

Epistemología en el Derecho

Epistemology in Law

DOI: <https://doi.org/10.18041/0124-0102/a.38.9755>

Resumen

Sin lugar a dudas, la epistemología constituye una de las áreas más fructíferas de la filosofía. De su considerable influencia, que penetra en diversos ámbitos del conocimiento humano, no parece escapar el derecho. En este artículo se pretende mostrar cómo en el ámbito jurídico existe un componente epistemológico que guarda íntima relación con los hechos en el derecho, esto es, con sus elementos fácticos. De igual manera, se relievra en la necesidad de verdad en el ámbito jurídico, así como en los estadios de la verdad y la manera cómo y dónde es posible alcanzarla a través de medios de prueba idóneos. La metodología empleada es descriptiva, con un enfoque cualitativo, haciendo uso del método hermenéutico, propio de la interpretación de textos jurídicos y filosóficos.

Palabras clave: Epistemología, derecho, hechos, verdad, prueba.

Abstract

Epistemology is undoubtedly one of the most fruitful areas of philosophy. Law does not seem to escape from its considerable influence, which permeates various fields of human knowledge. Hence, in this paper, we intend to show how in the legal field there is an epistemological component, which is closely related to the facts in law, that is, to its factual elements. Likewise, the need for truth in the legal field is highlighted, indicating the different stages of truth and how and where it is possible to reach it through suitable means of proof. The methodology used is descriptive, with a qualitative approach, making use of the hermeneutic method proper to the interpretation of legal and philosophical texts.

Keywords: Epistemology, law, facts, truth, evidence.

Luis Eduardo Cerra Jiménez

Doctor en Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad del Atlántico (Colombia). Máster en Argumentación Jurídica de la Universidad de Alicante (España). Magister en Filosofía de la Universidad del Atlántico (Colombia). Docente en Filosofía del Derecho de la Universidad Libre de Colombia, seccional Barranquilla.
luisse.cerraj@unilibre.edu.co

Cómo citar:

Cerra, L. E. (2022). *Epistemología en el Derecho*. *Advocatus*, 19(38), 207-224. DOI: <https://doi.org/10.18041/0124-0102/a.38.9755>



Open Access

Recibido:

16 de diciembre de 2021

Aceptado:

1 de abril de 2022

EPISTEMOLOGÍA EN EL DERECHO

Este texto académico se erige sobre la base de la tesis del jusfilósofo Luis Recaséns Siches, para quien la realidad del derecho está integrada por normas, valores y justicia. Ahora bien, ¿esa realidad jurídica es una facultad o un título? En la antigua Roma se asumió que el sustrato básico del Derecho como realidad es la *res*, esto es, la cosa. A su vez, el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española dice sobre *cosa*: «(Del lat. causa, motivo). f. Todo lo que tiene entidad, ya sea corporal o espiritual, natural o artificial, real o abstracta» (Real Academia de la Lengua Española, 2020). En otras palabras, *res* o *cosa* es la denominación genérica de realidad, vale decir de lo óntico. En el caso del derecho es la expresión de su realidad básica, es decir, lo óntico-jurídico.

Para el profesor Gabriel Mora Restrepo de la Universidad de La Sabana, la concepción o respuesta más comprensiva o completa sobre la realidad jurídica es la que afirma que «[...] la realidad jurídica estaría compuesta, además de cosas justas o cosas debidas, de otro conjunto de realidades tales como normas/leyes/reglas jurídicas, facultades y potestades en relación con cosas o frente a personas, principios y valores jurídicos, etc.» (Mora-Restrepo, 2005, p. 201).

Por otra parte, los derechos y deberes subjetivos tienen títulos que pueden emanar de diferentes fuentes: i) la norma jurídica positiva (derecho: todas las personas nacen libres

e iguales ante la ley; deber: obrar conforme al principio de solidaridad social); ii) la costumbre; iii) el acuerdo de voluntades (convenios o contratos que establecen prerrogativas y deberes mutuos); iv) la voluntad unilateral (el testamento en el cual el testador asigna a una persona una herencia sobre el porcentaje de libre disposición de sus bienes), y v) Derecho natural (el reconocimiento de la filiación natural, lo cual se constituye en deber del padre y correlativamente en derecho del hijo).

Así las cosas, el objeto de conocimiento debe ser la realidad, en este caso la realidad del derecho, que como parte de la sociedad es integrante de lo que Aristóteles ubica como *de las cosas*, vale decir, realidades que pueden ser de otra manera. De acuerdo con Aristóteles, existe una realidad que, en principio, no puede ser de distinta manera. Se dice en principio porque en la época aristotélica no era factible ni previsible que ciertas realidades pudieran ser transformadas, al menos no con facilidad y con la simple voluntad y querer humano. En cambio, hoy en día, en algunos casos, eso sí es posible bajo ciertas condiciones. Es decir, hoy muchas realidades no se pueden convertir o transformar a otro estado; sin embargo, a la postre, la naturaleza podría ser transformada, y de hecho lo está siendo, aunque en el mayor de los casos por la irracional e indiscriminada explotación de los recursos naturales por parte del ser humano o por el uso de armas de destrucción masiva (nucleares, biológicas y químicas). Por otra parte, existe otra realidad; por ejemplo, la realidad social e institucional, que la voluntad humana puede transformar

con mayor facilidad, esto es, puede ser de otra manera.

Ahora bien, la maleabilidad y flexibilidad de la segunda realidad no significa que no posea propiedades y leyes singulares, incluida la realidad del derecho, con el cual, al lado de las leyes sociales existen leyes naturales y leyes institucionales. Entre las leyes sociales están las relativas a la obtención de bienes y servicios, producción, distribución y consumo. En cuanto a las naturales se encuentran los derechos inherentes a la dignidad humana y deberes de solidaridad y ayuda mutua. En las leyes institucionales aparecen el matrimonio, la propiedad, el poder político, la familia, la herencia, los contratos, la condición de pensionado, entre otros.

El derecho, integrado tanto por las leyes naturales como por las institucionales, es un ente complejo de la realidad susceptible de conocimiento. Su conocimiento natural puede operar por vía de lo sentimental, lo emocional, lo racional y lo razonable. De manera que, si el ser humano no lo disfruta, lo reclama, como el derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad, a la expresión, a la independencia, a la autonomía de los pueblos para constituir su forma de gobierno, etc. Por su parte, el derecho institucional, unas veces puede llegar a ser la formalización del derecho natural, y otras, reglas prohibitivas, autoritativas, facultativas, regulatorias, permisivas. Así como se puede convertir en decisiones a través de las cuales se administra justicia, decretando a quién le asiste el derecho y a quién le corresponde un

deber (incluso, sanción), que decreta el Estado o se establecen por sectores privados en ejercicio de porciones de poder que han conquistado, como la autonomía de la voluntad para la celebración de contratos.

El conocimiento de ese derecho (tanto el natural como el institucional) se logra por varios métodos o vías: en primera medida, mediante la prudencia. Hasta aquí se puede convenir con Recaséns Siches en que esa realidad del derecho está integrada por la norma, el valor y la justicia, y es vida humana objetivada. Por consiguiente, el conjunto de estos elementos constituye el objeto del conocimiento en el derecho.

Los componentes de la realidad jurídica se manifiestan de diferente manera, precisamente porque su constitución óptica es diversa y así mismo se manifiesta y es aprehensible por el conocimiento. La variada constitución de la realidad del derecho supone un abordaje gnoseológico diverso, esto es, a través de una combinación de métodos.

Un primer nivel de acercamiento metodológico al objeto de conocimiento podría ser a través del saber sofisticado, es decir, el conocimiento superficial y especulativo, que se basa simplemente en la elaboración y exposición de argumentos, eso sí, deliberadamente expuestos y cuidadosamente organizados, que dan la apariencia de conocimiento o saber profundo y producen convencimiento, pues con la ayuda de la retórica se caracterizan por un alto grado de persuasión que no deja de

ser superficial y no garantiza profundidad ni episteme.

Un segundo nivel de aproximación a la realidad del derecho implica el uso de metodologías de mayor calado, con las cuales se pueda examinar con mayor profundidad, como la razonabilidad, la ponderación y la proporcionalidad, entre otras.

Un tercer nivel de acceso al objeto de conocimiento del derecho es mediante una hermenéutica que tenga como norte y criterio la comprensión de los hechos bajo la óptica de un paradigma de equidad y justicia.

Ahora bien, quienes niegan el carácter científico de derecho, además de exigir de él calidades ontológicas, metodológicas y gnoseológicas, también reclaman un estatuto epistemológico. Lo cual resulta curioso, porque la palabra estatuto hace referencia, precisamente, a *reglamentación*. En efecto, el Diccionario de la Lengua Española dice lo siguiente sobre la palabra estatuto: «(Del lat. *statutum*.) m. Establecimiento, regla que tienen fuerza de ley para el gobierno de un cuerpo» (Real Academia de la Lengua Española, 2020). Inequívocamente, la semántica de esa palabra es relativa a las reglas. En el caso de lo epistemológico, a las reglas que deben gobernar ese conocimiento, las cuales pese a lo científico que pueda ser, es una regulación humana-convencional.

En otras palabras, precisamente las posiciones renuentes a aceptar el derecho como conoci-

miento con vocación y carácter científico, por tratarse de una disciplina de normas, valores y de justicia, irónicamente exigen parámetros reglados para contemplar la posibilidad de admitirlo como tal.

Para una completa práctica gnoseológica del derecho no es suficiente que se conozcan sus diversas manifestaciones y fuentes. Es necesario, como en toda teoría del conocimiento, que se complemente con una epistemología propia en relación con la verdad. Esto es, si en tratándose del derecho las instituciones jurídicas son el resultado de factores reales y si el conocimiento obtenido en el derecho garantiza niveles de verdad.

Para ello se debe dividir el derecho en sus principales fuentes o escenarios de producción, como el constituyente y el legislativo, la administración pública, la administración de justicia, e incluso, la costumbre. Las decisiones adoptadas por esas instituciones son normas constituyentes, normas legislativas, decisiones administrativas generales y particulares, y decisiones jurisdiccionales de carácter general y particular.

Generalmente, el camino hacia la verdad pasa por varios estados: la ignorancia y el desconocimiento, la duda, la probabilidad, la hipótesis, la verosimilitud, la certeza y, finalmente, la verdad. Uno de los primeros estados que suelen presentarse en la tarea de establecer la verdad de cualquier fenómeno es la ignorancia total o parcial sobre éstos. Ese estado se vuelve potencialmente más procli-

ve a establecer la verdad cuando se admite la ignorancia, situación que se presenta en la famosa expresión de Sócrates: *sólo sé que nada se*. Esta actitud permite la apertura del conocimiento y evita que se quede anclado en los preconceptos, las terquedades y los prejuicios.

Si bien esa actitud permite, por una parte, tener apertura, por la otra implica la aplicación de la duda, que consiste en la oscilación entre la creencia y la incredulidad acerca de una proposición o enunciado. Agustín de Hipona utilizó explícitamente la duda como método con su famosa expresión: *Si fallor, sum* (si no me equivoco). Así mismo, la duda metódica de Descartes (1999) con su *Cogito ergo sum*, quien reflexionando en boca de Eudoxio dice: «[...] Comprendéis ciertamente que podéis, con razón, dudar de todas las cosas cuyo conocimiento sólo os llega por medio de los sentidos, pero ¿podéis acaso dudar de vuestra duda? ¿Podéis tener alguna duda acerca de si dudáis o no?» (p. 119). Más adelante, añade:

Puesto que no podéis negar que dudáis, sino que, por el contrario, es cierto que dudáis, y tan cierto en verdad que no podéis dudar de ello; entonces también es verdad que vos, el que duda, existís; y tan verdadero es eso que no podéis dudar de ello. (p. 120)

La incredulidad y la duda constituyen métodos que permiten someter cada hipótesis a la verificación. De manera que despejadas o no las dudas provisionales sobre aspectos parciales del objeto de estudio, es posible contemplar una probabilidad. Este estado del

conocimiento ha tenido mayor valor desde dos estudios de Laplace a principios del siglo XIX: *Teoría analítica de las probabilidades* y *Ensayo filosófico sobre las probabilidades*.

La mayor o menor probabilidad de un enunciado o proposición contribuye a dar mayor o menor verosimilitud, esto es, mayor grado de aceptabilidad o credibilidad a determinada hipótesis. Esto significa que la verosimilitud no necesariamente es equiparable a la verdad, pues no supera la probabilidad ni la subjetividad.

En el ámbito del derecho, la verosimilitud carece de rigor epistémico. Al respecto, Santiago Sentís Melendo (s.f., citado por Suárez-Ramírez, 2017), dice: «Al igual que la sospecha, la verosimilitud no constituye un elemento probatorio; acaso menos que aquella [...]. Por eso creo que tiene toda la razón Gorphe, para calificar a la noción de verosimilitud de “superficial, insuficiente y peligrosa» (p. 52). Agrega que: «¿quién fijará su nivel y quién su criterio? La verosimilitud no es sino un camino –poco seguro– hacia la certeza: lo verdadero no siempre es verosímil, ni lo verosímil verdadero» (p. 53).

En el proceso penal, por ejemplo, la simple probabilidad, referida a elementos subjetivos como la verosimilitud, no es suficiente para condenar a un procesado, especialmente si en el proceso penal existe una garantía que debe desvirtuarse de manera contundente y fehaciente, esto es, el principio de presunción de inocencia.

Sobre la verdad, cabe mencionar que Todor Pávlov, en sus *Obras Filosóficas Escogidas*, expone acerca de la teoría del reflejo que: «La verdad es la forma superior del reflejo subjetivo de la realidad objetiva en la conciencia humana» (Pávlov, s.f., citado por Vostrikov, 1970, p. 278).

La afirmación en el sentido de que la verdad es la forma o expresión *superior del reflejo* en la conciencia humana, supone que ese nivel superior no sería otro que la fidelidad. Esa aseveración supondría que todo reflejo de la realidad en la conciencia que no alcance el nivel superior de la fidelidad del objeto de estudio en la conciencia, es decir, el efecto de espejo, no lograría la categoría de verdad. Por ejemplo, las sensaciones que se producen a través de los sentidos, como los olores, los sabores, las visiones y las percepciones auditivas y táctiles y son representaciones que, por cierto, no son exclusivamente humanas de la realidad, pueden producir representaciones imaginativas de la realidad.

No obstante, que estas últimas expresiones e impresiones de la realidad en lo sensorial no alcanzan, necesariamente, el grado de fidelidad absoluta en la conciencia, no por ello puede afirmarse que no contribuyan a construir el grado de verdad. Precisamente, con base en esta afirmación, el filósofo Vostrikov controversió la aseveración de Pávlov sobre su noción de verdad. Sobre el particular increpó:

Todas las formas del reflejo o conocimiento nos pueden dar y nos dan nociones que corres-

ponden a la naturaleza misma de las cosas y los fenómenos. O sea que pueden ser verdaderas no sólo las formas de conocimiento racional o teórico, sino también las sensaciones. Esto debe ser necesariamente subrayado, puesto que en lo concerniente a la verdad todavía se encuentran en la literatura marxista afirmaciones equivocadas en el sentido de que sólo una forma de defender esta falsa tesis, declara que “la veracidad, en el sentido exacto de la palabra, pertenece exclusivamente a los juicios...”. En lo que atañe a las sensaciones, percepciones, representaciones, incluso conceptos, según dicho autor, nada tienen que ver con la noción de verdad. (Vostrikov, 1970, pp. 278-279)

Vostrikov resalta cómo la posición de Schaff subestima el papel que desempeñan las sensaciones en la construcción del conocimiento y con ello el de la verdad. Hasta aquí, tanto una como otra noción de verdad se enmarcan dentro del criterio por correspondencia, la cual puede manifestarse como verdad objetiva, absoluta, relativa y concreta.

Una verdad es objetiva si las representaciones y conceptos corresponden al mundo objetivo, si lo reflejan de manera correcta con fidelidad. Este «correcto reflejo del mundo habrá de constituir el contenido objetivo del conocimiento, es decir, la verdad objetiva» (Vostrikov, 1970, p. 281). Agrega que la verdad objetiva no es la realidad objetiva en sí misma, es decir, la existente fuera de la conciencia sino «el reflejo veraz de la realidad objetiva en nuestra conciencia» (Vostrikov, 1970, p. 284). Así pues, en este marco, se concibe la verdad

objetiva como la correspondencia del conocimiento con la realidad objetiva.

Uno de los criterios de verdad es el pragmático o utilitarista, consistente en que un enunciado tiene la categoría de verdad en la medida en que sea útil, beneficioso o provechoso. Al respecto, William James en su libro *Pragmatismo*, dice: «Si resulta que las ideas religiosas tienen valor para la vida real, desde el punto de vista del pragmatismo, serán verdaderas en la medida en que sean aptas para ello» (James, s.f., citado por Vostrikov, 1970, p. 285).

Otro criterio de verdad que se presenta es el convencional, en el que el criterio acerca de si una proposición es verdadera está determinada por el grado de convención, acuerdo o aceptación generalmente imperante. Ello ocurre en algunas disciplinas como la geometría, pero no es exclusiva de ésta, pues bien pueden presentarse en representaciones pseudocientíficas, como el modelo astronómico del universo de Tolomeo, quien partía de la base de que el centro del universo era la Tierra, y ésta era plana.

Por otra parte, la verdad objetiva presenta dos modalidades: la verdad absoluta y la verdad relativa. La primera se configura cuando la verdad se presenta de manera total, absoluta e incondicional. La segunda, cuando la verdad depende de factores que la hacen condicional, parcial o relativa.

Vostrikov (1970) entiende la verdad absoluta como:

[...] el conocimiento completo, exhaustivo, absolutamente veraz del mundo objetivo en su integridad. [...] La verdad absoluta en dicha comprensión se presenta como proceso y como objetivo del conocimiento al cual aspiran las gentes cuando se acercan constantemente a él. Pero sin lograrlo nunca plenamente. He aquí por qué la verdad absoluta en cada etapa histórica del desarrollo del conocimiento necesariamente se expresa en forma de verdades relativas. (p. 292)

Sobre verdad relativa, señala:

Se llaman verdades relativas todas aquellas (postulados científicos, conceptos, teorías) que reflejan la realidad de modo objetivo y veraz, pero no plena ni exhaustivamente, sino sólo de manera aproximada y que con el trascurso del tiempo se van puntualizando, se tornan cada vez más completas, más verídicas. Por eso, las verdades relativas siempre se hallan históricamente condicionadas; expresan el nivel de conocimiento de las gentes, la plenitud de éstos, logrados en una u otra fase del desarrollo histórico. La verdad relativa, al igual que la absoluta, es objetiva. (Vostrikov, 1970, p. 292)

Si se hace un breve recorrido en el tiempo acerca de lo que ha significado la verdad en el derecho, se encuentra lo siguiente. Si bien en el capítulo 3º, versículo 14 del Génesis existe una sentencia de Dios contra la serpiente, contra Adán, Eva y todas sus generaciones futuras, no aparece que se haya adelantado un proceso encaminado a determinar cuál fue la

verdad de lo que efectivamente aconteció y si realmente hubo responsabilidad de Adán y Eva en lo ocurrido, invocándose como única prueba la confesión ingenua de ellos de que efectivamente habían comido del fruto del árbol del bien y del mal y de que habían sido inducidos por la serpiente, sin que estas circunstancias sirvieran al menos de atenuante de la imposición de una pena desmedida y desproporcionada como su mortalidad y la de sus generaciones. A pesar de que en la Biblia se hace mención a la verdad, sólo es en cuanto a decir que hay un árbol que la contiene, pero sin decir, cuando menos, qué es y cuál es su valor.

En otra parte de la Biblia, concretamente, en Reyes, capítulo 3º, versículo 16, se observa que si bien en el famoso juicio del rey Salomón, en el que se buscaba establecer cuál de las dos mujeres que reclamaban ser la madre del niño sobreviviente, no se hizo mención explícita a la verdad, es evidente que ésta fue la que el sabio juez persiguió como presupuesto mínimo para adoptar una decisión que fuera correcta y justa de entregar el menor a la auténtica madre.

En el derecho existen varios escenarios o criterios de verdad. Un primer escenario se presenta en la creación de las normas más generales de una sociedad determinada, especialmente las autoritativas, permisivas, prohibitivas y sancionatorias. Tanto en los Estados nacionales modernos como en los Estados multinacionales, la adopción de esas normas a través de un estatuto normativo, llámese Constitución Política o tratado mul-

tinacional, generalmente se produce a través de un acuerdo, que ha debido trasegar los consensos, conciliaciones y transacciones correspondientes. En estos casos, el resultado normativo es la consecuencia no de lo que *Se Es*, sino de lo que *Se quiere Ser* o de lo que *Se Debe Ser*. Como esas normas tienen la potencialidad de transformar la realidad, para bien o para mal, se crean nuevas realidades ónticas, con una particularidad: son realidades institucionales. Esta nueva realidad, generalmente, es el resultado del querer, de los intereses, del poder, de la aspiración y de la voluntad. Es el resultado de la capacidad transformadora que tiene el ser humano para cambiar o modificar una realidad por otra. En síntesis, esa nueva realidad, que antes no era, ahora sí lo es.

Así como hay una manifestación de ese poder constituyente, en las modalidades de constituyente primario y directo, constituyente derivado e indirecto, ya sea por vía del propio Congreso, de una Asamblea Constituyente o de un referendo, la capacidad de transformar la realidad por vía coercitiva es inmensa. Esto se expresa, entre otros aspectos, en la ampliación o restricción de la libertad, de la igualdad, de la distribución de bienes, servicios y derechos, y, en general, en una mayor o menor cobertura de justicia social.

En ejercicio de ese poder de transformar una determinada sociedad, ampliando o restringiendo el bienestar social, no sólo se crea un nuevo *Ser Social*, sino que éste se produce, se repite por acuerdos, consensos y voluntades,

casi siempre en medio de un forcejeo, que es resultado de la correlación de fuerzas sociales.

En el escenario del proceso administrativo o judicial suelen tenerse como ciertos, salvo prueba en contrario, hechos que han sido afirmados por una parte y aceptados por la otra, o hechos que han sido afirmados por una de las partes, y que pudiendo ser controvertidos por la otra, no lo son. Lo mismo puede llegar a acontecer cuando sobre un hecho una de las partes presenta una prueba que no es controvertida por la otra parte en el proceso.

En la violación masiva de derechos humanos se impone la necesidad de verdad conforme lo ha establecido la Declaración Universal de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas desde el 10 de diciembre de 1948, así como la Resolución No. 9 de 2011, expedida por la ONU.

Cabe destacar que ese derecho a la verdad se ha concretado en varios conflictos, como en el Informe de la Comisión Nacional de la Verdad en Chile (1991) y Memoria del Silencio. Informe de la Comisión de Esclarecimiento Histórico, Guatemala (1999). Así mismo, en los conflictos armados de Sierra Leona, Perú, El Salvador, Timor-Leste, Ghana y Colombia.

La Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, en una directriz contenida en un documento del año 2005, ha recomendado que los países que pretendan superar un conflicto armado en el cual se hayan cometido graves violacio-

nes a los derechos humanos deben constituir una Comisión de la Verdad que reciba las versiones de las víctimas. Además, que dicha comisión no debe tener carácter judicial y las versiones tendrán por finalidad la comprensión de las causas del conflicto.

En este contexto, si bien el objetivo de las comisiones de la verdad sería la comprensión e interpretación de las causas del conflicto, esta clase de verdad parece ser unilateral, pues sólo cuenta con una versión, de manera que ello no permitiría conocer otras versiones extrajudiciales, como las de los colaboradores y financiadores privados, las de las autoridades estatales que cooperaron y las de los propios victimarios.

La forma como están concebidas las comisiones de la verdad, bajo los parámetros de las Naciones Unidas, sólo garantiza la existencia de la versión de uno de los sujetos inmersos en el conflicto. Parecería más adecuado que todos los actores del conflicto hicieran parte del acervo de versiones, pues además de que en el primer caso no serían plurales e integrales, no estarían siendo contrastadas. Por consiguiente, sólo harían parte de una memoria histórica de las víctimas, pero no de versiones que necesariamente puedan ser calificadas de verdad sobre el conflicto.

En síntesis, con esas versiones unilaterales no habría un nivel medianamente razonable de que las mencionadas comisiones garanticen un grado aceptable de verdad de lo acontecido en el conflicto.

Sobre el criterio de verdad como eficacia cabe resaltar previamente que, de conformidad con el citado en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, eficacia es la «Virtud, actividad, fuerza y poder para obrar». Y eficaz significa «Activo, poderoso para obrar. Que logra hacer efectivo un intento o propósito» (Real Academia de la Lengua Española, 1992, p. 559).

En otras palabras, bajo ese criterio se tiene como verdad o verdadero aquello que logra un resultado, especialmente si es esperado, deseado o que se necesita. Por ejemplo, actualmente por la pandemia desatada por la Covid-19 se espera y se quiere una vacuna que inmunice contra ese virus. Pese a que los experimentos no dan una cobertura de seguridad del 100 %, sino máximo de 95 % de eficacia, ante la necesidad apremiante de detener el porcentaje de mortalidad producida por ese virus, los Estados, las instituciones de salud y las organizaciones científicas han depositado en ese último porcentaje de eficacia las esperanzas de control de la pandemia. Es decir, aunque no hay garantía total de que los vacunados no se enfermen, la esperanza de que sea un porcentaje menor hacen otorgar a esas vacunas las licencias oficiales (autorizaciones) para su aplicación, considerándolas como verdaderos remedios para restablecer la salud pública.

Sobre el criterio de verdad como eficiencia es pertinente sostener que se entiende por eficiencia la obtención de un logro o resultado con el menor costo posible. La masiva

experiencia del trabajo en casa, forzada por la pandemia, ha puesto en evidencia que en esa modalidad laboral las personas trabajan más, con mayor productividad y menores costos para el empresario. De modo que en casi todos los países de sistema económico capitalista los órganos legisladores se encuentran puliendo legislaciones que promueven esa modalidad de trabajo que, evidentemente, acentúa la explotación laboral porque el trabajador labora más tiempo, poniendo algunos elementos de trabajo (energía eléctrica, internet, locaciones, equipos y enseres, entre otros), costos que correlativamente ahorran los empleadores, llámense empresarios privados o entidades estatales. La legislación que al efecto se adopte estará estimulada por ese criterio, esto es, la corrección o veracidad de su adopción será la eficiencia.

Los tres criterios mencionados, más que normas de verdad, se asemejan a pautas de utilidad y pragmatismo, lo cual, las más de las veces, llevan ínsito intereses particulares y gremiales. Ahora bien, esos criterios justificantes para crear derecho por el constituyente (primario o delegado) o por el legislador ordinario o extraordinario, ciertamente no tienen como faro la verdad; sin embargo, en ámbitos más específicos, el derecho no sólo se edifica en la verdad, sino que tiene como requisito *sine qua non* adoptar una decisión correcta basada en la verdad.

Sobre el criterio de verdad en los procesos administrativos y judiciales cabe destacar la importancia de la verdad en el derecho, y es-

pecíficamente en la justicia. Hans Kelsen, en su opúsculo *¿Qué es la justicia?*, narra:

Cuando Jesús de Nazaret en el interrogatorio ante el Gobernador romano admitió que era un Rey, dijo: “Yo he nacido y venido al mundo para dar testimonio de la verdad. Entonces Pilato preguntó: “¿Qué es la verdad?”. Evidentemente el escéptico romano no esperaba respuesta alguna a esta pregunta y el Justo tampoco dio ninguna. (Kelsen, 1991, p. 1)

Ese episodio bíblico, mencionado por el jurista filósofo Hans Kelsen, denota lo problemático que es la pregunta acerca de la verdad y, por supuesto, lo difícil de la respuesta. Lo es aún más en el ámbito del derecho, en el cual el objeto de conocimiento, casi siempre, no es un hecho bruto (desprovisto de voluntad humana) sino un hecho social e institucional.

En su *Epistemología Jurídica y Garantismo*, el jurista filósofo italiano Luigi Ferrajoli distingue la verdad factual y la verdad jurídica. Sobre el particular dice:

De hecho, mientras la verdad de las proposiciones de la sociología del derecho es una verdad factual, en sentido estricto, determinada como la de las proposiciones observacionales de cualquier otra ciencia empírica con aquello que de hecho sucede, es bien diferente la verdad empírica predicable de las proposiciones de la dogmática jurídica, que es determinada por su correspondencia con el discurso normativo dictado por el legislador. Para establecer este segundo tipo

de verdad, que convenimos en denominar verdad jurídica, lo que en realidad debe contemplarse no son los acontecimientos sino sólo las normas, o si se quiere los enunciados y los documentos normativos que en la dogmática ocupan el lugar no sólo de la base observacional sino también el criterio exclusivo de verificación empírica. (Ferrajoli, 2004, p. 24)

Bajo ese planteamiento se puede afirmar que en el ámbito jurídico existen dos niveles de verdad: la factual, es decir, tanto de los hechos como de las proposiciones de las ciencias, y la jurídica, relativa a las normas prohibitivas, autoritativas, facultativas o sancionatorias, así como de criterios de verificación de la legitimidad, validez y corrección, entre otros. El que en el derecho se pueda sostener la existencia verdades factuales y verdades jurídicas no significa que los sistemas jurídicos existentes estén libres de error y sean infalibles.

Vale indicar que la certeza, entendida como el máximo grado de convencimiento, no hace verdadera una proposición jurídica. La persuasión que una persona tenga de una proposición consistente en que un hecho existe o existió o de que un hecho no existe, no es suficiente, ni mucho menos es garantía de que sea verdadera. Como sostiene el profesor italiano Michele Taruffo:

Cuando se afirma, por ejemplo, que la condena de un acusado se justifica cuando el juez tiene la certeza absoluta de su culpabilidad o se dice –como ocurre comúnmente– que el juez debe alcanzar la certeza moral sobre la

existencia de los hechos de la causa, se incurre en un doble error: por un lado, se abandona la noción de verdad y se excluye la necesidad de que la decisión se funde en una determinación verdadera de los hechos; por otro lado, se admite la idea de que el fundamento de la decisión consista en el grado de persuasión subjetiva que el juez debe conseguir. La posibilidad de que tal persuasión sea errónea no es ni siquiera considerada, como si por definición un grado adecuado de certeza subjetiva equivalente a la verdad o pudiera tomar su lugar. Es evidente que el recurso a adjetivos como <<absoluta>> o <<moral>> no evita el error en cuestión: el uso de estos adjetivos sugiere, a lo sumo, que se espera que el juez consiga un grado elevado de certeza, o bien que él debe estar <<moralmente>> convencido de que aquello que piensa (subsistiendo, obviamente, la incertidumbre respecto de qué sea una certeza <<moral>>). (Taruffo, 2010, pp. 103-104)

Más adelante complementa el profesor Taruffo (2010):

Muchas personas están intensamente persuadidas de muchas cosas respecto de ellas mismas, de los otros, de la edad del mundo, de la existencia del diablo y de mundos ultraterrenos, pero es claro que la fuerza de su persuasión no vuelve verdadero aquello en lo que creen. La profundidad de un convencimiento errado no transforma el error en verdad. Las consideraciones valen de manera general y, en particular, valen para el juez y para su convencimiento sobre los hechos: él puede

estar profundamente persuadido, *in interiore homine*, de la existencia o inexistencia de un hecho, pero esa persuasión, sin importar cuán profunda sea, no lo conducirá por sí sola a la verdad. Lo cierto es, en cambio, que si el juez se apoyara únicamente en su convencimiento interior, terminaría por formular una decisión completamente arbitraria. (pp. 104-105)

Desde finales del siglo XIX el jurista italiano Nicola Framarino Dei Malatesta había expresado que, si bien la verdad es la conformidad ideológica con la realidad, y que la creencia en la percepción de esa conformidad es la certeza, advirtió que siendo esta última un estado del espíritu puede no corresponder a la verdad objetiva. Que por consiguiente verdad y certeza no necesariamente coinciden, pues «[...] algunas veces estamos ciertos de lo que objetivamente es falso; otras dudamos de lo que es objetivamente verdadero; y la misma verdad que le parece indudable a alguien, en ocasiones le parece dudosa a otro, y hasta falsa a un tercero». (Framarino, 1995, p. 15)

En la legislación procesal colombiana, a diferencia de otros países, respecto de los hechos, al juez no se le exige fallar con base en la verdad sino en su convencimiento de aquéllos. En efecto, el artículo 165 del Código General del Proceso, al referirse a los medios de prueba de los hechos, no espera de ellos que reporten verdad, sino que sean «[...] útiles para la formación del convencimiento del juez».

A su vez, el inciso final del artículo 7° del Código de Procedimiento Penal estatuye: «[...]

Para proferir sentencia condenatoria deberá existir convencimiento de la responsabilidad penal del acusado, más allá de toda duda».

Según esas normas, bastaría que el juez tuviera el convencimiento y certeza de la *existencia de unos hechos para que quedara habilitado para decidir de manera definitiva* sobre una controversia civil, laboral, comercial, contencioso-administrativa, con efectos de cosa juzgada. Así mismo, en materia penal, sería suficiente que el juez estuviera convencido (aún con medios de prueba precarios e insuficientes) para que condenara a un inocente.

Si una sociedad y un Estado se precian de tener dentro de sus objetivos y valores el de la justicia es necesario que las decisiones que tome se hagan con base en la verdad, más tratándose del ámbito judicial que tiene como función dirimir las controversias con justicia y del cual se espera y se hacen necesarias providencias correctas.

Por ello, esa deficiencia del legislador ha sido corregida en Sentencia SU-768 de 2014 (Corte Constitucional, 2014), expresando que el Juez tiene dos tareas imperiosas: (i) la obtención del Derecho sustancial y (ii) *la búsqueda de la verdad*, aspectos que constituyen los fundamentos de la justicia material. La Corte Constitucional consideró que:

[...] una sentencia justa sólo se alcanza si el juez parte de una base de conocimiento que pueda considerarse, en cierta medida, verdadera, lo que le impone la obligación de hallar

el equilibrio perfecto entre la *búsqueda del valor de la verdad* y la efectividad del derecho material. (Corte Constitucional, SU-768 de 2014)

En esa búsqueda de la verdad la Corte Constitucional no desconoce ni soslaya los problemas ontológicos del derecho. Por ello dice en esa misma sentencia: «[...] de esta manera, aunque no sea posible ontológicamente establecer un acuerdo sobre qué es la verdad y si ésta es siquiera alcanzable, jurídicamente la aproximación a la verdad es un fin, un principio y un derecho constitucional que se impone a las autoridades y a los particulares». (Corte Constitucional, SU-768 de 2014, 2014).

Esto último impone a los servidores públicos y a los propios particulares deberes éticos y legales de tener la verdad de los hechos como presupuesto del debate procesal. De modo que cuando se presente una controversia jurídica de carácter particular y subjetiva que deba ser resuelta, los conjuntos de medios de prueba son necesarios para establecer la verdad, especialmente sobre los hechos. Pero, cuando la controversia es general y objetiva, esto es, si lo que está en juego es la juridicidad de normas generales e impersonales del sistema jurídico, si bien se disminuye, y en ocasiones desaparece, la carga probatoria de las partes respecto de hechos, no sucede necesariamente lo mismo respecto de la prueba del derecho objetivo, de la costumbre nacional e internacional y del derecho exterior, p. ej. el *exequatur*.

En el primer caso, en que la controversia no sea sobre hechos sino de pura constitucionalidad o de pura legalidad (plano hipotético), p. ej. establecer si una ley es o no constitucional o si un acto administrativo general e impersonal es legal o no, si bien pueden ser pocos o ninguno los hechos (lo fáctico) que haya que probar, habrá un mínimo de requerimiento epistémico en cuanto a:

- i) La verificación de la existencia de la norma demandada: acto administrativo, ley e incluso la norma constitucional a la cual se le acuse de sustituir la Constitución preexistente.
- ii) La verificación de la existencia de la norma que se dice vulnerada e infringida: la ley o la norma constitucional.

En ambos casos el juez o tribunal verifica la existencia de las normas respectivas, pues aunque las partes no tengan la carga de probarlas, el juez tiene la obligación de constatar la existencia del ente normativo, ya que no debe presuponer su existencia, esto podría conducir a que se pronunciara sobre normas que no existen o que no existieron. No resulta sensato suponer que un juez o tribunal decida la validez constitucional o legal de una norma jurídica sin constatar previamente la existencia de las normas que se acusan de ser contrarias, por lo cual la constatación entitativa de las mismas es imprescindible.

Ciertamente, la tarea final es pronunciarse sobre la validez o invalidez de las normas demandadas, pero se reitera que esa clase de

procesos no está exento de un mínimo requerimiento epistémico previo.

El derecho contempla la necesidad de que toda decisión administrativa y judicial esté fundada en pruebas allegadas a los procesos de esas índoles. Así, el artículo 165 del Código General del Proceso establece como medios de prueba la declaración de parte, la confesión, el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos, los indicios, los informes y cualesquiera otros medios que sean útiles, como las presunciones.

Sobre la *Declaración de parte*, es pertinente resaltar que es aquella en que una de las partes declara bajo la gravedad del juramento sobre hechos u omisiones. Cuando reconoce hechos que le perjudican, se genera la figura de la confesión teniéndose como prueba en su contra. En esas circunstancias, sobre la base de las reglas de la experiencia, se tiene esa declaración como una confesión, sobre la base de que el hombre «[...] no se siente impulsado a reconocer como verdaderos aquellos hechos que puedan ocasionarle consecuencias perjudiciales para su patrimonio material o moral. Si, pues, reconoce como ciertos, hechos que le perjudican, se le puede tomar la palabra y tenerlos por verdadero». (Rocha-Alvira, 2012, p. 189)

Referente a la *Declaración de tercero*, es adecuado sostener que se presenta cuando una persona que no es parte en el proceso declara bajo la gravedad del juramento, en la cual tes-

timonia sobre hechos u omisiones que no le afectan, pues están relacionados con terceros. Se asume que el declarante no tiene interés en ello. En *La verdad y otras formas jurídicas*, Michel Foucault resalta la importancia que tiene el pastor-testigo en la obra de Edipo Rey:

Oculto en su cabaña, a pesar de ser un hombre sin importancia, un esclavo pastor vio, porque tiene en sus manos ese pequeño fragmento de recuerdo; porque traza en su discurso el testimonio de lo que vio, puede contestar y vencer el orgullo del rey o la presunción del tirano. El testigo, el humilde testigo, puede por sí solo, por medio del juego de la verdad que vio y enuncia, derrotar a los más poderosos. Edipo Rey es una especie de resumen de la historia del derecho griego. Muchas obras de Sófocles, como por ejemplo *Antígona* y *Electra*, son una suerte de ritualizaciones teatrales de la historia del derecho. Esta dramatización de la historia del derecho griego compendia una de las grandes conquistas de la democracia ateniense: la historia del proceso a través del cual el pueblo se apoderó del derecho de juzgar, de decir la verdad, de oponer la verdad a sus propios señores, de juzgar a quienes lo gobernaban. (Foucault, 2011, pp. 65-66)

En cuanto al medio de prueba *documental*, según afirma el profesor Gustavo Humberto Rodríguez, a diferencia del testimonio, que es un acto declarativo, el documento es una cosa representativa. Agrega que el profesor italiano Cernelutti afirmaba que: «El documento no sólo es una cosa, sino una cosa representativa, o sea capaz de representar un hecho» (s.f.,

citado por Rodríguez, 1977, pp. 185-186). El inciso primero del artículo 243 del Código General del Proceso dice:

Son documentos los escritos, impresos, planos, dibujos, cuadros, mensajes de datos, fotografías, cintas cinematográficas, discos, grabaciones magnetofónicas, videograbaciones, radiografías, talones, contraseñas, cupones, etiquetas, sellos y, en general, todo objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo, y las inscripciones en lápidas, monumentos, edificios o similares.

A través del medio de prueba de *inspección* el juez examina con su propia percepción sensorial los vestigios de los hechos y con ello reconstruye la realidad de lo acontecido en el pasado, e incluso, puede llegar a percibir directamente hechos que siguen produciéndose en el presente. Por su parte, el medio de prueba *indiciaria* tiene como base el indicio, consistente en una conclusión, que resulta de una inferencia lógica deductiva, inductiva o abductiva. Aunque dada su precariedad, por regla general, a los indicios no se les otorga carácter de plena prueba, sino cuando están acompañados de otros medios de prueba que complementan sus conclusiones, por sí sólo sí pueden llegar a alcanzar menores o mayores grados de probabilidad.

En cuanto a las *presunciones de prueba*, son conclusiones que se consolidan en el derecho como reglas que se originan como resultado de la experiencia, de manera que legalmente se presume su existencia sin necesidad de prue-

ba. Sin embargo, los hechos en que se funda o se erige esa presunción sí deben estar probados. Sobre el particular, el inciso primero del artículo 166 del Código General del Proceso establece: «Las presunciones establecidas por la ley serán procedentes siempre que los hechos en que se funden estén debidamente probados» Esto significa que los presupuestos fácticos que sirvan de base para erigir la presunción de que se trate deben estar probados. Las presunciones, más que pruebas en sí mismas, son relevo de pruebas.

Ahora bien, el hecho presumido se tiene por cierto, pero como quiera que se trata de una presunción, menciona el inciso segundo del citado artículo, «admitirá prueba en contrario cuando la ley lo autorice». Es decir, son presunciones *iuris tantum*. Las presunciones pueden ser legales, llamadas también relativas, que no obstante ser producto de la experiencia y la admisión o consagración como tales por la ley, admiten prueba en contrario, p. ej. la presunción de buena fe, la presunción de inocencia y la presunción de legalidad de los actos administrativos. Las presunciones de derecho son aquellas que no admiten prueba en contrario, es decir, *iuris et de iuris*, toda vez que son el resultado de la estricta y rigurosa verificación de las ciencias de la naturaleza. En efecto, el inciso final del artículo 66 del Código Civil colombiano preceptúa: «Si una cosa, según la expresión de ley, se presume de Derecho, se entiende que es inadmisibles la prueba contraria, supuestos los antecedentes o circunstancias». Un ejemplo de esta clase de presunción es el inciso segundo del artículo

92 del Código Civil colombiano: «Se presume de Derecho que la concepción ha precedido al nacimiento no menos que ciento ochenta días cabales, y no más que trescientos, contados hacia atrás, desde la media noche en que principie el día del nacimiento» También, otro ejemplo de presunción de Derecho es el establecido por la ley en el sentido de presumir en derecho que los menores de 14 años no tienen madurez suficiente para decidir sobre su vida sexual.

A través del medio de prueba *pericial*, resulta pertinente sostener que consiste en la experticia que se rinde en un proceso, con fundamento en conocimientos técnicos, artísticos, tecnológicos y científicos sobre aspectos que son básicos y determinantes para establecer la existencia de hechos y consecuencias jurídicas. Como todos los otros medios de prueba, el dictamen pericial está sometido a contradicción tanto con la objeción al dictamen como con la presentación de un contradictamen. Por lo general, una pluralidad de medios de prueba, no necesariamente la totalidad de ellos, es suficiente para probar la existencia de los hechos relevantes en el derecho, con lo cual se garantiza la obtención de la verdad, y sólo la verdad, presupuesto necesario y suficiente para adoptar una decisión administrativa o jurisdiccional. Esta última, con fuerza de verdad legal y con el atributo de la cosa juzgada.

Los medios de prueba anotados son los instrumentos que tiene el derecho para encontrar la verdad y poner en evidencia la existencia

de una epistemología jurídica. Vale decir que en materia jurídica no existe la infalibilidad al error ni la garantía del acierto absoluto, como tampoco existe en los ámbitos del conocimiento de las llamadas ciencias exactas.

En el campo del derecho, existen dos grandes escenarios: el primero, contenido de las proposiciones normativas, generalmente integradas en un cuerpo de disposiciones que facultan, permiten, prohíben, sancionan. Y, otra parte, normas procesales encaminadas a establecer dentro de un juicio si a una persona le asiste el derecho o si tiene el deber de soportar una carga.

Un primer nivel se presenta en un procedimiento administrativo, en el cual, a través de medios probatorios se establece si a una persona le corresponde asumir una obligación. Un ejemplo sencillo sería si un empleado violó la norma que prohíbe asistir al trabajo bajo los efectos de drogas prohibidas. En ese caso, luego de determinar si la persona además de ser empleado de esa entidad, efectivamente se encontraba o no drogado en el lugar de trabajo.

En ese caso hay que establecer, primero, que exista esa prohibición y, en segundo lugar, que la persona infringió esa norma. Todo ello requiere una actividad probatoria normativa y factual, a través de los diversos medios de prueba, especialmente de los hechos. Aunque habrá una decisión con la cual concluya el procedimiento administrativo no gozará del atributo de la cosa juzgada, porque esa actuación procesal puede ser objeto de cues-

tionamiento en sede judicial, esto es, ante un juez o tribunal.

Vale precisar que en el ámbito jurídico los hechos, esto es, los aspectos fácticos, son predominantemente objeto de examen en la perspectiva ontológica y epistemológica, mientras que el derecho (objetivo y subjetivo) que se ha de aplicar es objeto del examen prevalente, desde la perspectiva hermenéutica de su validez, puede ser susceptible de examinarse conforme a los métodos más pertinentes, según el caso, como son el histórico, el exegético, el lógico, el analógico, teleológico, el hermenéutico-comprensivo, el de equidad, proporcional o el de ponderación, que se desprende de los estudios de Hans Georg Gadamer y Arthur Kaufmann.

BIBLIOGRAFÍA

Código Civil (1873). *Diario Oficial No. 2.867 de 31 de mayo de 1873*. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_civil.html.

Congreso de la República de Colombia (2004, 31 de agosto). Ley 906. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. *Diario Oficial 45658*. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0906_2004.html.

Congreso de la República de Colombia (2012, 12 de julio). Ley 1564. Por la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. *Diario Oficial 48489*. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1564_2012.html.

- Corte Constitucional (2014, 16 de octubre). Sentencia SU-768 de 2014 (Jorge Iván Palacio Palacio, M.P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/SU768-14.htm>.
- Descartes, R. (1999). *Discurso del método y La búsqueda de la verdad natural*. Panamericana.
- Ferrajoli, L. (2004). *Epistemología jurídica y garantismo*. Fontamara.
- Foucault, M. (2011). *La verdad y las formas jurídicas* (Enrique Linch, trad.). Gedisa.
- Framarino, N. (1995). *Lógica de las pruebas en materia criminal* (4.ª ed.). Temis.
- Kelsen, H. (1999). *¿Qué es la Justicia?* (13.ª ed.) (E. Garzón, trad.). Fontamara.
- La Biblia* (52.ª ed.) (2004). Sociedad Bíblica Católica Internacional. San Pablo; Verbo Divino.
- Mora-Restrepo, G. (2005). *Ciencia jurídica y arte del derecho. Estudio sobre el oficio del jurista*. Universidad de la Sabana. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- Suárez-Ramírez, J. (2017). *Inferencia razonable, probabilidad de verdad y conocimiento más allá de toda duda razonable. Grados de conocimiento en el proceso penal colombiano*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- Taruffo, M. (2010). *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos* (D. Accatino). Marcial Pons.
- Real Academia de la Lengua Española (2020). Cosa. En *Diccionario de la lengua española* (edición de tricentenario). Consultado el 20 de diciembre de 2020. <https://dle.rae.es/cosa>.
- Real Academia de la Lengua Española (1992). *Diccionario de la lengua española* (21.ª ed.).
- Rodríguez, G. (1977). *Derecho probatorio colombiano. Compendio*. Ediciones Librería del Profesional.
- Rocha-Alvira, A. (2012). *De la prueba en derecho*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez
- Vostrikov, A. (1970). *Teoría del conocimiento del materialismo dialéctico*. Ediciones Suramericana Ltda.