

PROLEGÓMENOS DEL ESTADO ACTUAL DEL DERECHO PROBATORIO EN MÉXICO

Adrián POLANCO POLANCO

SUMARIO: I. *Nota introductoria*. II. *Planteamiento del problema*. III. *La prueba en el proceso jurisdiccional cognitivo contencioso*. IV. *Conclusiones*. V. *Bibliografía*.

I. NOTA INTRODUCTORIA

Al hablar de los preámbulos referentes de la prueba en el derecho procesal es necesario señalar, en primer lugar, que la palabra “prueba” tienen muy diversos significados en su aplicación práctica y dogmática; en segundo lugar, resulta claro que el estudio de la figura jurídica de la prueba en el derecho procesal se limita a un simple repertorio de temas no unificados aún del todo.

En este ensayo vamos a seguir un método *dialéctico*, en el cual se esbozará una hipótesis aplicada al aspecto procedimental; es decir, un modelo elemental que sirva de guía para el razonamiento judicial. Es por ello que tomaremos en cuenta un campo procesal probatorio que existe en la actualidad, en toda su variedad y desorden. A continuación se propondrá un modelo unificador que permita la aplicación fáctica de la valoración de los medios de prueba, teniendo siempre como faro a la validez lógico-formal de la decisión procesal; asimismo, emplearemos la “contrastación deductiva de teorías” para poder determinar la falsabilidad de nuestras conclusiones obtenidas por el procedimiento anterior, es decir, la nueva naturaleza jurídica del proceso jurisdiccional cognitivo contencioso, como una relación comunicativa, sistémica y autodeterminante en virtud de su propia clausura operativa, considerando que con ello se permite sentar las bases de una teoría probatoria integral. Para ello, debemos, en primer lugar, extraer las conclusiones de los muy diversos estudios realizados de la prueba forense por medio de la deducción lógica. Estas conclusiones iniciales serán comparadas entre sí y con otros enunciados pertinentes, como lo son las diversas teorías que han tratado de explicar nuestro tema desde el enfoque argumentativo del derecho, con objeto de hallar las relaciones lógicas que existan entre ellas. Para lograr esto seguiremos el siguiente

procedimiento: *a)* la comparación lógica de las conclusiones (unas con otras), realizando un contraste de la coherencia interna del sistema; *b)* el estudio en forma lógica de la teoría, con objeto de determinar su carácter como teoría empírica; *c)* enseguida realizaremos la comparación con otras teorías para poder determinar si la teoría propuesta constituye un avance científico, y por último, *d)* contrastaremos de modo empírico las conclusiones que pueden deducirse de ella. De este modo, se permitirá descubrir hasta qué punto las nuevas conclusiones propuestas satisfacen los requerimientos de la práctica.

Con base en el procedimiento indicado, se pretende realizar una correcta demarcación de nuestro objeto de estudio, que permita proporcionar un criterio que distinga entre las ciencias empíricas y los sistemas metafísicos; para ello, emplearemos a la falsabilidad como criterio de demarcación.

La pregunta que se pretende contestar con estas consideraciones teóricas ha inquietado el pensamiento procesal a lo largo de siglos; es decir, ¿el trato actual que se le brinda a la naturaleza del proceso jurisdiccional cognitivo contencioso, en cuanto a los medios probatorios y su valoración, ocasiona que las decisiones definitivas de los tribunales no concuerden con la realidad material? Esta interrogante ha sido motivo de los más diversos estudios y, a su vez, de las más contradictorias respuestas.

II. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Actualmente existe un innegable vacío entre los últimos desarrollos de la ciencia procesal y el grupo de hombres que debía aprovecharla; es decir, vemos que la doctrina sigue cometiendo los viejos errores; el proceso penal continúa siendo la cenicienta del derecho; el proceso administrativo, divorciado del proceso civil y el proceso laboral, sigue sin volverse clínico, escudándose en la sencillez del mismo; el proceso civil está estancado en doctrinas con más de ochenta años de antigüedad; las nociones primitivas y hartamente superadas de contienda y conflicto de intereses son la base de todo proceso jurisdiccional cognitivo contencioso que se realiza en nuestro país en el ámbito federal, aunado a la conciencia ingenua y al subconsciente de los juristas, que usan como muletilla “seudocientífica” algunas frases sacramentales que perturban todo conocimiento cabal del proceso. Asimismo, la acción sigue concibiéndose como una actividad, a más de siglo y medio de saberla que es una facultad; la jurisdicción contenciosa mantiene un decoroso ostracismo; se habla de obligaciones procesales

como si existieran; se nota un estancamiento de la ciencia procesal, lo que trae como resultado que se revivan teorías que se pensaban superadas para regularlas nuevamente; se deja de hablar de proceso y regresamos al procedimiento o, peor aún, al juicio; ya no se elaboran sistemas procesales ni tratados respecto la teoría del proceso.

Parece que la gran doctrina del proceso se ha detenido, pues las ideas de Carnelutti, Chiovenda y Calamandrei continúan siendo utilizadas y enseñadas para explicar el proceso, pero se aplican de igual manera los errores en ellas contenidas.

El aspecto dogmático de la prueba en el proceso jurisdiccional cognitivo contencioso es un tema que ya no se discute, no se escribe sobre él, y se repite una y otra vez lo mismo: “la prueba es el alma del proceso”, “la prueba tiene como objeto encontrar la verdad”, “valorados los medios probatorios en su conjunto y de acuerdo a las reglas de la lógica y la experiencia jurídica se llega a la siguiente conclusión...”. En efecto, parece que no importa saber qué es la prueba en el derecho procesal; a los estudiantes no les interesa conocer qué es el proceso, sino únicamente cómo se hace éste; a los juzgadores no les importa la naturaleza de la relación que surge entre él y las partes, el aplicar justicia y el encontrar la verdad, sino que lo más importante para el órgano jurisdiccional es dictar la sentencia y descargar el trabajo de su juzgado; además, a las partes no les motiva buscar la verdad, sino que condenen a su contraparte; a los doctrinarios ya no les llama la atención escribir sobre la prueba forense y la epistemología jurídica, e incluso se señala de modo indebido que ya está todo dicho.

El no entender la naturaleza epistémica de la prueba forense provoca que se reglamente mal, poniendo parches legales y regresando a errores que ya se han cometido; igualmente, se habla de volver orales a los procesos o de hacerlos en línea, pero se pierde de vista el objeto del proceso, y además se piensa que con una reforma legislativa se puede acabar con los problemas fácticos del procedimiento probatorio; sin embargo, en la práctica cada juzgador hace su propio proceso, sin que interese cómo se encuentra reglamentado éste en el código; asimismo, cada parte interpreta las normas procesales a su gusto para justificar su pretensión. De igual manera, el derecho probatorio es un tópico procesal que ya no se estudia, pues todo se resuelve con formatos inmutables y preestablecidos, e incluso las pruebas se valoran de modo indebido.

Parece ser que no se ha entendido que el derecho es complicado, complejo y sistémico. Estas líneas pretenden sentar las bases de una naturaleza del proceso como comunicativa, autopoietica, para lo cual estableceremos la clausura operativa que permita su autodeterminación, situación que pretende ser de utilidad para la ciencia procesal y, a su vez, para los impartidores de justicia y la sociedad, por cuanto se refiere a las pretensiones de validez de las pruebas procesales.

III. LA PRUEBA EN EL PROCESO JURISDICCIONAL COGNITIVO CONTENCIOSO

1. *Concepto de prueba*

Conceptualizar la palabra “prueba” desde el punto de vista del derecho procesal es una de las tareas más complejas, por lo que múltiples autores han elaborado los más diversos estudios al respecto. Realizando una rápida y superficial revisión de dichos estudios, podemos indicar que hay doctrinarios que le otorgan un exacto significado científico, en tanto que otros hablan de:

1. *acreditación* (semánticamente es hacer digna de crédito alguna cosa), y de
2. *verificación* (es comprobar la verdad de algo), y de
3. *comprobación* (es revisar la verdad o exactitud de un hecho), y de
4. *búsqueda de la verdad real*, de *certeza* (conocimiento seguro y claro de alguna cosa), y de
5. *convicción* (resultando de precisar a uno, con razones eficaces, a que mude de dictamen o abandone el que sostenía por convencimiento logrado a base de tales razones; en otras palabras, aceptar una cosa de manera tal que, racionalmente, no pueda ser negada), etcétera.¹

Resulta claro que no existe una idea generalizada respecto de la palabra “prueba”, lo cual ocasiona múltiples problemas en el proceso jurisdiccional cognitivo contencioso; es decir, al no saber qué es la prueba, el juzgador interpreta de distinto modo —que las partes— los elementos fundamentales para acreditar las pretensiones solicitadas en el proceso.

Una de las primeras objeciones que realizamos respecto al estudio actual de la prueba es que en la práctica forense no se aplica nada de lo que nos dice la doctrina; es decir, la dogmática de modo general establece que el objeto de la prueba es descubrir la

¹ Alvarado Velloso, Adolfo, *La prueba judicial (reflexiones críticas sobre la confirmación procesal)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, p. 13.

verdad, pero las partes en el proceso y el juzgador saben que la sentencia no contiene la verdad respecto de los hechos debatidos, por lo cual de modo general existe un repudio social por las decisiones jurisdiccionales.

Pero, ¿qué debemos entender por “prueba”? La conceptualización general de este vocablo nos indica que es “un procedimiento adecuado para establecer un saber, esto es, un conocimiento valido”.² De esta idea se parte al hablar de la prueba en el derecho procesal, pues de acuerdo con la misma, las pruebas permiten establecer la verdad de un conocimiento, en este caso los hechos manifestados por las partes; en efecto, ésta es la idea que diversos autores toman como válida,³ pero la conceptualización de la palabra abarca mucho más aspectos que el indicado. Así, la prueba es un término más amplio que el de demostración, que usualmente se usa como sinónimo; es decir, “...las demostraciones son pruebas, pero no todas las pruebas son demostraciones”.⁴ Está claro que la conceptualización de la palabra “prueba” presenta dificultades enormes, las cuales no son examinadas en la materia procesal.

Aristóteles indica que “...prueba es lo que produce el saber...”;⁵ por ello, en su obra filosófica distingue entre prueba e indicio,⁶ señalando que los segundos no son pruebas, sino meras suposiciones; sin embargo, se puede constatar que en cualquier código procesal los indicios constituyen pruebas. ¿Por qué ocurren estas contradicciones? ¿Por qué la doctrina procesal ha perdido el rumbo lógico filosófico? Siguiendo la evolución del concepto “prueba”, observamos que Locke define a la prueba del siguiente modo:

...estas ideas intervinientes que sirven para mostrar el acuerdo entre dos ideas se llama prueba y cuando, por medio de esas pruebas, se percibe llana y claramente el acuerdo o

² Abbaganano, Nicola, *Diccionario de filosofía*, 2a. ed., trad. de Alfredo N. Galletti, México, Fondo de Cultura Económica, 1974, p. 963.

³ Devis Echandía, Hernando, *Compendio de pruebas judiciales*, Santa Fe, Rubinzal y Culzoni, 1984, t. I, pp. 25-28; Framarino dei Malatesta, Nicola, *Lógica de las pruebas en materia criminal*, México, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, Dirección General de Anales de Jurisprudencia y Boletín Judicial, 2006, colección Clásicos del Derecho, t. I, pp. 20-22.

⁴ Abbaganano, Nicola, *op. cit.*, p. 963.

⁵ *Idem.*

⁶ Aristóteles, *Metafísica*, 3a. ed., México, 1973, colección Sepan cuantos, pp. 31-34.

desacuerdo, a eso se llama demostración, puesto que dicho acuerdo o desacuerdo le ha sido mostrado al entendimiento y a la mente se le hace ver así es y no de otro modo.⁷

Como se puede apreciar en este acercamiento somero, la idea de prueba es que siempre produce un conocimiento verdadero o que no admite discusión, situación que no es aplicable al proceso cognitivo jurisdiccional, porque en el proceso no se tiene como finalidad descubrir la verdad.⁸

Resulta claro que en el proceso nunca se llega a establecer la verdad⁹ en una sentencia; las partes en el proceso “afirman mentiras” con la finalidad de acreditar sus dichos y que la sentencia les sea favorable; los testigos siempre declaran a favor de la parte que los presenta; las confesionales provocadas mediante la absolucón de posiciones; generalmente en el desahogo de la prueba las partes niegan todos los hechos que se les imputan; los peritos técnicos¹⁰ presentan sus dictámenes y conclusiones siempre en favor de la parte que lo ofrece y cubre sus honorarios, motivos por los cuales resulta ingenuo creer que en las sentencias se establezca una verdad, tal y como afirma la doctrina dominante.

En nuestra opinión, el conflicto de la prueba, el proceso y la verdad consiste en un problema de adquisición de conocimiento, es decir, de epistemología, ya que el paradigma dominante en la dogmática jurídica procesal, construida alrededor de una

⁷ Abbaganano, Nicola, *op. cit.*, p. 963.

⁸ Cfr. Alvarado, Adolfo y Guido, Águila, *Lecciones de derecho procesal civil*, 2a. ed., Lima, Egacal, 2011, pp. 17-19.

⁹ No existen diversos tipos de verdad, tal y como afirman diversos procesalistas; es decir, no existe verdad formal y material, sino que la verdad es única, y de modo muy somero se indica que ella es la adecuación del pensamiento con la experiencia objetiva respecto de las cuestiones fácticas; por ello, indicamos que la verdad formal, en esencia, es una verdad falsa (vaya contradicción), ya que su propia definición indica que no se corresponde con la verdad material.

¹⁰ Realizamos la división entre los peritos científicos —son aquellos que realizan sus dictámenes con base en métodos estrictos y que son reproducibles de modo tal que sus conclusiones se pueden repetir en circunstancias similares, por lo cual tienen un alto grado de aceptabilidad; entre ellos tenemos a los dictámenes en ADN, en química sanguínea, etcétera— y los peritos técnicos —son aquellos en los que se emite solamente una opinión respecto al problema planteado; ahí tenemos de ejemplo a los dictámenes en grafoscopia, documentoscopia, tránsito terrestre, etcétera—. Comúnmente, estos últimos son los más empleados por las partes en un proceso.

filosofía que “...se ha vuelto insostenible, y, sin embargo a ella permaneció ligada todavía la vieja teoría crítica”.¹¹

Cabe señalar que el pensamiento jurídico procesal actual en nuestro país tiene una construcción epistemológica, realista, estructuralista-individualista,¹² trascendental,¹³ en virtud de esta construcción del conocimiento y, a su vez, de la realidad, y es que se afirma que el proceso jurisdiccional cognitivo contencioso construye decisiones no verdaderas (verdad formal), a las que llamamos por nuestros códigos como “presunciones de verdad”,¹⁴ a partir de las cuales lo dicho y decidido en el proceso se vuelve verdad por arte de magia.

Así pues, esta concepción impacta directamente en el estudio de los medios probatorios, que en el proceso tienen como finalidad (según la doctrina dominante) descubrir la verdad. Analicemos un segundo esta situación con un ejemplo un poco extremo, pero que lo consideramos ideal para los propósitos de estas líneas: recordemos que ocurrió en el proceso de Galileo Galei, quien en 1635 fue juzgado por el Tribunal de la Inquisición, por haber cometido el pecado de postular una doctrina distinta a la aceptada por la Iglesia, en el sentido de que el sol es el centro de nuestro sistema planetario y la Tierra se mueve alrededor de él. Una vez sometido a proceso Galileo, en su confesión indica que abandonaba por completo la falsa opinión de que el sol era el centro del mundo y permanece inmóvil, mientras la Tierra no se halla en el centro y se mueve. Con base en esta prueba, el Tribunal de la Inquisición absolvió de su pecado a Galileo, y en su resolución indicó que el sol gira alrededor de la Tierra, según la teoría de la presunción de verdad. En efecto, lo declarado por esa sentencia es verdadero sólo formalmente; es decir, “el sol gira en torno a nuestro planeta”. Es claro que resulta ilógico tratar de fundamentar que cada vez que se emita un fallo con base en los medios

¹¹ Habermas, Jürgen, *Teoría de la acción comunicativa II (crítica de la razón funcionalista)*, Barcelona, Taurus Ediciones, 1992, p. 562.

¹² Altamente influenciado por la forma de percibir la sociedad de Max Weber.

¹³ Sin duda, esto en virtud de una mala interpretación de los postulados filosóficos de Imanuel Kant y Hegel, respectivamente.

¹⁴ Esta teoría es la más aceptada a nivel mundial, en los países donde su ascendencia jurídica es la romano-francesa, como es el caso de México. Ésta es la primera idea que se concibió para tratar de explicar la naturaleza de la cosa juzgada; en este sentido, podemos afirmar que los romanos lograron impedir que lo resuelto en juicio pudiera nuevamente revisarse.

probatorios que obran en el expediente deba crearse una ficción de verdad, donde lo falso se convierte en cierto, lo negro en blanco, lo grande en pequeño, lo cual no puede sostenerse por ningún argumento lógico o jurídico en esto, al igual que la teoría de la presunción de verdad. Ambas doctrinas coinciden en que la cosa juzgada es el equivalente de la verdad.

Para alcanzar una epistemología jurídica que realmente merezca tal nombre deben de producirse tres cambios importantes en nuestra percepción del Derecho y de la sociedad: primero, debe pasarse del realismo al constructivismo; segundo de la construcción individual de la realidad a la construcción social; tercero del Derecho como un sistema de norma al derecho como un sujeto epistemológico.¹⁵

Resulta fundamental y necesario cambiar nuestro enfoque de la prueba en el proceso; en primer lugar, se debe de abandonar la conceptualización de prueba, que no constituye avance alguno, sin importar el enfoque que se le pretenda otorgar: acreditación, verificación, comprobación, búsqueda de la verdad real, de certeza, convicción, etcétera, ya que esta concepción de la prueba ocasiona que las sentencias emitidas en proceso partan de "...la asunción de que el lenguaje no tiene ninguna correlación con la realidad y que no existe conocimiento objetivo de hecho empírico alguno".¹⁶ Por este motivo es que resulta imposible que el juez descubra la verdad de los hechos que ante él se presentan, notemos la contradicción: por un lado, se nos indica que la prueba tiene como finalidad descubrir la verdad, y por otro, se nos dice que el proceso nunca tiene por objeto descubrir la verdad, sino resolver conflictos intersubjetivos por medio de una sentencia.

Una vez sentado lo anterior, nos resulta claro que no debemos hablar de prueba en el proceso jurisdiccional, sino emplear el término de "razonalidad procesal", el cual tiene menos que ver con el conocimiento o con la adquisición de conocimiento, que con la forma en que los sujetos capaces de lenguaje y de acción hacen uso del conocimiento. En este sentido, resulta claro que el proceso no es una serie de relaciones jurídicas, tal y como nos indica la mayoría de los doctrinarios, sino que es un proceso comunicativo,

¹⁵ Teubner, Gunther, *El derecho como sistema autopoiético de la sociedad global*, trad. de Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díez, Lima, Ara editores, 2005, colección Teoría de sistemas y sistema jurídico, p. 29.

¹⁶ Taruffo, Michele, *La prueba de los hechos*, 2a. ed., trad. de Jordi Ferrer Beltrán, Madrid, Trotta, 2005, colección Estructuras y procesos, p. 33.

autopoiético,¹⁷ con la clausura operativa¹⁸ que permita su autodeterminación¹⁹ y lo vuelva sistémico.²⁰

En el discurso de racionalidad empleado por las partes para justificar sus aseveraciones procesales y, a su vez, por el juzgador para comunicar su dicho existen tres vertientes que pasan desapercibidas generalmente: 1) *la argumentación forense como proceso*, la cual trata de reconstruir las condiciones generales de simetría que todo hablante competente tiene que dar por suficientemente satisfechas, en la medida en que cree entrar genuinamente en una argumentación;²¹ 2) *la argumentación forense como procedimiento*, que se trata de una forma de interacción intraprocedimental sometida a una regulación normativa legal y discursiva especial, es decir, el debate argumentativo, respecto de las pretensiones de validez de los argumentos vertidos entre las partes procesales, y por último, 3) *la argumentación como producto*, la cual tiene como finalidad producir argumentos pertinentes que convengan al juzgador y a las partes en virtud de sus propiedades intrínsecas, con los que se pueda desempeñar o rechazar las pretensiones de validez.²²

Con base en lo expuesto, se propone que en lugar de medios probatorios procesales nos refiramos a medios de razonabilidad procesal, entendiéndose por ellos a todos los elementos objetivos y subjetivos empleados por las partes en el proceso jurisdiccional cognitivo para producir “racionalidad” procesal,²³ en virtud del sistema normativo legal

¹⁷ Este término afirma que sin clausura operativa no podría darse la autodeterminación.

¹⁸ Enlace selectivo que cualifica los elementos, y sólo esto es lo que confiere sentido a que se hable de elementos propios del sistema, de límites del sistema o de diferenciación.

¹⁹ La autodeterminación señala que ninguna estructura que provenga de fuera del sistema puede alertar la reglamentación del mismo.

²⁰ Luhmann, Niklas, *El derecho de la sociedad*, 2a. ed., trad. de Javier Torres Nafarrate, México, Herder, 2005, pp. 61-77.

²¹ Habermas, Jürgen, *Teoría de la acción comunicativa I (racionalidad de la acción y racionalización social)*, Barcelona, Taurus Ediciones, 1987, pp. 43-63.

²² Entiéndase por ellas la pertinencia de las razones que exponen un argumento.

²³ La racionalidad procesal debe ser entendida como la capacidad de aunar sin coacciones y de generar consenso, que tiene un habla argumentativa, en el cual los diversos participantes superan la subjetividad inicial de sus respectivos puntos de vista, y merced a una comunidad de convicciones racionalmente

preestablecido de pretensiones de validez argumentativas para calificar el discurso forense.

Analicemos los problemas técnicos de la razonabilidad procesal, siguiendo para ello el camino trazado por el maestro Couture y enriquecido por Sentís Melendo.

2. *Qué es objeto de la razonabilidad procesal*

Es común que se nos diga que "...se prueban los hechos. No. Los hechos no se prueban: los hechos existen. Lo que se prueban son afirmaciones, que podrán referirse a los hechos".²⁴ En el proceso cognitivo jurisdiccional son objeto de prueba los hechos alegados por las partes.

Así tenemos que en el proceso jurisdiccional existen siempre "argumentaciones" realizadas por las partes, con las que se conforma el tipo de habla en que los participantes tematizan las pretensiones de validez, las cuales se han vuelto dudosas y tratan de desempeñarlas o de recusarlas por medio de argumentos, a fin de obtener una sentencia favorable.

En el proceso no se probaran hechos, ya que recordemos que se discuten hechos pasados en el tiempo presente para regular el futuro.

3. *Con qué se produce la razonabilidad procesal*

Existen dos tipos de elementos para producir razonabilidad procesal: las fuentes de razonabilidad y los medios de razonabilidad.²⁵ Las fuentes son los elementos que existen antes del proceso y con independencia de éste (el testigo, los documentos, la cosa litigiosa, las partes); en cambio, los medios son las actuaciones judiciales con las que las fuentes se incorporan al proceso por medio de un conjunto de reglamentaciones positivas, principios y doctrina, que regulan el proceso y establecen un sistema de pretensiones de validez para resolver el debate. Las fuentes pertenecen a las partes, y los

motivadas se aseguran, a su vez, de la unidad del mundo objetivo y de la intersubjetividad del contexto en que desarrollan sus vidas.

²⁴ Sentís Melendo, Santiago, *La prueba (los grandes temas del derecho probatorio)*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1979, colección Ciencia del proceso, p. 12.

²⁵ *Ibidem*, p. 14.

medios son el resorte del juez.²⁶

4. *Quién ha de producir la razonabilidad procesal*

Este aspecto resulta como la regla general que quien afirma está obligado a probar. Para poder realizar esta actividad se indica que son las partes, y únicamente las partes, las que tienen la carga de justificar sus aseveraciones; por ello, se ha establecido un sistema probatorio, el cual es el conjunto de medios de prueba que se autorizan emplear a las partes en los procesos. A su vez, el legislador ha establecido los medios probatorios para encontrar la verdad en la secuela procedimental, debiéndose usar únicamente los reglamentados por la ley. Por su parte, en las leyes procesales se delimitan los medios probatorios con nombres específicos, o solamente los autorizan genéricamente sin establecer cuáles ni cuántos, y algunas de estas leyes, incluso, abarcan tanto la enumeración como la libertad probatoria. De lo dicho se desprende que existen dos sistemas en los medios probatorios: el legal y el lógico.

El sistema legal se refiere a la reglamentación taxativa que hace la ley respecto de los medios probatorios que se pueden emplear en el transcurso del procedimiento penal, sin que se permita la utilización de otros medios probatorios. Por otro lado, el sistema lógico consiste en que la propia ley deja abierta la posibilidad de hacer uso de cualquier elemento probatorio durante el procedimiento; por consiguiente, el sistema lógico de los medios de prueba, que da libertad al oferente para utilizar todos los elementos probatorios, con la finalidad de justificar sus aseveraciones respecto al hecho ilícito punible, sus circunstancias o modalidades, debe considerarse bajo el presupuesto de que estos medios aportados sean idóneos para justificar los objetivos del interesado, porque de no ser pertinentes, éstos carecerán de utilidad en el proceso. En efecto, estos sistemas constituyen los límites de la argumentación, que son el marco en el que se puede llevar a cabo una argumentación, la cual se condiciona por elementos internos y externos del auditorio, el emisor y el mensaje, que son fijados por la norma procesal. Así, la razonabilidad procesal únicamente se presenta con base en el acuerdo, el cual es el convenio entre los participantes de una argumentación que limita el debate, que se da con los escritos de demanda y contestación de la demanda, ya que como regla general existe un sistema de litis cerrada procesal. Una vez establecido el acuerdo o los límites de la argumentación procesal, ocurre por las partes la “presentación de datos”, que es la

²⁶ *Ibidem*, p. 16.

forma en que se otorga el respaldo y la garantía de los argumentos presentados, con la finalidad de convencer y respaldar nuestras pretensiones y lograr razonabilidad en el juzgador.

5. *Procedimiento de la razonabilidad procesal*

Para producir razonabilidad procesal solamente se puede hacer por medio de procedimientos previamente establecidos por la norma procesal; en este sentido, si no se cumplen con los presupuestos otorgados por la ley procesal, las fuentes de razonabilidad no podrán convertirse en medios de razonabilidad.

Éste es el elemento formal de la razonabilidad; es decir, si no se hacen llegar los medios de razonabilidad del modo rígido establecido por la norma, éstos no pueden ser tomados en cuenta al momento de resolver el fondo del debate.

6. *Para quién se produce la razonabilidad procesal*

La razonabilidad procesal no se produce para las partes ni para el juzgador, ya que el principio de adquisición nos indica que las fuentes de razonabilidad dejan de ser de las partes para existir en el proceso.²⁷

7. *Valor de la razonabilidad procesal*

¿Qué valor se le va otorgar a los elementos de razonabilidad procesal? Ésa es una cuestión por demás complicada; este tema es normalmente estudiado como los “sistemas de valoración de las pruebas”: “Cuando las pruebas se han adquirido, hay que valorarlas, en el momento solemne del proceso para llegar a la sentencia, para construir ésta definitivamente”.²⁸

Aunque la mayoría de los autores incluyen en sus conceptos los elementos, la actividad mental del juzgador, la finalidad, la convicción o la certeza para llegar a la verdad por medio de la valoración de la prueba,²⁹ existen diversos sistemas para valorar las fuentes de razonabilidad. De modo general señalamos los siguientes:

1) *El sistema tasado*. En este sistema se fijan reglas legales para el convencimiento del juzgador, por lo que la ley le fija valor a los medios de prueba en forma taxativa; este

²⁷ *Ibidem*, p. 20.

²⁸ *Ibidem*, pp. 20 y 21.

²⁹ Polanco Braga, Elías, *La dinámica de las pruebas en el procedimiento penal*, México, Porrúa, 2012, pp. 9-38.

sistema de valoración tasada lo acoge de modo general la mayoría de los códigos procesales de nuestro país, ya sea local o federal, en todas las materias. También este sistema es conocido como “sistema legal”.

- 2) *El sistema de libre apreciación.* En este sistema, el juzgador no se rige por ningún criterio establecido con antelación en la ley, puesto que lo dejan en libertad de aplicar su propio juicio, de acuerdo a lo que considere adecuado; por lo tanto, él mismo le fija el valor a la prueba. A este sistema también se le conoce como “de libre convencimiento”.
- 3) *El sistema mixto.* Este sistema es el producto de la combinación de los dos sistemas anteriores: el tasado y el de libre apreciación. Sin embargo, muchos autores niegan su existencia en virtud del principio lógico de tercero excluido, tal y como lo manifiesta Hernando Devis Echandía, cuando afirma que:

No hay sistemas mixtos o el juez tiene libertad de apreciación, o no la tiene; no existe libertad a medias. Cuando la ley impone reglas de valoración para ciertas pruebas y deja al juez el determinar la fuerza de convicción de otras o le permite calificar su contenido para rechazarlas a pesar de que formalmente reúnan los requisitos para su obligatoriedad... existen atenuaciones al sistema de la tarifa legal y no un sistema mixto.³⁰

- 4) *El sistema de la sana crítica.* En este sistema es un requisito el fundamentar por qué le formo convicción al juzgador los medios de prueba en su conjunto, puesto que no se debe dejar de valorar los que existan en el proceso, con la debida aplicación de la experiencia jurídica, ya que los juzgadores son peritos en derecho, y, por último, que su resolución sea lógica con las constancias del expediente. En síntesis, se le debe dejar al juzgador discernir con absoluta libertad para tener por probados los hechos ilícitos, con sus circunstancias o modalidades, con los medios de prueba que existen en autos, con la única limitación de que razone por qué le produjeron convicción para apreciar la verdad y poder condenar o absolver.

Ahora bien, también es necesario hablar del *sistema de racionalidad cognitivo-instrumental*, que es aquel que a través del empirismo ha dejado una profunda impronta en la autocomprensión de la modernidad; es decir, es la posibilidad de manipular infamadamente y de adaptarse inteligentemente a las condiciones de un entorno. Este sistema tiene como base las “pretensiones de validez” de los argumentos vertidos por las

³⁰ *Ibidem*, p. 44.

partes en el proceso, valorando con ello la pertinencia de las razones que exponen en un argumento. Realizando estas pretensiones preestablecidas por el código procesal se produce “la acción comunicativa en la sentencia”, como forma de pensamiento que permite una categorización del plexo de la vida social, con la que se puede dar razón de las paradojas de la modernidad y proporcionar decisiones razonables para las partes que intervienen en el proceso, y los terceros que no fueron parte, en virtud del acuerdo argumentativo.

IV. CONCLUSIONES

PRIMERA. La naturaleza del proceso jurisdiccional es comunicativa, autopoietica, con clausura operativa que permite su autodeterminación, con pretensiones de validez previamente preestablecidas de los medios y fuentes de razonabilidad.

SEGUNDA. Para alcanzar una epistemología jurídica que realmente merezca tal nombre deben de producirse tres cambios importantes en nuestra percepción del derecho y de la sociedad: primero, debe pasarse del realismo al constructivismo; segundo, de la construcción individual de la realidad a la construcción social, y tercero, del derecho como un sistema de norma al derecho como un sujeto epistemológico.

TERCERA. Resulta claro que no debemos hablar de prueba en el proceso jurisdiccional, sino emplear el término de “razonabilidad procesal”.

CUARTA. En el proceso cognitivo jurisdiccional son objeto de prueba los hechos alegados por las partes.

QUINTA. Existen dos tipos de elementos para producir razonabilidad procesal: las fuentes de razonabilidad y los medios de razonabilidad. Las fuentes son los elementos que existen antes del proceso y con independencia de éste (el testigo, los documentos, la cosa litigiosa, las partes); en cambio, los medios son las actuaciones judiciales con las que las fuentes se incorporan al proceso por medio de un conjunto de reglamentaciones positivas.

SEXTA. Son las partes, y únicamente las partes, las que tienen la carga de justificar sus aseveraciones.

SÉPTIMA. Existen límites de la argumentación procesal, que son el marco en el que se puede llevar a cabo una argumentación, la cual se condiciona por elementos internos y externos del auditorio, el emisor y el mensaje, que son fijados por la norma procesal.

OCTAVA. La razonabilidad procesal únicamente se presenta con base en el acuerdo, el cual es el convenio entre los participantes de una argumentación que limita el debate, que se da con los escritos de demanda y contestación de la demanda, ya que como regla general existe un sistema de litis cerrada procesal.

NOVENA. La presentación de datos es la forma en que se otorga el respaldo y la garantía de los argumentos presentados, con la finalidad de convencer y respaldar nuestras pretensiones y lograr razonabilidad en el juzgador.

DÉCIMA. La razonabilidad procesal no se produce para las partes ni para el juzgador, ya que el principio de adquisición nos indica que las fuentes de razonabilidad dejan de ser de las partes para existir en el proceso.

UNDÉCIMA. En la actualidad es necesario hablar del sistema de racionalidad cognitivo-instrumental, que tiene como base las pretensiones de validez de los argumentos vertidos por las partes en el proceso, valorando con ello la pertinencia de las razones que exponen en un argumento, con lo cual se produce “la acción comunicativa en la sentencia”, como forma de pensamiento que permite una categorización del plexo de la vida social, con la que se puede dar razón de las paradojas de la modernidad y proporcionar decisiones razonables para las partes que intervienen en el proceso, y los tercero que no fueron parte, en virtud del acuerdo argumentativo.

V. BIBLIOGRAFÍA

ABBAGANANO, Nicola, *Diccionario de filosofía*, 2a. ed., trad. de Alfredo N. Galletti, México, Fondo de Cultura Económica, 1974.

ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica (la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica)*, trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, colección El derecho y la justicia.

ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *La prueba judicial (reflexiones críticas sobre la confirmación procesal)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006.

ALVARADO, Adolfo y GUIDO, Águila, *Lecciones de derecho procesal civil*, 2a. ed., Lima, Egacal, 2011.

ARISTÓTELES, *Metafísica*, 3a. ed., México, Porrúa, 1973, colección Sepan cuantos.

BENTHAM, Jeremías, *Tratado de las pruebas judiciales*, trad. de Manuel Ossorio Florit, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971, colección Clásicos del

derecho procesal.

CAPPELLETTI, Mauro, *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*, trad. de Santiago Sentís Meleno, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1972, colección Ciencia del proceso.

CARNELUTTI, Francesco, *Sistema de derecho procesal civil*, México, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, Dirección General de Anales de Jurisprudencia y Boletín Judicial, 2005, colección Clásicos del Derecho, t. II.

CHIOVENDA, Giuseppe, *Instituciones de derecho procesal civil*, México, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, Dirección General de Anales de Jurisprudencia y Boletín Judicial, 2008, colección Clásicos del Derecho, t. III.

COUTURE, J. Eduardo, *Fundamentos del derecho procesal civil*, 3a. ed., México, Nacional, 1981.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Compendio de pruebas judiciales*, Santa Fe, Rubinzal y Culzoni, 1984, t. I.

DÖHRING, Erich, *La prueba (su práctica y apreciación)*, trad. de Tomás A. Banzhaf, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1972, colección Ciencia del proceso.

FRAMARINO DEI MALATESTA, Nicola, *Lógica de las pruebas en materia criminal*, México, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, Dirección General de Anales de Jurisprudencia y Boletín Judicial, 2006, colección Clásicos del Derecho, t. I.

GOLDSCHMIDT, James, *Derecho procesal civil*, trad. de Leonardo Prieto Castro, Barcelona, Labor, 1936.

HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez (sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso)*, 4a. ed., trad. de Manuel Jiménez Redondo, Madrid, Trotta, 2005.

———, *Teoría de la acción comunicativa I (racionalidad de la acción y racionalización social)*, Barcelona, Taurus Ediciones, 1987.

———, *Teoría de la acción comunicativa II (crítica de la razón funcionalista)*, Barcelona, Taurus Ediciones, 1992.

LUHMANN, Niklas, *El derecho de la sociedad*, 2a. ed., trad. de Javier Torres Nafarrate, México, Herder, 2005.

POLANCO BRAGA, Elías, *La dinámica de las pruebas en el procedimiento penal*, México, Porrúa, 2012.

ROSENBERG, Leo, *La carga de la prueba*, 3a. ed., Buenos Aires, B. de F. Ltda., 2002, colección Maestros del derecho procesal.

SENTÍS MELENDO, Santiago, *La prueba (los grandes temas del derecho probatorio)*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1979, colección Ciencia del proceso.

TARUFFO, Michele, *La prueba de los hechos*, 2a. ed., trad. de Jordi Ferrer Beltrán, Madrid, Trotta, 2005, colección Estructuras y procesos.

TEUBNER, Gunther, *El derecho como sistema autopoietico de la sociedad global*, trad. de Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díez, Lima, Ara editores, 2005, colección Teoría de sistemas y sistema jurídico.

WESTON, Anthony, *Las claves de la argumentación*, trad. de Jorge F. Malem Seña, Barcelona, Ariel, 1994.

WITTGENSTEIN, Ludwig, *Gramática filosófica*, trad. de Luis Felipe Segura, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Filosóficas, 2007, colección Filosofía contemporánea.