



Prolegómenos. Derechos y Valores

ISSN: 0121-182X

derechos.valores@umng.edu.co

Universidad Militar Nueva Granada

Colombia

Tirado Acero, Misael  
VERDAD, PRUEBA E INDAGACIÓN EN EL MUNDO DEL DERECHO Y DE LA SOCIEDAD  
Prolegómenos. Derechos y Valores, vol. XIV, núm. 27, enero-junio, 2011, pp. 13-26  
Universidad Militar Nueva Granada  
Bogotá, Colombia

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=87619038002>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

## Editorial

### VERDAD, PRUEBA E INDAGACIÓN EN EL MUNDO DEL DERECHO Y DE LA SOCIEDAD

**Misael Tirado Acero**

El Derecho, en su rol de ciencia y saber se enfrenta, desde sus inicios, a la infatigable y siempre controversial tarea de dilucidar la verdad para hacer justicia a efecto de restituir, o penalizar como forma de control social, permitiendo reparar los daños que puedan causarse con la comisión de conductas que, de alguna manera, alteran la idea de orden.

En dicho circunloquio suele hallarse el significado de la eficacia de todo problema jurídico que comienza a decantarse, mas nunca solucionarse de manera definitiva, al depurar la ascunción de los conceptos.

La verdad y la justicia han representado la premisa toral para hallar el sentido del Derecho; por lo tanto, de entrada hay que soslayar –aludiendo a tesis kelsenianas- cualquier noción en términos de virtud que pueda surgir de ella. No se trata de subjetividades, no se relacionan con juicios de valor, van mucho más allá de lo moral.

Por consiguiente, la verdad es el resultado de la certeza que logra generarse en el juez luego de examinarse, analizarse, cuestionarse y criticarse el acervo probatorio hasta concatenar la facticidad del problema jurídico con los supuestos de hecho y la consecuencia que sustenta la validez de la normatividad. A eso solemos llamarle verdad procesal.

La justicia, en consecuencia, se interpreta como el ejercicio práctico de la función jurisdiccional, pero sobre todo, en términos de resultados, la respuesta equilibrada que, a través de una decisión fundamentada, permite dirimir un conflicto (en realidad el concepto, *per se*, nos lleva a la idea de administración de justicia, con

lo cual se supera cualquier noción asociada con la virtuosidad).

Pero, ¿qué ocurre cuando la verdad procesal, transcurrido un tiempo de su vigencia, resulta, por cualquier razón, alterada?

Téngase, a modo de ejemplo, la condena de un individuo a veinte años de prisión por la comisión de un homicidio y, tras cumplir más de la mitad de su sentencia, surgen, a posteriori, nuevas pruebas que lo exoneran de toda responsabilidad al respecto. A pesar que pueda intentar el recurso o la acción de revisión – varia de acuerdo con la legislación- para probar la ausencia de responsabilidad, nada le devolvería el tiempo perdido.

¿Cómo habilitar, eficazmente, el replanteamiento de sus derechos?

Desde la lógica formal, indudablemente el concepto de verdad y justicia no resultan alterados. Desde otra perspectiva, habrá que considerar la disyuntiva existente entre verdad procesal y verdad material, con lo cual el problema interpretativo podría ascender en dificultad al hablar de la no necesaria congruencia entre verdad y realidad.

La prueba, como referente de la verdad que se discute en un proceso, será entonces el elemento básico para el ejercicio de la justicia a partir de la demostración de hechos; es el resultado de la indagación judicial con la constante interacción de las partes involucradas en el caso. De ahí que el aforismo latino, *da mihi factum, dabo tibi ius* (dame los hechos y te daré el derecho) cobre especial significado.

Por lo tanto, la verdad procesal se circunscribe a la dinámica propia de la indagación, esto es, la búsqueda de la evidencia fáctica dirigida a proveer certeza y seguridad sobre la razón que le asiste a alguna de las partes. Autores como Hernando Devis Echandía y Michele Taruffo coinciden en afirmar que lo probatorio es la columna vertebral de las vicisitudes procesales, pues en dicho ámbito se ponen a prueba las habilidades intelectivas y profesionales de los abogados.

Ahora bien, si a ello agregamos el concepto de reparación, el panorama se torna más difícil de lograr una respuesta rápida que permita convalidar las disociaciones estructurales que presenta.

La reparación, como fin vinculado a la idea de orden, procura satisfacer la necesidad de reincorporar el sentido de la dignidad vulnerada como consecuencia de actos reprochables, aspecto que no siempre se logra a plenitud, sobre todo cuando parámetros como libertad, igualdad y equidad entran en juego.

Frente a semejantes consideraciones, el Derecho se erige, no como un saber definitivo, no como un sinónimo de justicia, mucho menos como el adalid de la verdad absoluta, sino como una ciencia que, a diario, se renueva, se replantea, asume proyecciones a través de sus sistemas frente a la mutabilidad de los comportamientos humanos.

Cuando el Derecho se inventa, recrea un lenguaje que le permita hallar una lógica deóntica; es un convencionalismo que se actualiza constantemente; he ahí su condición de ciencia social que, como diría Karl Popper, para entenderse en dicha categoría, debe, innegablemente, ser falible. Y nunca sería el resultado del consenso, como lo planteaba Khun en el caso de la ciencia normal.

Más allá de una concepción meramente formalista (¿o debería decir, formulista?), la responsabilidad del abogado es superar el simple rol de transmisor de la ley; el verdadero reto se halla en los caminos del jurista, para quien la verdad,

la justicia y la reparación se consolidan como objetivos y no una retórica propagandística.

La exégesis se ha convertido, ahora, en un punto de partida para profundizar en la realidad; la hermenéutica y la argumentación son las verdaderas competencias que permiten abordar el sentir y el pensar del Derecho.

El conocimiento de la realidad ha sido un quehacer humano que hoy todavía ocupa a los estudiosos que tratan de establecer los límites hasta dónde puede la razón humana aprehender esa realidad. Pues bien, en el campo del derecho el estudio y análisis de los hechos en el proceso judicial y su conocimiento también se halla en la actualidad bajo un creciente interés, de tal forma que la epistemología se ocupa de brindar al derecho elementos que permitan establecer cómo se puede aprehender ese conocimiento de los hechos en el ámbito del proceso.

La relación entre “prueba y verdad”, cuya discusión gira alrededor de los “hechos” entidades epistémico-semióticas con las cuales aprehendemos y construimos algún aspecto de la realidad o del mundo físico en la esfera del conocimiento racional, que para efectos del proceso judicial no han sido presenciados por el juez, en tal forma que deben ser reconstruidos por el juzgador de los “hechos” tomando como base los medios de prueba disponibles para su determinación en el ámbito concreto del proceso. Es usual que las pruebas sirvan para “fundar y controlar la verdad de las afirmaciones que tienen a esos hechos por objeto”. Este rasgo es el que servirá para que una y otra concepción acerca de la prueba, conciben positiva o negativamente como alcanzable o no, la verdad tanto en el proceso como de la prueba de los hechos en él.

En palabras de Marina Gascón, en “La Prueba Judicial” la premisa básica, a partir de la cual se pueden estudiar las concepciones de la prueba consiste en el tipo de epistemología que se adopte. En efecto, “en la medida en

que la prueba judicial es un juicio sobre la ocurrencia de hechos (generalmente hechos del pasado que no han sido presenciados por el juzgador), la concepción de la prueba que se mantenga se vincula al modo en que se entiendan la naturaleza, posibilidades y límites del conocimiento empírico". (2003: 1)

Es por eso que uno de los objetivos de la epistemología consiste en generar condiciones para que el conocimiento de la realidad -objetiva o constructiva- sea verdadero. Con todo, no existe una única y verdadera teoría del conocimiento que suministre un concepto de verdad infalible en ninguno de los ámbitos del conocimiento y, por ende, tampoco la hay para la teoría del proceso y de la prueba judicial. Por ende la labor del investigador, que como su nombre lo indica, es la de seguir vestigios (*vestigium*) que etimológicamente se define como el acto de seguir huellas, pisadas, que nos permitan encontrar el camino perdido.

Un problema central de la epistemología es, entonces, el concepto de realidad y su proyección en el conocimiento racional de los diferentes fenómenos. Esta pregunta sobre el concepto de lo real es una indagación sobre la posibilidad o no de un conocimiento objetivo del mundo o en otros términos de la intersubjetividad que construye el mundo social, siendo relativa la realidad de acuerdo a lo que se ha constituido normativamente como verdad.

La relación que existe entre las concepciones epistemológicas acerca del conocimiento de la realidad y el análisis de los fines del proceso y de la prueba judicial desde el tópico de la verdad, bien sea en términos de certeza o de probabilidad es problemática. A este respecto, existen dos formas contrapuestas de plantear el problema de la verdad como finalidad del proceso y de la prueba judicial. Estas concepciones cada una de las cuales se caracteriza por establecer un nexo entre los conceptos de verdad y prueba, son dos: concepción de la prueba cognoscitivista y concepción persuasiva de la prueba. Cabe

señalar que para establecer una distinción entre esas dos concepciones de la prueba su análisis debe hacerse a través de la relación entre los conceptos de verdad y prueba.

En este contexto surge el mecanismo de defensa llamada "indagatoria", que trata, en términos de conocimiento averiguar, indagar acerca de la ocurrencia de un hecho que se investiga en un proceso.

Si bien a lo largo de la historia de la consolidación del Derecho, constantemente se ha buscado limitar y controlar su contenido de poder, el cual, en la mayor parte de las décadas ha estado al servicio de los gobernantes de turno. En un principio la judicialización de las personas se realizaba de forma caprichosa, el proceso aplicado era arbitrario y la seguridad jurídica era un mito, esto implicó un desarraigo por la figura jurídica. En la modernidad se inicia un proceso de reconocimientos de derechos y reorganización del proceso como sistema garantista.

El resultado de la conjunción de la verdad, la prueba y la indagatoria, puede ser analizado desde dos perspectivas: desde la búsqueda del Estado para establecer la verdad y desde la protección del acusado.

Cuando se analiza la protección del acusado, es posible evidenciar como estos tres elementos dieron origen al derecho a la defensa, derecho que se relaciona con el debido proceso, al igual que la seguridad jurídica, todo esto en el marco de la protección del ciudadano, de los Derechos Humanos y la conceptualización del campo jurídico como fuente de garantías constitucionales. "Sin pruebas no hay derecho, sin pruebas de la violación del derecho no hay condena".

El primero de los elementos de análisis que permiten entender la relación de dicha triada es el concepto, verdad, en el derecho moderno la verdad está supeditada a los hechos que tengan la posibilidad de ser comprobados, es decir, a las pruebas que se allegan al proceso, "el principio de veracidad de la información

hace la referencia a hechos o enunciados de carácter fáctico y por ende verificables; la información es veraz cuando ella tiene sustento en la realidad (...). Su trasgresión genera la responsabilidad social que puede exigirse al emisor que divulga una información falsa o inexacta” (Sentencia T-626/07).

Igualmente, la indagatoria hace parte del debido proceso, procurando por que sea un medio de defensa del imputado en donde se vinculaba al proceso. En la actualidad en los procesos acusatorios se realiza una entrevista en la audiencia de imputación de cargos, en razón que el nuevo proceso busca fortalecer los procesos de investigación para establecer la verdad.

Aunque, estos elementos en un principio fueron utilizados como prácticas violentas para lograr la consecución de los fines de los poderosos, igualmente posibilitaron el nacimiento de nuevas prácticas que en los discursos modernos permitieron la creación de derechos que hicieron la posibilidad de la humanización del derecho y se consolidara el derecho a la defensa.

La prueba en derecho es la “sustancia” por medio de la cual se accede a la “victoria” en los procesos judiciales. En últimas la adjudicación en derecho, no es otra cosa que una declaración por parte de un funcionario del Estado, acerca de quien logró “probar”: quien tenía legitimidad y razón en la disputa jurídica a partir de que el interesado haya logrado “probar” que tenía consigo la “verdad”, y este es precisamente el problema de justicia. Entre los expertos del campo jurídico, como lo expone Bourdieu en la “Fuerza del Derecho”, el manejo de la verdad históricamente ha sido un problema tanto técnico como político.

Técnico porque fundamentalmente las normas procesales (el derecho de acción) han sido establecidas para reglar la forma de llegar a la verdad, que se basa en la prueba y es el mecanismo de dictar justicia. En cualquiera de sus especialidades la actividad jurisdiccional se fundamenta en la manera en que las personas utilizan medios (documentales, testimoniales,

periciales, interrogatorios, etc.) para obtener la verdad. En Colombia, por regla general, no hay “tarifa legal” en el sentido que en principio no hay una cantidad de medios de prueba para determinar la veracidad. De otro lado se deben valorar las pruebas siguiendo las reglas de la experiencia, la ciencia y la sana crítica. Todo ello ha sido debatido por los expertos en las disciplinas jurídicas durante siglos, incluso milenios. En últimas el derecho probatorio es una visión de la epistemología: el problema de cómo conocer, de cómo llegar a la verdad.

Pero como Foucault o Nietzsche nos lo han mostrado en sus obras, el problema de la prueba y de la verdad es de “poder”: a quién le corresponde probar y quién determina si la prueba es válida y determina la “verdad”: lo determina quién tiene la *potestas* de hacerlo. En las sociedades contemporáneas que se autodefinen como “democráticas” este problema sigue siendo el mismo: es el poder el que determina qué, quien y cómo se prueba.

Y es un asunto tan político el de la prueba, que puede variar, modificar y cambiar de forma sustancial quien tiene la “carga de probar” (en derecho la carga de la prueba no es un deber. El incumplimiento de un deber implica sanción, en cambio, el incumplimiento de la carga - *onus* - de la prueba implica la pérdida de la disputa, no obtener el fin perseguido en el proceso, pero no una sanción). En Colombia la jurisprudencia del Consejo de Estado admitió la “teoría de la carga dinámica” de la prueba, lo que demuestra como “la carga” cambia: ya no es quien señala a otro como responsable de un daño a quien le compete probar, sino quien cumplía una tarea o tenía una labor, que actuó adecuadamente (ej. Responsabilidad médica).

Como complemento a lo anterior podría concluirse con el siguiente ejemplo tomado de Umberto Eco en su libro “El nombre de la Rosa”:

En el cuarto día, Guillermo le explica a Adso su método para pensar, explicación que deja a Adso muy preocupado, pues pareciera que su maestro no está interesado en encontrar la verdad, a lo

cual, Guillermo responde que los que tienen la verdad están enseñando teología en París, y que estos están muy seguros de sus errores.

Tradicionalmente estamos muy seguros de lo que sabemos y olvidamos que la verdad es una construcción hipotética acerca del mundo, verdad mutable y variable. Como nuevamente nos lo precisa Eco cuando se habla de la importancia del error para aproximarnos a la verdad:

*“- ¿Y vos -dije con infantil impertinencia- nunca cometéis errores?”*

*- A menudo -respondió-. Pero, en lugar de concebir uno solo, imagino muchos, para no convertirme en el esclavo de ninguno. Me pareció que Guillermo no tenía el menor interés en la verdad, que no es otra cosa que la adecuación entre la cosa y el intelecto. Él, en cambio, se divertía imaginando la mayor cantidad posible de posibles”. (1993: 289-290)*

El tema de la verdad en la investigación científica hoy por hoy, gira en cómo podemos

pensar múltiples posibilidades, es ahí donde radica la esencia de la investigación científica y la búsqueda de nuevas formas para entender las realidades polisémicas y complejas del mundo actual. El derecho como ciencia debe propender por entender el proceso complejo de construcción de certezas. Y ello solo se puede hacer a través del análisis de la prueba, que es el insumo básico de un proceso de investigación, sistemático, riguroso y hermenéutico.

Feyerabend lo comprendía cuando en el “Tratado contra el método” señalaba la imposibilidad de apegarnos a una regla estricta de verdad y prueba:

*“La idea de un método que contenga principios firmes, inalterables y absolutamente obligatorios que rijan el quehacer científico tropieza con dificultades considerables al ser confrontadas con los resultados de la investigación histórica. Descubrimos entonces, que no hay una sola regla, por plausible que sea, y por firmemente basada que este en la epistemología, que no sea infringida en una ocasión y otra”. (1986: 7)*

## TRUTH, PROOF AND INQUIRY WITHIN THE WORLD OF LAW AND SOCIETY.

**Misael Tirado Acero**

Law, in its role of science and knowledge, faces since the very beginnings the untiring and always controversial task of elucidating the truth in order to do justice aimed to retribute or penalize as a way of social control, and allowing the repair of damages which may be caused by behaviors, which somehow, disturb the idea of order.

Within this circumvolution it may be found the meaning of the efficiency of every juridical trouble which begins to pour off, but never resolves in definite manner, by purging the assumption of concepts.

Truth and justice had represented the main premise to find the sense of Law. Therefore, in the first place it must be passed over –alluding to Kelsenian thesis- any notion of virtue terms which may arise from it. It is not a matter of subjectivities; they do not relate with value judgments, they do go beyond moral issues.

Therefore, truth is the result of certainty which generates in the judge after examining, analyzing, questioning, and criticizing the collection of evidence until concatenating the feasibility of the juridical trouble to the factual assumptions and the consequence which supports the validity of legal regulations. This is usually referred to as procedural truth.

Thus, justice is interpreted as the practical exercise of jurisdictional functions, but above all in terms of results, as the balanced response which allows resolution of a conflict through grounded decision (actually the concept, *per se*, lead us to the idea of administering justice, which overcomes any notion related to virtuosity).

But, what happens when the procedural truth is altered by any reason, once its effective period has elapsed?

For example, condemnation of a subject to twenty years in prison for committing homicide,

but after having served more than half of his sentence, new evidence emerge which exonerates him from all responsibility. In spite of the fact of trying a remedy of appeal or a judicial review action –it varies according to the legislation- to prove absence of responsibility, lost time will never be restored.

How to enable the restatement of his rights efficiently?

From the formal logic, undoubtedly the concept of truth and justice are not altered. From other point of view, it must be taken into account the dilemma between the procedural truth and the material truth, with which the interpretative trouble could increase its degree of difficulty when talking about the not necessary congruence between truth and reality.

Evidence, referred as to the truth discussed in a proceeding, will thus be the basic element to exercise justice as of the factual demonstration. It is the result of the judicial inquiry with the permanent interaction among the parties involved in the case. That explains why the Latin adage, *da mihi factum, dabo tibi ius* (give me the facts and I will give you the law) has such a special significance.

Therefore, the procedural truth limits itself to the dynamics of inquiry, that is, the search of factual evidence aimed towards providing certainty and assurance on the reasons of any of the parties. Authors such as Hernando Devis Echandía and Michele Taruffo agree to assert that the collection of evidence is the backbone of procedural vicissitudes, since within such scope both intellectual and professional skills of attorneys are put to the test.

If the concept of reparation is added, the panorama turns even more difficult in order to achieve a quick response which allows confirmation of the structural dissociations it has.

Reparation, as a goal linked to the idea of order, tries to fulfill the need of reincorporating the sense of human dignity which had been violated as a consequence of reprobable actions. But this aspect is not always achieved fully, especially when parameters such as freedom, equality and equity are at work.

Having considered all the aforementioned, Law raises up, not as a final knowledge or as a synonym of justice, or as the commander of absolute truth, but as a science, since every day it is renewed and restated, and it assumes projections through its systems concerning mutability of human behaviors.

When Law is invented, it recreates a language which allows finding a deontic logic; it is a conventionalism which constantly updates. That is why its condition as social science, to be understood in such category, as Karl Popper would say, must be undeniably subject to failure. And it would never be the result of consensus, as Khum states in the case of normal science.

Beyond a pure formalist conception (or should I say, formalist?), the attorney's responsibility is to overcome the role of transmitter of the Law; the true challenge is on the jurist's path, for whom truth, justice, and reparation consolidate as goals and not as rhetoric advertising.

Exegesis has now turned into a start point in order to get deep enough into reality; hermeneutics and argumentation are the actual competences which allow address the feeling and thinking of Law.

Knowing the reality has been a human task which still today keeps busy studios who try to set the limits of the human reasoning to capture such reality. Well, in the field of law, the study, analysis, as well as the knowledge of facts within the judicial action is also a matter of increasing interest, in such a way that epistemology is responsible for providing Law the elements which allow establishing how to capture such knowledge from facts within the scope of the process.

The relationship between "proof and truth", which discussion revolves round the "facts",

is that they are semiotic and epistemological entities with which we capture and build some aspect of reality or of the physical world in the sphere of rational knowledge, which for the purposes of the judicial process have not been seen by the judge, so that they must be re-built by the person judging the "facts" taking as baseline the available means of proof to determine the concrete scope of the process. It is usual that the proof serve to "support and control the truth of the statements which is the purpose of said facts". This feature will serve so that one or another conception of proof, conceives either positively or negatively as achievable or not, the truth both in the process as well as the evidence of the facts within the process.

As Marina Gascón says at "La Prueba Judicial" (The Judicial Proof) the main premise, as of which conceptions of proof may be studied is the type of epistemology adopted. In fact, "as far as the judicial proof is a judgment on the occurrence of facts (generally past facts which had not been seen by the judging person), the conception of proof which is being kept is related to the form in which nature, possibilities, and limits of empirical knowledge are understood". (2003: 1)

That is why one of the objectives of epistemology is to generate conditions so that knowledge of -objective or constructive- reality is true. There is not a single and truthful theory of knowledge which provides a never-failing concept of truth at any of the scopes of knowledge, nor for the theory of the proceeding or the judicial proof. Therefore, the job of the researcher, as the name indicates, is to track vestiges (*vestigium*) which is defined etymologically as the action to track traces, footprints, which let us find the lost path.

A main trouble of epistemology is the concept of reality and its projection into the rational knowledge of different phenomena. This question about the concept of real is an inquiry on the possibility or not of an objective knowledge of the world, or in other terms, of the inter-subjectivity which compose the social world, being relative the agreement reality to what has been set up through normativity as truth.



The relationship between epistemological conceptions about knowledge of reality, analysis of the process goals, and the judicial proof as of the topic of truth, either in terms of certainty or probability is a real trouble. Concerning this matter there are two opposing forms to state the problem of truth as purpose of the process and goal of the judicial proof. Each of these conceptions is characterized by stating a connection between the concepts of truth and proof; they are two: conception of the cognitivist proof, and the persuasive conception of proof. It is worth noting that to establish a difference between these two conceptions of proof, the analysis must be carried out through the relationship between the concepts of truth and proof.

Within this context the defense mechanism called "inquiry" emerges; In terms of knowledge it tries to find out, inquire into the occurrence of a fact which is being investigated into a process. Through the long history of consolidation of Law, it has permanently been tried to limit and control its power content, which in most decades has been to the service of governors on duty. At the beginning, judicialization of individuals was made capriciously, the process applied was arbitrary, and the juridical safety was a myth. This implied an uprooting of the juridical character. At modern times a process of acknowledging rights and rearranging the process as a guaranteeing system has begun. The results of joining truth, proof and inquiry may be analyzed from two points of view: from the search of the State to state the truth, and from the side of the defendant's protection.

When it is analyzed from the defendant's perspective, it is possible to evidence how these three elements gave origin to the right to defense, a right which is related to the due process, as well as the juridical safety, all of these within the framework of protection of the citizen, protection of Human Rights, and conceptualization of the juridical field as source of constitutional guarantees. "Without proof there is no law, without evidence of breach of a right there is no sentence".

The first element of analysis which allows understanding the relationship of such triad is the

concept, truth. In modern law, truth is subordinated to the facts with possibility to be proved; that is, evidence attached to the process, "the principle of veracity of the information refers to facts or statement of factual character, thus verifiable; information is truthful when it is supported in reality (...). Its transgression generates social responsibility which may be demanded to the transmitter who discloses false or inaccurate information". (Sentence T-626/07).

Likewise, inquiry makes part of the due process, trying to be a defense means for the accused individual when involved to the process. At present in accusatory processes an interview is carried out during the hearing of accusations since the new process seeks to strengthen the investigation process to state the truth.

Although such elements were at first used as violent practices to achieve the objectives of the powerful ones, they also made possible the emergence of new practices which in the modern speeches allowed the creation of rights, which in turn made possible humanization of rights and consolidation of the right to defense. Proof in law is the "substance" through which "victory" is achieved in judicial proceedings. In the end, adjudication in Law, is just a statement by a Estate's official about who did "prove": who had genuineness (legitimacy) and reason in the juridical dispute starting from the fact that the interested party had "proven" he had the "truth", and this is precisely the trouble with justice. Among experts of the juridical field, as Bourdieu states in "Fuerza del Derecho" (The Force of Law), management of the truth had historically been a technical and political problem.

It has been a technical trouble because procedural rules (the right in action) have been established to rule the way to reach the truth, which is based on evidence and it is a mechanism to dictate justice. At any of its specialties, jurisdictional activity is based on the way people use means (documentary, testimonial, of experts, interrogatory, etc.) to get the truth. In Colombia, as a general rule, there is no "legal fee" in the sense that there is not an amount of means of proof to determine veracity.

On the other side, evidence must be assessed following the rules of experience, science and healthy criticism. All of this has been discussed for centuries, even millenniums, by experts within the juridical disciplines. In the end, probatory right is a view of the epistemology: the problem of how to know, how to reach the truth.

Just as Foucault or Nietzsche had shown in their Works, the trouble of proof and truth is “power”: who must prove and who determines if the proof is valid and constitutes the “truth”: who determines so is the one with authority (*potestas*) of doing it. At contemporary societies which are self-defined as “democratic” this problem remains the same: it is power which determines what, who, and how it is proved.

Proof is such a political matter that it may substantially vary, modify, and change who has the “burden of proof” (in Law the burden of proof is not a duty. Non-complying with the burden –onus- of proof implies losing the dispute, not achieving the goal of the proceeding, but not a sanction). In Colombia the State’s Council admitted the “theory of dynamic burden” of proof, which shows how “the burden” changes: the person who blames another as responsible for a damage is no longer the one who has to prove, it is the one who had a task or duty, and acted appropriately (for example, Medical responsibility).

As a complement to the aforementioned, we can conclude with the following example taken from Umberto Eco in his book “The Name of the Rose”:

On the fourth day, Guillermo explained Adso his thinking method, an explanation which made Adso be worried, since it seemed that his master is not interested in finding the truth, to which, Guillermo answered that those who had the truth were teaching Theology in Paris, and that they are very sure of their mistakes.

Traditionally we are very sure of what we know, and we forget that the truth is an hypothetical

construction about the world, mutable and varying truth. As it is once again stated by Eco when it is talked about the relevance of a mistake to get us closer to the truth:

*“And what about you? I said with childish impertinence – you never make mistakes?”*

*- Often – he answered-. But, instead of conceiving one, I imagine lots of them so I do not become slave of none. It seemed to me that Guillermo had no interest in the truth, which is no other thing, that adapting intellect and thing. He, in turn, had a great time imagining the greatest amount of possible possibilities”. (1993: 289-290)*

Nowadays the topic of truth in scientific research evolves round how we can think of multiple possibilities; it is there where reside the essence of scientific research and the search of new ways to understand polysemic and complex realities of the current world.

The Law as a science must tend towards understanding the complex process of building certainties. And this may be done only through the analysis of evidence, which is the basic input of a systematic, rigorous and hermeneutic investigational process.

Feyerabend understood it when he appointed in his “Treaty against the method” the impossibility to become attached to a strict rule of truth and proof:

*“The idea of a method containing firm, immutable, and absolutely compulsory principles which rule the scientific task encounters considerable difficulties when being confronted with the results of historical research. Thus, we discover that there is no a single rule, as plausible and as firmly grounded on epistemology as it may be, that is not breached in some occasion or another”. (1986: 7)*

**VERDADE, PROVA E INDAGAÇÃO NO MUNDO DO DIREITO E DA SOCIEDADE****Misael Tirado Acero**

O Direito, em seu papel de ciência e saber, se depara, desde sua criação, à infatigável e sempre controversa tarefa de elucidar a verdade para se fazer justiça, a fim de restituir ou penalizar como forma de controle social, permitindo reparar danos que possam ser ocasionados pelo cometimento de condutas que, de forma alguma, alterem a idéia de ordem.

Neste circunlóquio costuma-se encontrar o significado da eficácia de todos os problemas jurídicos que começam a ser decantados, mas nunca solucionados de forma definitiva, ao se depurar a aceitação dos conceitos.

A verdade e a justiça têm representado a premissa básica para se encontrar o sentido do Direito; portanto, já de início deve-se evitar –com alusão à tese Kelseniana- qualquer noção em termos de virtude que dela possa surgir. Não se trata de subjetividades, não estão relacionadas com julgamentos de valor, vão muito além da moral.

Por conseguinte, a verdade é o resultado da certeza que consegue ser gerada no juiz depois do exame, análise, questionamento e crítica do acervo probatório, até concatenar a facticidade do problema jurídico com as suposições de fato e a conseqüência que sustenta a validade da normatização. A isso costumamos chamar de verdade processual.

A justiça, em conseqüência, é interpretada como o exercício prático da função jurisdicional, mas principalmente, em termos de resultados, a resposta equilibrada que, através de uma decisão fundamentada, permite dirimir um conflito (na realidade, o conceito per se nos leva à idéia de administração de justiça, com o que se supera qualquer noção associada à virtuosidade).

Mas, o que ocorre quando a verdade processual, transcorrido um certo tempo de sua vigência, resulta, por qualquer razão, alterada?

A título de exemplo, tomemos a condenação de um indivíduo a vinte anos de prisão pelo cometimento de um homicídio. Após ter cumprido mais da metade da sua sentença, surgem, a posteriori, novas provas que o eximem de toda a responsabilidade a respeito. Ainda que possa entrar com recurso ou ação de revisão – varia de acordo com a legislação - para provar a ausência de responsabilidade, nada devolveria a ele o tempo perdido.

Como habilitar, de forma eficaz, o re-estabelecimento dos seus direitos?

Pela lógica formal, sem dúvidas o conceito de verdade e justiça não são alterados. Sob outra perspectiva, será necessário considerar a disjunção existente entre a verdade processual e a verdade material, com a qual o problema interpretativo poderia crescer em dificuldade ao se falar da não necessária congruência entre verdade e realidade.

A prova, como referencial da verdade que é discutida em um processo, será então o elemento básico para o exercício da justiça, a partir da demonstração de fatos; é o resultado da indagação judicial com a constante interação das partes envolvidas no caso. Daí que o aforismo latino, *da mihi factum, dabo tibi ius* (dê-me os fatos e eu lhe darei o direito) ganha especial significado.

Portanto, a verdade processual se circunscreve à dinâmica própria da indagação, isto é, a busca da evidência fática dirigida a prover a certeza e segurança sobre a razão que assiste a uma das partes. Autores como Hernando Devis Echandía e Michele Taruffo coincidem ao afirmar que o probatório é a coluna vertebral das vicissitudes processuais, pois em tal âmbito são colocadas à prova as habilidades intelectivas e profissionais dos advogados.

Agora, se a isso agregamos o conceito de reparação, o panorama torna mais difícil uma

resposta rápida que permita convalidar as dissociações estruturais que apresenta.

A reparação, como fim vinculado à idéia de ordem, procura satisfazer a necessidade de reincorporar o sentido de dignidade vulnerada como conseqüência de atos rejeitáveis, aspecto que nem sempre é obtido em sua plenitude, principalmente quando parâmetros como a liberdade, igualdade e equidade entram em jogo.

Diante de tais considerações, o Direito se levanta, não como um saber definitivo, não como um sinônimo de justiça, muito menos como o adail da verdade absoluta, mas sim como uma ciência que diariamente se renova, tem novo enfoque, assume projeções através dos seus sistemas diante da mutabilidade dos comportamentos humanos.

Quando o Direito se inventa, recria uma linguagem que permite encontrar uma lógica deontica; é um convencionalismo que se atualiza constantemente; vem daí sua condição de ciência social que, como diria Karl Popper, para ser entendida em tal categoria deve, inegavelmente, ser falível. E nunca seria resultado do consenso, como concebido por Khun no caso da ciência normal.

Mais além de uma concepção meramente formalista (ou deveria chamar-se formulista?), a responsabilidade do advogado é superar o simples papel de transmissor da lei; o verdadeiro desafio se encontra nos caminhos do jurista a quem a verdade, a justiça e a reparação se consolidam como objetivos e não como uma retórica de propaganda.

A exegese agora se converteu em ponto de partida para aprofundamento na realidade; a hermenêutica e a argumentação são as verdadeiras competências que permitem abordar o sentir e o pensar do Direito.

O conhecimento da realidade tem sido uma tarefa humana que ainda hoje ocupa os estudiosos que tentam estabelecer os limites

até onde a razão humana pode apreender essa realidade. Pois bem, no campo do Direito, o estudo e análise dos fatos no processo judicial e seu conhecimento também são hoje de crescente interesse, de maneira que a epistemologia se ocupa de dar ao Direito elementos que permitam determinar como é possível apreender esse conhecimento dos fatos no âmbito do processo.

A relação entre “prova e verdade”, cuja discussão gira em torno dos “fatos”, entidades epistêmico-semióticas com as quais apreendemos e construímos algum aspecto da realidade ou do mundo físico na esfera do conhecimento racional, que para efeitos do processo judicial não foram presenciados pelo juiz, de forma que devem ser reconstruídos pelo julgador dos “fatos” tomando como base os meios de prova disponíveis, para sua determinação no âmbito concreto do processo. É normal que as provas sirvam para “estabelecer e controlar a verdade das afirmações que têm esses fatos como objeto”. Esta característica é a que servirá para que um ou outro conceito sobre a prova seja concebido positiva ou negativamente como alcançável ou não, a verdade tanto no processo como da prova dos fatos nele contidos.

Nas palavras de Marina Gascón, em sua obra “A Prova Judicial”, a premissa básica, a partir da qual podem ser estudadas as concepções da prova, consiste no tipo de epistemologia que seja adotada. De fato, “na medida em que a prova judicial é um julgamento sobre a ocorrência de fatos (geralmente fatos do passado que não foram presenciados pelo julgador), a concepção que se mantém da prova está vinculada à forma pela qual sejam entendidos a natureza, possibilidades e limites do conhecimento empírico”. (2003: 1)

É por isso que um dos objetivos da epistemologia consiste em gerar condições para que o conhecimento da realidade -objetiva ou construtiva- seja verdadeiro. Contudo, não existe uma única e verdadeira teoria do conhecimento

que forneça um conceito de verdade infalível em qualquer âmbito do conhecimento e, assim, tampouco existe para a teoria do processo e da prova judicial. Por isso, a tarefa do investigador, como o seu nome indica, é a de seguir vestígios (*vestigium*), etimologicamente definido como o ato de seguir marcas, rastros, que nos permitam encontrar o caminho perdido.

Um problema central da epistemologia é, assim, o conceito de realidade e sua projeção no conhecimento racional dos diferentes fenômenos. Esta pergunta sobre o conceito do real é uma indagação sobre a possibilidade ou não de um conhecimento objetivo do mundo ou, em outros termos, da inter-subjetividade que constrói o mundo social, sendo a realidade relativa, de acordo ao que foi determinado na normatização como verdade.

A relação que existe entre as concepções epistemológicas sobre o conhecimento da realidade e a análise dos fins do processo e da prova judicial do tópico de verdade, seja em termos de certeza ou de probabilidade, é problemática. A este respeito, existem duas formas contrapostas de propor o problema da verdade como finalidade do processo e da prova judicial. Estas concepções, cada uma das quais se caracteriza por estabelecer um nexo entre os conceitos de verdade e prova, são: concepção da prova cognoscitivista e concepção persuasiva da prova. Cabe assinalar que para se estabelecer uma distinção entre essas duas concepções da prova é necessária sua análise através da relação entre os conceitos de verdade e prova.

Neste contexto surge o mecanismo de defesa chamado “interrogatório”, que tenta, em termos de conhecimento, averiguar, indagar acerca da ocorrência de um fato investigado em um processo.

Embora ao longo da história da consolidação do Direito tenha-se constantemente buscado limitar e controlar seu conteúdo de poder, que na maior parte das décadas tem estado a serviço dos governantes de turno, a princípio a judicialização das pessoas era feita de

forma caprichosa, o processo aplicado era arbitrário e a segurança jurídica era um mito; isto implicou um desarraigamento pela figura jurídica. Atualmente iniciou-se um processo de reconhecimento de direitos e reorganização do processo como sistema garantista.

O resultado da conjunção da verdade, prova e interrogatório, pode ser analisado sob duas perspectivas: a busca do Estado em determinar a verdade, e a proteção do acusado.

Quando se analisa a proteção do acusado, é possível evidenciar como estes três elementos deram origem ao direito de defesa, direito este relacionado com o devido processo, assim como à segurança jurídica, tudo isto dentro do marco de proteção ao cidadão, aos Direitos Humanos e à conceitualização do campo jurídico como fonte de garantias constitucionais. “Sem provas, não há direito; sem provas da violação do direito, não há condenação”.

O primeiro dos elementos de análise que permitem entender a relação dessa tríade é o conceito da verdade; no direito moderno, a verdade está submetida aos fatos que tenham a possibilidade de serem comprovados, ou seja, às provas reunidas no processo, “o princípio de veracidade da informação faz referência a fatos ou enunciados de caráter fático e, portanto, verificáveis; a informação é veraz quando tem sustentação na realidade (...). Sua transgressão gera a responsabilidade social que pode se exigida do emissor que divulga uma informação falsa ou inexacta” (Sentença T-626/07).

Igualmente, o interrogatório faz parte do devido processo, buscando-se que seja um meio de defesa do imputado vinculado ao processo. Atualmente, nos processos acusatórios é realizada uma entrevista na audiência de imputação de cargos, visto que o novo processo busca fortalecer os processos de investigação para estabelecimento da verdade.

Ainda que a princípio estes elementos fossem utilizados como práticas violentas para obter a

consecução dos fins dos poderosos, igualmente possibilitaram o nascimento de novas práticas, que nos discursos modernos permitiram a criação de direitos que tornaram possível a humanização do direito e a consolidação do direito de defesa.

No Direito, a prova é a “substância” por meio da qual se tem acesso à “vitória” nos processos judiciais. Enfim, a adjudicação em Direito não é outra coisa que uma declaração, por parte de um funcionário do Estado, sobre quem conseguiu “provar” que tinha legitimidade e razão na disputa jurídica, a partir da qual o interessado tenha conseguido “provar” que tinha consigo a “verdade”, e é este exatamente o problema da justiça. Entre os peritos do campo jurídico, como expõe Bourdieu em sua obra “Força do Direito”, historicamente o manejo da verdade tem sido um problema tanto técnico como político.

Técnico, porque essencialmente as normas processuais (o direito de ação) têm sido estabelecidas para regular a forma de se chegar à verdade, que se baseia na prova e é o mecanismo de ditar justiça. Em qualquer uma de suas especialidades, a atividade jurisdicional está fundamentada na forma em que as pessoas utilizam meios (documentais, de testemunhos, periciais, interrogatórios, etc.) para obter a verdade. Na Colômbia, como regra geral, não existe “tarifa legal” no sentido de que, em princípio, não há um número de meios de prova para determinar a veracidade. Por outro lado, deve-se valorizar as provas seguindo as regras da experiência, da ciência e da crítica saudável. Tudo isto foi debatido pelos peritos nas disciplinas jurídicas durante séculos, inclusive milênios. Em resumo, o direito probatório é uma visão da epistemologia: o problema de como conhecer, de como se chegar à verdade.

Porém, como Foucault ou Nietzsche nos mostraram em suas obras, o problema da prova e da verdade é de “poder” - a quem corresponde provar e quem determina se a prova é válida e determina a “verdade”: é determinada por quem tem a *potestas* para fazê-lo. Nas sociedades contemporâneas, auto-definidas como

“democráticas”, esse problema continua sendo o mesmo: é o poder que determina o que, quem e como se prova.

E é um assunto tão político o da prova, que pode variar, modificar e mudar de forma substancial quem tem a “carga de provar” (em Direito, a carga da prova não é um dever. O descumprimento de um dever implica sanção; ao contrário, o descumprimento da carga - ônus - da prova implica a perda na disputa, a não obtenção do fim almejado no processo, mas não uma sanção). Na Colômbia, a jurisprudência do Conselho de Estado admitiu a “teoria da carga dinâmica” da prova, o que demonstra como “a carga” muda: já não é a quem aponta a outro como responsável por um dano que corresponde provar, senão quem cumpria uma tarefa ou atividade, que agiu adequadamente (ex. Responsabilidade médica).

Como complemento ao anterior, poderia concluir-se com o seguinte exemplo tomado de Umberto Eco, em seu livro “O nome da Rosa”:

No quarto dia, Guilherme explica a Adso o seu método de pensar, explicação que deixa Adso muito preocupado pois parecia que o seu mestre não está interessado em encontrar a verdade, ao que responde Guilherme: que os que têm a verdade estão ensinando teologia em Paris, e que eles estão muito seguros de seus erros.

Por tradição, estamos bastante seguros do que sabemos e esquecemos que a verdade é uma construção hipotética acerca do mundo, verdade mutável e variável. Como novamente nos indica Eco quando se fala da importância do erro para nos aproximar da verdade:

*“- ¿E vós -disse com infantil impertinência- nunca cometes erros?”*

*-Com frequência respondeu-. Mas em lugar de conceber apenas um, imagino muitos, para não me tornar escravo de nenhum. Tive a impressão de que Guilherme não estava realmente interessado na verdade, que outra coisa não é senão a adequação*

*entre a coisa e o intelecto. Ele, ao contrário, divertia-se imaginando a maior quantidade possível de possíveis.”* (1993: 289-290)

O tema da verdade na investigação científica de hoje em dia gira em torno de como podemos pensar em múltiplas possibilidades, é aí que reside a essência da investigação científica e a busca de novas formas para compreender as realidades polissêmicas e complexas do mundo atual. Como ciência, o Direito deve propender à compreensão do complexo processo de construção de certezas. E isso só pode ser feito através da análise da prova, que é o insumo básico de um processo de investigação sistemático, rigoroso e hermenêutico.

Feyerabend compreendia isso, quando no “Tratado contra o método” mostrava a impossibilidade de apegar-nos a uma regra estrita de verdade e prova:

*“A idéia de um método que contenha princípios firmes, inalteráveis e absolutamente obrigatórios que rejam o trabalho científico tropeça com dificuldades consideráveis ao ser confrontado com os resultados da investigação histórica. Descobrimos então que não há uma única regra, por plausível que seja e por mais firmemente baseada na epistemologia, que não seja infringida uma e outra vez”.* (1986: 7)