siempre de carácter “procesal” (aun cuando pudiera ella coincidir con la “verdad histórica” o “material”).

No se alcanza a ver cómo podrá el juez comprometido con dicha verdad sustancial, única y valedera, hacerla emerger sin recurrir a las pruebas que el proceso le proporcione, dentro de las reglas que éste le fije. Si el juez pudiera encontrarla por algún método o medio “extraprocesal”, de todas maneras no podría incorporarla al proceso, por no ser controlable ni verificable por las partes (quod non est in actis, non est in mundo).

Debemos volver al principio de las cosas. Si el proceso judicial se instaura para determinar a quién asiste la razón, no puede argüirse a priori que una de las partes tiene la razón (sin dar oportunidad de contradecir a la otra), ni mucho menos que el juez sepa “cuál es la verdad a probarse”.

Mientras no se tenga una bola de cristal o algo parecido, los irracionalistas deberán conformarse con la verdad “posible” que se busca en el proceso, en los casos en que corresponde investigarla y además, bajo el estricto cumplimiento de las garantías constitucionales. Valdría la pena recordar a Popper, quien con sabias palabras decía: *“Creo que vale la pena tratar de saber algo acerca del mundo, aunque al intentarlo sólo lleguemos a saber que no sabemos mucho. Tal estado de culta ignorancia podría sernos de ayuda para muchas de nuestras preocupaciones. Nos haría bien a todos recordar que, si bien diferimos bastante en las diversas pequeñeces que conocemos, en nuestra infinita ignorancia somos todos iguales.”*

Se requiere madurez para comprender que la solución para el derecho procesal no está en buscar “soluciones mágicas” ya perimidas, a través del reforzamiento de la figura del juez-investigador como autoridad suprema en el esclarecimiento de los hechos controvertidos en el proceso, lo que revela un desconocimiento de los límites de la propia razón (idealismo heredado de Hegel), de la dificultad del ser humano para hallar la verdad, del carácter hipotético-deductivo de la verdad procesal y del hecho, no menos importante, de que las garantías y la vida de las personas está por sobre cualquier verdad providencial: **el derecho es el que sirve a las personas; y no las personas al derecho.**